



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

Diogo Raimundo Araújo Jordão Rigaud Peixoto

ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL E AS TUTELAS
SUMÁRIAS DE URGÊNCIA E DE EVIDÊNCIA NO NOVO CPC

Brasília

2015

Diogo Raimundo Araújo Jordão Rigaud Peixoto

**ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL E AS TUTELAS
SUMÁRIAS DE URGÊNCIA E DE EVIDÊNCIA NO NOVO CPC**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro
Universitário de Brasília, como requisito parcial para a
obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. César Augusto Binder

Brasília

2015

Diogo Raimundo Araújo Jordão Rigaud Peixoto

**ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL E AS TUTELAS
SUMÁRIAS DE URGÊNCIA E DE EVIDÊNCIA NO NOVO CPC**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro
Universitário de Brasília, como requisito parcial para a
obtenção do grau de bacharel em Direito.

Monografia defendida e aprovada pela banca examinadora em ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. César Augusto Binder
(Orientador/UniCEUB)

Prof.
(Examinador)

Prof.
(Examinador)

À minha família, por tudo

Ay, esta noche se puede
Se puede
Ay, esta noche se puede
Se puede
Se puede cantar un son

Mercedes Sousa

Quando houver empenhado toda a sua alma em seu trabalho e realizado o melhor possível,
um homem estará satisfeito e alegre; mas tudo que tiver dito ou feito de modo contrário não
lhe dará paz

Ralph Waldo Emerson

RESUMO

O propósito deste trabalho foi analisar o instituto da antecipação da tutela a partir do seu regramento no novo Código de Processo Civil. Foi necessário recordar a sua origem no Processo Cautelar, em decorrência da constatação de que não raro a tutela imediata pretendida era a do próprio direito material envolvido no litígio. Assim, fez-se referência à solução inicialmente adotada pelos operadores do direito por meio da utilização das denominadas ações cautelares satisfativas. Em virtude dessa demanda pela realização de direitos, o Código de Processo Civil de 1973 sofreu alteração com a Lei nº 8.954, de 1994, introduzindo-se a tutela antecipada, de forma expressa, no processo civil brasileiro. Ainda sob a égide do CPC anterior, foram traçados os precisos limites em que a antecipação de tutela poderia ser concedida desde que presentes não apenas os requisitos genéricos da prova inequívoca e da verossimilhança da alegação, mas também a reversibilidade da medida. O novo Estatuto Processual, considerando a importância do tema, destinou todo o Livro V da Parte Geral ao que denominou de Tutela Provisória. Desse modo, foram esmiuçadas as duas modalidades provisórias, quais sejam, as tutelas de evidência e as de urgência. Ao criar esta última, procurou o legislador acabar com a confusão frequente entre os causídicos, ainda sob o CPC anterior, quanto ao uso da antecipação em face de perigo de dano irreparável e das medidas cautelares. Ambas estão reunidas como subespécies da tutela de urgência, sendo satisfativa ou cautelar, a depender do interesse envolvido. A outra modalidade provisória, a tutela de evidência, foi ampliada em relação ao Código Buzaid, com a introdução de outras hipóteses além da sanção por má-fé processual, quais sejam, as baseadas em casos repetitivos, súmulas vinculantes, pedidos reipersecutório e provas documentais suficientes.

Palavras-chave: Direito processual civil. Antecipação da tutela. Tutela provisória. Tutela de urgência. Tutela de evidência. Tutela satisfativa. Tutela cautelar.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	09
1	AS ESPÉCIES DE TUTELA JURISDICIONAL.....	11
1.1	A técnica da antecipação dos efeitos da tutela.....	14
1.2	Os requisitos da antecipação dos efeitos da tutela.....	17
1.3	A fungibilidade entre a antecipação da tutela e a tutela cautelar.....	22
1.4	As modalidades de tutela de urgência no projeto de Novo Código de Processo Civil.....	24
2	A TUTELA DE URGÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	28
2.1	A tutela de urgência satisfativa.....	33
2.2	A tutela de urgência satisfativa antecedente.....	35
2.3	A estabilização dos efeitos da tutela de urgência satisfativa.....	38
2.4	A tutela de urgência cautelar.....	41
2.5	A tutela de urgência cautelar antecedente.....	45
3	A TUTELA DE EVIDÊNCIA	47
3.1	A necessidade de enfrentar os efeitos negativos do tempo para adequada prestação da tutela jurisdicional.....	51
3.2	A técnica de cognição sumária e o juízo de probabilidade.....	54
3.3	A tutela de evidência fundada em má-fé processual.....	57
3.4	A tutela de evidência baseada em casos repetitivos e em súmula vinculante.....	58
3.5	A tutela de evidência fundada em pedido reipersecutório.....	60

3.6	A tutela de evidência baseada em prova documental suficiente.....	61
3.7	A incontrovérsia de um ou mais dos pedidos ou de parcela deles.....	63
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	65
	REFERÊNCIAS.....	67

INTRODUÇÃO

A preocupação em fortalecer o processo como instrumento capaz de tornar efetivos os direitos dos jurisdicionados norteia aqueles comprometidos com o estudo do direito processual civil.

O Estado em sua missão ineludível de assegurar a justiça serve-se, precipuamente, da função jurisdicional, a qual depende do processo para se concretizar. Assim, tradicionalmente, o processo é dividido em três: conhecimento, execução e cautelar.

Contudo, reconheceu-se que a tutela jurisdicional efetiva, capaz de promover a pacificação social com justiça, não poderia ficar refém da ineficiência gerada pelo longo tempo gasto pelo Judiciário em cada um daqueles módulos processuais. Nesse sentido, ainda sob o Código de Processo Civil de 1973, a Lei nº 11.232, de 2005, introdutora do sincretismo processual entre os processos de conhecimento e execução, causou verdadeira revolução, em termos de celeridade da prestação jurisdicional.

A antecipação de tutela foi inserida pelo legislador mediante a edição da Lei nº 8.952, de 1994, como uma técnica processual capaz de enfrentar o ônus do tempo no processo, permitindo prestação de tutela jurisdicional efetiva.

Reconheceu-se que o autor, ao ajuizar uma demanda, cujo direito material pleiteado se mostrasse em risco de sofrer um dano irreparável ou de difícil reparação, merecia uma tutela imediata do objeto de sua pretensão. Naturalmente, esperar até que o órgão judiciário acertasse o seu direito com elevado grau de certeza, através de uma tutela definitiva, não estava entre as possibilidades consideradas pelo demandante. Para este, era indispensável uma tutela satisfativa, ainda que provisória.

O resultado padrão que advém da prestação jurisdicional é uma tutela definitiva, obtida quando o magistrado faz uma cognição plena e exauriente da lide, capaz de fazê-lo, pretensamente, encontrar a verdade nos autos. Por outro

lado, justifica-se essa cognição completa na necessidade de se conferir às partes o devido processo legal, preservados o contraditório e a ampla defesa.

No entanto, não somente a constatação de ser impossível garantir a capacidade de o processo revelar a verdade, mas também a percepção de que a prestação jurisdicional em tempo razoável também está contida na cláusula geral do devido processo legal, revelaram ser indispensável, quando vulnerável o próprio direito material, limitar a cognição no plano vertical, através da antecipação da tutela como uma técnica à disposição do julgador disposta a auxiliá-lo em sua tarefa constitucional de prestar jurisdição, mantendo-se hígidos os direitos fundamentais de ambas as partes.

A Lei nº 13.105, de 2015, que introduziu o novo CPC, atribuiu à temática da antecipação de tutela grande importância, tanto que criou o Livro V da Parte Geral para cuidar exclusivamente das tutelas concedidas provisoriamente, através de atividade cognitiva sumária, porquanto limitada no plano vertical.

Aproveitou o legislador do novo Estatuto Processual para regulamentar de maneira semelhante tanto as cautelares quanto as antecipações satisfativas fundadas em urgência, cuidando ainda da estabilização dos efeitos desta última modalidade de tutela de urgência. Trata-se do objeto do Capítulo II desta monografia.

Quanto às tutelas de evidência, tema abordado no Capítulo III, foi ressaltada a sua importância como forma de o julgador conferir desde logo, provisoriamente, o direito à parte que alegar direito dotado de considerável carga de probabilidade, relegando ao seu adversário o ônus de suportar os efeitos deletérios do tempo do processo.

Enquanto no CPC de 1973 eram apenas duas as espécies de tutela de evidência, quais sejam, por má-fé processual e por se mostrar incontroverso um ou mais dos pedidos ou parcela deles, o novo Diploma processual, além de acertadamente prever esta última espécie como hipótese de julgamento antecipado parcial do mérito, prevê as antecipações baseadas em casos repetitivos, súmulas vinculantes, pedidos reipersecutório e provas documentais suficientes como novas modalidades de tutela de evidência.

1 AS ESPÉCIES DE TUTELA JURISDICIONAL

As normas que disciplinam a convivência social, as que conferem determinada posição jurídica a alguém em face de outrem, são ordinariamente respeitadas pelas pessoas.

Quando ocorre a não subordinação de um sujeito em face de um direito material que o ordenamento jurídico material confere a outro, é que o Estado, mediante o uso de seu poder jurisdicional, atua para pacificar a situação de crise gerada pelo não cumprimento espontâneo dos comandos normativos.

Quando desenvolve função jurisdicional, compondo a lide, o Estado-juiz, atendendo ao exercício de direito de ação de um particular, faz prestação jurisdicional. É preciso não confundi-la com o resultado desse atuar estatal provocado por um litigante, ao qual se denomina tutela jurisdicional. Assim, é preciso não confundir tutela jurisdicional com prestação jurisdicional, conforme leciona Humberto Theodoro Júnior:

Assim, quando o provimento judicial reconhece e resguarda *in concreto* o direito subjetivo da parte, vai além da simples prestação jurisdicional e, pois, realiza a tutela jurisdicional. Todo litigante que ingressa em juízo, observando os pressupostos processuais e as condições da ação, tem direito à prestação jurisdicional (sentença de mérito ou prática de certo ato executivo); mas nem todo litigante faz jus à tutela jurisdicional¹.

A tutela jurisdicional subdivide-se em dois tipos fundamentais: a definitiva e a provisória.

As tutelas jurisdicionais definitivas se subdividem em satisfativas e não satisfativas. As primeiras, as que satisfazem o direito material objeto da cognição judicial, são também conhecidas como tutelas-padrão, e se destinam a certificar ou efetivar direitos. Por outro lado, a tutela não-satisfativa vislumbra assegurar a utilidade de uma tutela satisfativa. Essa tutela não-satisfativa, conhecida em nosso ordenamento jurídico por cautelar, possui duas características que lhe são próprias: instrumentalidade e temporariedade².

¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As liminares e a tutela de urgência*. Revista da EMERJ. v. 5, n. 17, 2002.

² BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. Salvador: JusPodvím V. 2, 2010.

A temporariedade das cautelares é observada na duração limitada no tempo que caracteriza essa modalidade de tutela. Concedida a cautelar, tem-se como certo o fato de que ela se esgotará em determinado lapso temporal e não terá outra espécie de tutela substituindo-a. Como afirma nessa passagem Fredie Didier: “[...] já as cautelares são temporárias, porque, vocacionadas a ter eficácia limitada no tempo, não serão, no entanto, sucedidas por outra medida de igual natureza.”³

Por estar sempre referenciada a outra tutela, é que se afirma a instrumentalidade como algo que lhe é inerente. Essa é a lição de Teori Albino Zavascki:

É instrumental por ser meio de preservação do direito material e do resultado útil e eficaz da tutela definitiva satisfativa (de certificação e/ou efetivação). É o instrumento de proteção de um outro instrumento (a tutela jurisdicional satisfativa), por isso comumente adjetivada como “instrumental ao quadrado”. Por exemplo: o bloqueio de valores do devedor inadimplente e insolvente é instrumento assecuratório do direito de crédito do credor.⁴

No entanto, as tutelas jurisdicionais entregues a partir de cognição exauriente, devido à completude de análise do magistrado no plano vertical de jurisdição, podem levar um tempo muito longo para se concretizar. Devido a esse lapso temporal, muitas vezes demasiado, é que a busca de soluções para esse problema passou a constar da ordem do dia dos operadores do direito. Nesse sentido, José Roberto dos Santos Bedaque:

Aliás, a preocupação com o tempo do processo, e com a possibilidade de a demora gerar dano a direito passível de proteção, constitui apenas um dos aspectos inerentes à efetividade da tutela jurisdicional, tema central do processo civil moderno. Tentar eliminar o dano emergente da demora normal do processo é o grande desafio lançado ao processualista. A ele cabe formular mecanismos destinados a possibilitar que o

³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 35

⁴ BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. vol. 2. p. 453.

processo alcance seus escopos institucionais e não se transforme em nova fonte de insatisfações.⁵

Buscando equacionar as mazelas produzidas pela demora do evoluer processual, foram criados instrumentos mais ágeis para a solução de controvérsias. São as denominadas tutelas diferenciadas, presentes no sistema processual tanto na forma de procedimentos especiais, em que a técnica cognitiva se amolda para alcançar o objetivo desejado, quanto na forma de sumarização da cognição, cujo exemplo mais completo é a técnica da antecipação dos efeitos da tutela. Sobre o tema, afirma José Roberto dos Santos Bedaque:

A expressão tutela jurisdicional diferenciada pode ser entendida de duas maneiras diversas: a existência de procedimentos específicos, de cognição plena e exauriente, cada qual elaborado em função de especificidades da relação material; ou a regulamentação de tutelas sumárias típicas, precedidas de cognição não exauriente, visando a evitar que o tempo possa comprometer o resultado do processo⁶.

No processo civil brasileiro, ao lado do processo cautelar, pelo qual se presta a tutela definitiva não-satisfativa, também ela, sem dúvida, uma modalidade de tutela jurisdicional diferenciada, foi introduzida como um poder geral conferido ao julgador a técnica da antecipação dos efeitos da tutela.

Com a Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, o legislador alterou o art. 273 no Código de Processo Civil de 1973. Cada um dos incisos do mencionado artigo cuida da técnica por fundamentos distintos. O primeiro deles permite a técnica antecipatória em virtude de possível gravame irreparável ou de difícil reparação e regulamenta o poder geral de sumarização das demandas decorrente da duração irrazoável do processo. Ainda, nas palavras do Professor da Universidade de São Paulo:

⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 21.

⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 26.

No direito brasileiro, ao lado de tutelas sumárias tipificadas, como as admitidas nos procedimentos possessórios especiais, existe verdadeiro poder geral de antecipação de efeitos da tutela final, previsto no art. 273, I, do Código⁷.

Já o inciso II do art. 273 permite a antecipação da tutela devido a atos protelatórios do réu. Como será explanado mais adiante, essa hipótese e a do §6º do referido artigo, que trata da incontrovérsia de pedido, ou mesmo parcela desse pedido, apresentado pelo autor na inicial, constituem, ambas, fundamentos da técnica da antecipação da tutela fundamentada na evidência.

1.1 A técnica da antecipação dos efeitos da tutela

A impossibilidade de o Poder Judiciário entregar a tutela jurisdicional em tempo razoável apontou a necessidade de se promover a satisfação antecipada dos direitos deduzidos pelos que procuravam a atuação estatal.

O poder geral de cautela, previsto no art. 798 do Código de Processo Civil, embora disposto ao talante do magistrado quando a situação apresentada pelo autor revelasse significativa possibilidade de lesão grave ou de difícil reparação perpetrada pela outra parte, era insuficiente para os casos em que se buscava a própria satisfação do direito material⁸.

Conforme se observou na classificação das espécies de tutela jurisdicional, a tutela cautelar é não-satisfativa. Está ligada ou relacionada à realização de outro direito, servindo a este apenas como uma garantia de sua viabilidade futura.

Passou-se, então, na falta de tutela diferenciada habilitada a assegurar o direito material de maneira provisória, a utilizar o processo cautelar com o intuito de solucionar o objeto mesmo da lide. Ajuizava-se ação cautelar preparatória e, uma vez conferida decisão liminar, já se obtinha o que desejado no processo principal. Nesses casos, a demanda principal, por desnecessária, não se seguia à cautelar preparatória, obtendo a parte autora o que se passou a denominar de tutela cautelar satisfativa. Conforme a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni:

⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 29.

⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 41.

Os tribunais e parte da doutrina, de fato, importavam-se muito com a satisfatividade da tutela, imaginando que a “ação principal” seria desnecessária no caso de tutela “satisfativa”. Raciocinavam, em outras palavras, supondo que a satisfatividade da tutela era o bastante para dispensar o ajuizamento da ação principal⁹.

O ajuizamento de ações cautelares satisfativas foi prática abundantemente disseminada até a alteração do art. 273 do Código de Processo Civil, em 1994, quando foi introduzida a antecipação da tutela. O problema é que aqueles pleitos que buscavam a satisfação do próprio direito material desvirtuavam o processo cautelar. A função da tutela cautelar, além de instrumental e dotada de temporariedade, é assegurar o desfrute de um provável direito substancial. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni:

A tutela cautelar, como já foi dito, visa assegurar a viabilidade da realização do direito. Assim, se afirmamos que a tutela cautelar pode realizar o próprio direito (por exemplo, a prestação de alimentos), estaremos incidindo em contradição, pois uma vez realizado o direito material nada mais resta para ser assegurado. Ou seja, quando o direito é satisfeito nada é assegurado e nenhuma função cautelar é cumprida.¹⁰

A utilização incorreta da tutela cautelar com o propósito de se obter a antecipação do próprio direito material incomodou, sem dúvida, a doutrina quanto ao pouco rigor técnico empregado pelos operadores do direito na utilização dos institutos. Mas os problemas de ordem prática ocasionados por tal confusão se mostraram mais tormentosos. É que a parte autora conseguia obter tutela jurisdicional satisfativa a partir de uma cognição alicerçada apenas no *fumus boni juris* e no *periculum in mora*, requisitos da tutela cautelar, ficando o magistrado dispensado de realizar cognição plena. Em outras palavras, seria a apreciação limitada no plano vertical, portanto, incompleta, como observa José Roberto dos Santos Bedaque:

O poder geral de cautela, conferido ao juiz pelo art. 798 do estatuto processual, que deveria representar mecanismo excepcional de segurança, somente voltado para garantir o resultado útil do processo naqueles casos em que não houvesse

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 103.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 109.

previsão cautelar específica, passou a ser utilizado como técnica de sumarização da tutela jurisdicional definitiva.

Assim, pela via cautelar acabava-se adotando solução satisfativa irreversível para o conflito, sem as garantias do devido processo legal, especialmente o contraditório e a ampla defesa.¹¹

Ao se preocupar em prestar a jurisdição em tempo razoável, garantindo efetividade à decisão orientada a por fim ao litígio, o poder judiciário sacrificava, por outro lado, o direito ao devido processo legal. Por exemplo, quando um juiz, com fundamento em seu poder geral de cautela, concedia uma tutela satisfativa sumária liminarmente, ordenando a citação do réu para responder no prazo conferido pelo art. 802, do CPC – portanto, em 5 dias –, inegável a lesão ao seu direito ao contraditório, já que o prazo para contestar, ou oferecer resposta, no processo de conhecimento é o previsto no art. 297 do Estatuto Processual – ou seja, 15 dias.

Em virtude de o processo ser dotado não apenas de efetividade mas também de segurança jurídica é que se deve observar, à luz do princípio da proporcionalidade, essa verdadeira colisão de direitos fundamentais. Conforme se depreende das lições mais comezinhas de Direito Constitucional, especificamente as fornecidas pela Teoria dos Direitos Fundamentais, não existem direitos absolutos, mas o sacrifício de um deles em face do outro, o da ampla defesa e do contraditório, para garantir a efetividade, deve ser razoável. Como ensina Teori Albino Zavascki:

Por não ser esse, como se disse, um direito absoluto, é legítima a intervenção do legislador ordinário, relativizando a “ampla defesa”, como ocorre, por exemplo, quando fixa prazos, limita o número de testemunhas ou cria preclusões. Tais restrições, para serem legítimas, devem (a) ter por finalidade privilegiar outro direito constitucional, o direito a uma prestação jurisdicional sem dilações impertinentes (CF, art. 5º, LXXVIII), e (b) preservar condições razoáveis de sustentação e de prova de alegações. O sentido e os limites da razoabilidade, nesse domínio, devem ser examinados caso a caso, mediante a devida ponderação entre a limitação imposta e o objeto da cognição.¹²

¹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 291.

¹² ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 22.

Percebendo ser indispensável separar as coisas, entendeu o legislador que a tutela cautelar deveria cuidar apenas do que lhe é próprio: assegurar provável direito. Para os casos em que se apresentasse urgente a satisfação mesma do direito material levado à apreciação do judiciário, foi introduzida no direito processual brasileiro, em 1994, a técnica da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional.

Esta técnica foi incluída no art. 273 do Código de Processo Civil, após a alteração promovida pela Lei nº 8.952, de 1994. Para a concessão da antecipação da tutela pelo julgador foram realizadas mais exigências do que a presença de *fumus boni juris* e *periculum in mora*. Estes, suficientes para a prestação da tutela cautelar. Sobre esse rigor mais excessivo, conferido pelo legislador à antecipação da tutela, leciona Humberto Theodoro Júnior:

Adveio, porém, em 1994, a reforma do Código de Processo Civil e, fora do processo cautelar, e dentro do processo de conhecimento, instituiu-se a possibilidade emergencial genérica da antecipação de tutela, sujeitando-a, outrossim, a requisitos mais rigorosos do que os exigidos para as medidas cautelares (atual redação dada aos arts. 273 e 461 do CPC, pela Lei no. 8.952, de 13.12.1994).¹³

Desse modo, foi inserida no sistema processual civil brasileiro a possibilidade de tutela sumária de cunho satisfativo.

1.2 Os requisitos da antecipação dos efeitos da tutela

A introdução da tutela antecipada através de alteração do Código de Processo Civil veio reconhecer a carência no ordenamento jurídico brasileiro de instrumento que autorizasse o juiz, nos casos estritamente necessários, a concessão provisória da tutela do direito material ao litigante que exibisse o caráter indispensável de tal medida.

¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 49. ed., v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 704.

Devido à índole satisfativa da antecipação da tutela, o legislador, percebendo a diferença de natureza entre essa técnica e a tutela cautelar, guarneceu a primeira de requisitos mais rigorosos do que a última.

O *caput* do art. 273 do Código de Processo Civil prevê a exigência de a parte, ao requerer a antecipação dos efeitos da tutela, fazer não apenas prova inequívoca, mas também demonstrar a verossimilhança do direito alegado. Esses requisitos podem ser chamados de genéricos, já que presentes em todas as hipóteses de antecipação da tutela, revelando a intenção de que o juiz se assegure da presença de mais certeza do que a simples presença do *fumus boni iuris*, como observa Kazuo Watanabe:

...prova inequívoca não é a mesma coisa que “*fumus boni iuris*” do processo cautelar. O juízo de verossimilhança, ou de probabilidade, como é sabido, tem vários graus, que vão desde o mais intenso ao mais tênue. O juízo fundado em prova inequívoca, em prova que convença bastante, que não apresente dubiedade, é seguramente mais intenso que o juízo assentado em simples ‘fumaça’, que somente permite a visualização de mera silhueta ou contorno sombreado de um direito. Está nesse requisito uma medida de salvaguarda, que se contrapõe à ampliação da tutela antecipatória para todo e qualquer processo de conhecimento.¹⁴

Além de o requisito da prova inequívoca conduzir o magistrado a uma antecipação, quando notar a presença de razões que deixem transparecer algo mais do que uma “fumaça”, também a verossimilhança é requisito que reforça esse grau de probabilidade mais acentuado na tutela antecipada, como anota Araken de Assis:

A verossimilhança, em seu conceito jurídico-processual, é mais do que “*fumus boni iuris*” exigível para o deferimento de medida cautelar; mas não é preciso chegar a uma “evidência indiscutível”. A evidência, aliás, levará ao julgamento antecipado da lide, o que todavia não elide, como já foi dito, a utilidade de uma AT “*limini*

¹⁴ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, RT, 1987; art. in *Reforma do CPC*, Saraiva, 1996. pp. 33-34 *apud* CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 22.

litis”. Já a palavra ‘alegação’ relaciona-se à causa de pedir, tal como exposta na inicial.¹⁵

É indispensável, portanto, a demonstração dos pressupostos gerais de prova inequívoca e de verossimilhança das alegações. Mas não apenas eles são exigidos. Os incisos I e II, do *caput* do art. 273, modificado pela Lei nº 8.952/94, estabelecem pressupostos alternativos para a concessão da tutela antecipada. São os seguintes: o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e a caracterização do abuso do direito de defesa ou de manifesto propósito protelatório do réu. É o que esclarece Teori Albino Zavascki:

Aos pressupostos concorrentes acima referidos deve estar agregado, sempre, pelo menos um dos seguintes pressupostos alternativos: (a) “receio de dano irreparável ou de difícil reparação (inciso I) ou (b) “abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu” (inciso II).¹⁶

A caracterização de dano irreparável ou de difícil reparação ocorrerá quando a situação apresentar perigo devido à demora em se conferir a tutela desejada pela parte. Deve ser muito forte a razão para que se considere preenchido esse pressuposto específico. Na lição de Humberto Theodoro Júnior:

Receio fundado é o que não provém de simples temor subjetivo da parte, mas que nasce de dados concretos, seguros, objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de verossimilhança, ou de grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave.

Os simples inconvenientes da demora processual, aliás inevitáveis dentro do sistema do contraditório e ampla defesa, não podem, só por si, justificar a antecipação de tutela. É indispensável a ocorrência do risco de dano anormal cuja consumação possa comprometer, substancialmente, a satisfação do direito subjetivo da parte.¹⁷

¹⁵ ASSIS, Araken de. Art. in *Coletânea aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, RT, 1997. pp. 24-25 apud CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 25.

¹⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 80.

¹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 49. ed., v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 723.

Além da antecipação de tutela devido à urgência, há ensejo para a concessão provisória do direito material em disputa quando ocorrer abuso no exercício do direito de defesa ou quando o réu se utilizar dos mecanismos processuais postos a sua disposição com o nítido propósito de retardar a apreciação judicial da demanda. Costuma-se denominar essa hipótese de antecipação da tutela punitiva, pois, ao réu com má-fé em seu atuar processual é aplicada uma reprimenda, antecipando-se para o autor a sua pretensão deduzida. A esse respeito, Teori Albino Zavascki:

À outra hipótese decorrente de *abuso de direito de defesa* ou *manifesto propósito protelatório do réu* (art. 273, II), poder-se-á denominar, pelo menos para efeitos classificatórios, de *antecipação punitiva*. Embora não se trate propriamente de uma punição, dado que sua finalidade tem o sentido positivo de prestar jurisdição sem protelações indevidas, a medida guarda semelhança, no que diz com as respectivas causas determinantes, com as penalidades impostas a quem põe obstáculos à seriedade e à celeridade da função jurisdicional, previstas no Código de Processo Civil (v. g. arts. 16 e 17, 538, parágrafo único e 601). Daí a razão da denominação aqui adotada.¹⁸

A técnica antecipatória tem a missão de não submeter o detentor de um bom direito, ao qual se resiste, a outro dano, este causado pela tutela jurisdicional marcada por delongas sem fundamento. É o dano marginal provocado pela duração desproporcional do processo. Sobre os males do tempo ao processo, afirma José Roberto dos Santos Bedaque:

O simples fato de o direito permanecer insatisfeito durante todo o tempo necessário ao desenvolvimento do processo cognitivo já configura dano ao seu titular. Além disso, acontecimentos podem também se verificar nesse ínterim, colocando em perigo a efetividade da tutela jurisdicional.¹⁹

¹⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.p. 77-78.

¹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 22.

Devido à compressão dos princípios do contraditório e da ampla defesa, os quais são postergados para análise posterior, com a prevalência do princípio da efetividade, o legislador, ao disciplinar o instituto da antecipação da tutela, condicionou a sua concessão à possibilidade de reversibilidade da medida.

Desse modo, acrescentou-se o § 2º ao art. 273 do CPC, com a clara intenção de preservar o direito do réu ao devido processo legal, possibilitando o retorno do demandado à situação em que se encontrava no início do processo. Outrossim, com essa exigência, buscou-se não colocar igualmente o réu em situação de perigo. Nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque:

O *periculum in mora* deve ser evitado para o autor, mas não à custa de transportá-lo para o réu (*periculum in mora inversum*). Em outros termos: o autor tem o direito de obter o afastamento do perigo que ameaça seu direito. Não tem, todavia, a faculdade de impor ao réu que suporte dito perigo. A antecipação da tutela, em suma, não se presta a deslocar ou transferir risco de uma parte para a outra.²⁰

A certeza de que o provimento antecipado é reversível deve ser entendida como uma garantia conferida ao réu de que, embora tenha inicialmente mitigados os seus direitos, se com o decorrer do processo ficar demonstrado que o autor não tinha direito, sua situação jurídica estará preservada.

Não obstante, como verdadeira exceção aos requisitos para concessão da tutela antecipada, em casos mais delicados, em que estejam em jogo direitos indisponíveis, como os alimentos no direito de família, essa garantia deve ser flexibilizada, como nos ensina Ovídio Baptista da Silva:

O que em tais casos especialíssimos, não se mostrará legítimo será o Estado recusar-se a tutelar o direito verossímil, sujeitando seu titular a percorrer as agruras do procedimento ordinário, para depois, na sentença final, reconhecer a existência apenas teórica

²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 49. ed., v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 725.

de um direito definitivamente destruído pela sua completa inocuidade prática.²¹

Devido ao caráter satisfativo da tutela antecipada, é correto que se exijam maiores requisitos para a sua concessão. É o caso da reversibilidade da medida, cuja presença torna possível minorar os efeitos de uma decisão que se venha a modificar após a cognição exauriente, realizada quando da apreciação do pedido principal.

1.3 A fungibilidade entre a antecipação da tutela e a tutela cautelar

Embora a boa técnica permita uma clara distinção entre a técnica da antecipação da tutela, marcada por sumariedade na cognição e satisfatividade quanto ao gozo dos direitos de forma ainda que provisória, e a tutela cautelar, cujas notas essenciais são a temporariedade e a não satisfatividade do direito material, muita confusão ocorreu quanto à utilização dos dois institutos pelos operadores do direito.

Diante da grande dificuldade dos causídicos em perceber se a tutela cautelar ou a antecipação dessa tutela seria mais adequada para atender aos interesses dos seus clientes, o legislador, atento à exigência contemporânea de se compreender o processo como um instrumento, promoveu alteração ao Código de Processo Civil de 1973, inserindo um novo parágrafo, o §7º, ao art. 273, com a Lei nº 10.444, de 2002. Daí a busca por tornar efetiva a tutela jurisdicional, na doutrina de Humberto Theodoro Júnior:

Para ater-se ao rigor técnico classificatório, o juiz pode correr o risco de denegar a tutela de urgência somente por uma questão formal, deixando assim o litigante privado da efetividade do processo, preocupação tão cara à ciência do direito processual contemporâneo. Com efeito, não é nesse rumo que se orienta esse ramo da ciência jurídica, em nosso tempo.²²

²¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *A antecipação da tutela na recente reforma processual*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 142 *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 49. ed., v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 725.

²² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 49. ed., v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 709.

A fungibilidade entre a espécie cautelar de tutela e a técnica antecipatória permite que a parte tanto possa submeter pedido cautelar no próprio corpo da ação principal quanto utilizar a técnica antecipatória em petição separada. Nos casos em que se observe o proceder equivocado das partes em seu manejo, o julgador deve reconhecer mera irregularidade procedimental e receber o pedido à luz da fungibilidade existente entre os institutos. É, ainda, Humberto Theodoro Júnior quem afirma:

Formular, portanto, um pedido de natureza antecipatória ou outro de natureza cautelar em desacordo com o procedimento traçado pela lei processual, como, por exemplo, uma medida antecipatória em petição separada, sob o rótulo de medida cautelar atípica, não passa de simples equívoco formal ou procedimental.²³

Com o novo regramento das antecipações e da tutela cautelar no Código de Processo Civil de 2015, a dúvida quanto à diferença nos institutos reduz-se de importância. Afinal de contas, as medidas, sejam elas cautelares ou satisfativas, serão concedidas no bojo do mesmo processo.

O §7º do art. 273 do Código Buzaid teve o propósito de permitir uma tutela cautelar àquele que, por engano, tivesse postulado uma antecipação. Nessa conjuntura, a parte poderia se servir do processo principal para obter uma tutela cautelar de forma incidental.

No entanto, no novo Estatuto Processual há comando que permite ao magistrado tomar como uma antecipação de natureza satisfativa um equivocado pedido de natureza cautelar. É o que dispõe o parágrafo único do art. 305:

Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 49. ed., v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 710.

Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.

Assim, caso a parte se equivoque requerendo uma tutela de urgência de natureza cautelar, pela sistemática introduzida pela Lei nº 13.105, de 2015, deve o juiz receber essa solicitação como a de uma tutela provisória de urgência de cunho satisfativo.

1.4. As modalidades de tutela de urgência no Projeto de Novo Código de Processo Civil

O novo Código de Processo Civil foi concebido com a finalidade de dotar o processo de instrumentos que viabilizem uma tutela mais comprometida com o ideal de efetividade que deve nortear a sua aplicação.

Entre as novidades contidas no novo Estatuto Processual está a inclusão expressa da tutela de urgência compreendendo tanto a técnica de antecipação da tutela quanto o processo cautelar.

O legislador reformador, reconhecendo a proximidade entre os institutos, resolveu ir além da previsão de fungibilidade entre eles, aproximando-os ainda mais. Assim, em benefício da celeridade da prestação jurisdicional, pois se mostra muitas vezes desnecessária a formação de dois processos, um principal e outro cautelar, é que o novo CPC extinguiu o processo cautelar na forma autônoma.

Desse modo, comprometido com o ideal da efetividade e com a máxima do devido processo legal, e com tudo que informa esta verdadeira cláusula geral do Direito Processual, o legislador apenas formalizou aquilo que boa parte dos estudiosos já defendia. Em artigo sobre o tema, assim se posicionou Ricardo de Barros Leonel:

A doutrina processual já vem há algum tempo, sinalizando no sentido de que medidas “cautelares” em sentido estrito

(conservativas) e as antecipatórias (satisfativas) são espécies do mesmo gênero, qual seja o das tutelas sumárias e urgentes.²⁴

O novo Código de Processo Civil prevê um livro inteiro consagrado à antecipação da tutela, denominado de Tutela Provisória, a qual servirá de técnica tanto à tutela satisfativa quanto à tutela conservativa (cautelar). São as tutelas provisórias de urgência referidas no parágrafo único do art. 294:

Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.²⁵

Além da tutela antecipada fundada na urgência, o legislador reconheceu como modalidade de antecipação a tutela de evidência, a qual tem como requisito a alta probabilidade de certeza no direito alegado pelo autor. Para essa modalidade não se exige a presença do pressuposto do risco de dano irreparável ou de difícil reparação, conforme já apontava Luiz Fux:

São situações em que se opera mais que o *fumus boni juris*, mas a probabilidade do direito alegado, aliada à injustificada demora que o processo ordinário carreará até a satisfação do interesse do demandante, com grave desprestígio para o Poder Judiciário, posto que injusta a espera determinada.²⁶

Preocupando-se com essa possibilidade de tutela pretendida pelo autor, resolveu o legislador do novo CPC inserir artigo em que elenca as possibilidades de tutela de evidência:

²⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada no projeto de novo código de processo civil*. Revista de Informação Legislativa, ano 48, n. 190, 2011. p. 184.

²⁵ Tutela provisória é gênero, do qual derivam as tutelas de evidência e de urgência como espécies. Esta última abarca tanto as de índole satisfativa quanto as cautelares.

²⁶ FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 305-306.

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.²⁷

No Código de Processo Civil de 1973 já se encontra a tutela antecipada de evidência. O novo CPC ampliou as hipóteses. Por exemplo, a previsão contida no art. 273, II, do CPC/1973, que prevê antecipação quando o réu age com ma-fé processual, encontra-se albergado no inciso II do art. 311 do novo Diploma.

É notória a preocupação do legislador de garantir a instrumentalidade do processo, tornando-o célere, sem delongas desnecessárias. Daí a necessidade de criar um rol mais extenso com a finalidade de ampliar as hipóteses de antecipação nos casos em que o autor leve ao Judiciário direito não suscetível de séria contestação, sendo desnecessária para a sua configuração a prova de urgência, bastando a sua alta probabilidade de existir:

Desse modo, o jurista empregou a expressão tutela de evidência para designar uma propensão dos legisladores modernos à facilitação da tutela jurídica de direitos amparados por alto grau de verossimilhança, por meio de variegadas técnicas e instrumentos, com diferentes nuanças, requisitos e âmbitos de aplicação.²⁸

²⁷ Trata-se do único artigo do Título III, do Livro V, da Parte Geral, o qual trata especificamente do taxativo rol das tutelas de evidência.

²⁸ BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 129.

Entre as modalidades de tutela diferenciada à disposição do operador do direito, pretende-se abordar a que se utiliza da cognição sumária, ou seja, com limitação no plano da cognição parcial. O novo Código de Processo Civil, introduzido em nosso ordenamento jurídico por meio da edição da Lei nº 13.105, de 2015, prevê duas modalidades de tutela amparadas nesse juízo de cognição sumário: a tutela sumária, que comporta tanto as tutelas de índole satisfativa quando as de feição conservativa. A segunda modalidade é a tutela de evidência.

2 TUTELA DE URGÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A atividade jurisdicional do Estado é historicamente dividida em três: a cognitiva, a executiva e a cautelar. Esta última tem a sua existência justificada na necessidade de se assegurar, com urgência, uma tutela objetivada, seja em processo de conhecimento seja em processo executivo. Nesse sentido, as palavras de Alexandre Freitas Câmara:

O processo cautelar é, pois, instrumento, através do qual se presta uma modalidade de tutela jurisdicional consistente em assegurar a efetividade de um provimento a ser produzido em outro processo, dito principal. Ao contrário do que ocorre com os outros dois tipos de processo (cognitivo e executivo, e também com o sincrético, que é resultado da fusão dos outros dois), o processo cautelar não satisfaz o direito substancial, mas apenas garante que o mesmo possa ser realizado em momento posterior, permitindo, assim, uma forma de tutela jurisdicional mediata.²⁹

Não raro é o próprio direito material que precisa de tutela imediata, pois a ausência dessa proteção pode ensejar o seu perecimento. Assim, em determinadas situações, não é suficiente garantir a sua futura realização, mas antecipá-lo desde o início do processo. A diferença entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela satisfativa fica evidenciada na ilustração a seguir, apresentada por Alexandre Freitas Câmara:

Assim, por exemplo, pode-se figurar a hipótese em que alguém vá a juízo pedindo a condenação do demandado a pagar um tratamento médico de que o demandante necessita, sendo essencial que o tratamento se realize desde logo, à custa do demandado, sob pena de o demandante não sobreviver. Nesse caso, como parece óbvio, o que sofre risco de dano se não for tutelado de imediato é o próprio direito substancial do demandante, razão pela qual terá o Estado de prestar a ele a tutela jurisdicional antecipada. Situação diversa seria aquela em que o demandante já tivesse se submetido ao tratamento, e pretendesse ser ressarcido dos gastos que teve, verificando-se que o demandado, para se furtar ao pagamento, estivesse se desfazendo de todos os seus bens penhoráveis. Nesse caso, seria a efetividade da futura execução que estaria sofrendo risco,

²⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 19.ed. vol 2. São Paulo: Atlas, 2012. p. 10.

pois nenhuma utilidade se pode esperar de uma execução se o executado não dispõe de bens de valor suficiente para assegurar a realização do crédito exequendo.³⁰

A par da necessidade de tutelar o próprio direito material em perigo é que o legislador introduziu a antecipação de tutela no Código de Processo Civil de 1973, por meio da Lei nº 8.952/94. Trouxe esse diploma legislativo nova redação ao art. 273 do CPC, inserindo duas modalidades de tutela antecipada no direito brasileiro: a primeira, por risco de dano irreparável ou de difícil reparação; a segunda, por abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Na verdade, a introdução da técnica da antecipação da tutela constitui-se marco inicial das reformas promovidas no Código de Processo Civil de 1973, com o intuito de tornar eficiente a prestação jurisdicional do Estado, dotá-la de efetividade, pois não se deve olvidar que o direito tardiamente realizado, quando carecedor de utilidade ao demandante, é equivalente ao direito não realizado.

Essa atividade legislativa em busca de efetividade continuou a todo vigor e com a aprovação do novo Código de Processo Civil obteve seu mais recente avanço. Já a Comissão de Juristas do Senado Federal, encarregada de redigir o anteprojeto que deu origem ao novo CPC, assinalou na Exposição de Motivos, que inaugura o resultado de seus trabalhos, a evolução legislativa em busca de tornar o processo mais efetivo:

A expressiva maioria dessas alterações, como, por exemplo, em 1.994, a inclusão no sistema do instituto da antecipação de tutela; em 1.995, a alteração do regime do agravo; e, mais recentemente, as leis que alteraram a execução, foram bem recebidas pela comunidade jurídica e geraram resultados positivos, no plano da operatividade do sistema.³¹

³⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 19.ed. vol 2. São Paulo: Atlas, 2012. p. 9.

³¹ Código de Processo Civil : anteprojeto/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília : Senado Federal, Presidência, 2010.

Assim como a técnica da antecipação da tutela, a nova sistemática dos agravos e o sincretismo processual, introduzidos por reformas legislativas ocorridas nas últimas duas décadas, a que fez alusão a mencionada Comissão de Juristas, o novo CPC revela-se teleologicamente orientado a promover celeridade e agilidade na prestação jurisdicional.

Empenhando-se em tornar a tutela jurisdicional mais ágil nas situações de urgência, o legislador resolveu aproximar a técnica da antecipação da tutela da espécie jurisdicional de tutela cautelar. Sacrificando o rigor científico, pois é inegável se tratar de institutos diversos, o novo CPC aproxima os dois institutos abordando-os conjuntamente. Com essa nova sistemática, deixa de existir um livro próprio para o processo cautelar. Reconhece, assim, o legislador os anseios e preocupações já apontados pela doutrina, conforme a lição de Daniel Mitidiero:

Vistas as coisas nesse quadro mais amplo, o problema da dogmática processual não está em separar tutela cautelar e antecipação da tutela. Essa impositação da matéria está equivocada, porque não é possível tratar no mesmo plano de uma tutela e de uma técnica - são conceitos distintos. É claro que a tutela cautelar não se confunde com a tutela satisfativa antecipada. Esse, no entanto, já um problema superado pela melhor doutrina. O problema agora está em perceber que a técnica antecipatória é apenas um meio para realização da tutela satisfativa ou da tutela cautelar e que essas formas de tutela jurisdicional devem ser pensadas a partir do direito material - mais propriamente, à luz da teoria da tutela dos direitos.³²

O novo Código de Processo Civil, cuja tramitação em forma de projeto de lei teve seu início no Senado Federal, onde se instalou a Comissão de Juristas destinada a elaborar o anteprojeto que lhe originou, foi posteriormente remetido à Câmara dos Deputados, sendo substancialmente alterado. Retornou, assim, ao Senado Federal para conclusão de sua tramitação no Congresso Nacional. Sancionado pela Presidente da República³³, foi o projeto transformado na Lei nº

³² MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da cautelar à técnica antecipatória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 50

³³ A Presidente da República sancionou o novo CPC com vetos, os quais serão oportunamente apreciados pelo Congresso Nacional. No que pertine à nossa temática, qual seja, as tutelas provisórias, não houve vetos, sendo sancionado na forma do projeto de lei enviado ao Poder Executivo pelo Congresso Nacional.

13.105, de 2015. A tutela de urgência como espécie de tutela provisória no Livro V - Parte Geral:

LIVRO V
DA TUTELA PROVISÓRIA
TÍTULO I
DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

Como se depreende da leitura do dispositivo acima, nesse título do Livro reservado às tutelas provisórias foi estipulada tanto a tutela de urgência quanto a de evidência. Com relação à última das modalidades, como será exposto no capítulo seguinte, apenas há a possibilidade de uma tutela satisfativa. Nas palavras de Artur César de Souza:

Assim, ao contrário da tutela de urgência (cautelar ou satisfativa), a concessão de tutela de evidência representa a antecipação de forma definitiva do mérito do pedido principal, independentemente da comprovação de existência de dano irreparável ou de difícil reparação, ou seja, da comprovação do *periculum in mora*, ou como preconiza o novo CPC perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional.³⁴

No que concerne à tutela de urgência, percebe-se que a mesma pode ser concedida não só para satisfazer direitos, como também para acautelá-los. Ainda, tanto na modalidade satisfativa quanto na cautelar, há a possibilidade de se requerer a tutela de forma antecedente ou incidental.

Durante a tramitação do projeto de novo CPC cuidou o Senado Federal de não utilizar a terminologia antecipação de tutela, por se tratar, como já abordado,

³⁴ Análise da tutela antecipada no projeto da Câmara dos Deputados no novo CPC, de Artur César de Souza - Última Parte - RePro 235/157 (DTR\2014\0000).

de técnica processual. Não obstante, ao apreciar o PL 8.046/2010³⁵, a Câmara dos Deputados, a par de outras alterações que redundaram na aprovação de substitutivo, modificou o tratamento das referidas tutelas, denominando-as tutelas antecipadas:

LIVRO V
DA TUTELA ANTECIPADA
TÍTULO I
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS, DA TUTELA DE
URGÊNCIA E DA TUTELA DE EVIDÊNCIA
CAPÍTULO I
DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 295. A tutela antecipada, de natureza satisfativa ou cautelar, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

Parágrafo único. A tutela antecipada pode fundamentar-se em urgência e em evidência.

O Deputado Paulo Teixeira justificou a alteração devido à ampla utilização do termo tutela antecipada pelos operadores do direito:

O termo tutela antecipada já está incorporado à tradição jurídica brasileira e não pode ser simplesmente ignorado pelo novo CPC – que não o abandona, mas deixa de mencioná-lo. Daí a mudança terminológica proposta.³⁶

Conquanto na perspectiva doutrinária seja recomendado evitar o emprego da expressão “Tutela Antecipada”, é possível antever progresso no Substitutivo aprovado pela Câmara dos Deputados. Resultado de um debate mais amadurecido, pois se desenvolveu a partir do projeto originado no Senado Federal, a proposta apresentada por aquela Casa concede tratamento mais

³⁵ Numeração assumida pela proposição na Câmara dos Deputados. Ao retornar ao Senado Federal, tramitou como Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 166/2010, ou ainda, resumidamente, SCD 166/2010.

³⁶ Relatório apresentado pelo Deputado Paulo Teixeira ao PL nº 8.046, de 2010.

minucioso às tutelas sumárias de urgência e de evidência, incluindo, por exemplo, tema que será abordado adiante: a estabilização dos efeitos da tutela antecipada satisfativa concedida em caráter antecedente.

Encontrou-se um denominador após o retorno do projeto de CPC ao Senado Federal. A proposição aprovada e remetida à sanção substituiu a expressão “Tutela Antecipada” por “Da Tutela Provisória”, sendo esta última expressão o nome do Livro V da Parte Geral do novo CPC.

2.1 A tutela de urgência satisfativa

Conforme visto, tanto o Projeto de Lei nº 166/2010, oriundo do Senado Federal, quanto o Substitutivo ao Projeto de Lei do Senado nº 166/2010, aprovado pela Câmara dos Deputados, ao final adotado pelo Senado Federal quando do retorno a esta Casa Legislativa, posteriormente sancionado e transformado na Lei nº 13.105, de 2015³⁷, abordaram a tutela de urgência.

Trata-se a tutela antecipada satisfativa fundada no perigo na demora da prestação jurisdicional, modalidade de tutela preventiva em que o objeto é o próprio direito material em litígio.

A necessidade da tutela de urgência satisfativa já foi reconhecida pelo legislador quando reformou o CPC, através da Lei nº 8.952/94, alterando o art. 273 do Estatuto Processual pretérito. Em face da realidade incontestável de que a demora na prestação jurisdicional, a despeito de comprometer a entrega da tutela jurisdicional, poderia acarretar o próprio esmorecimento do direito material deduzido, é que se introduziu a tutela antecipada no Estatuto Processual civil. Nesse sentido, a doutrina de Humberto Theodoro Júnior preconiza que:

Embora escrevendo antes da regulamentação da antecipação de tutela em caráter geral no processo civil brasileiro, já observara, com propriedade, Ovídio A. Baptista da Silva, serem absolutamente inconfundíveis as medidas cautelares (que representam, simplesmente, medidas de segurança para a execução) e as medidas antecipatórias (medidas de execução para segurança). Cautelares propriamente só são as que criam

³⁷ Na Câmara dos Deputados, a proposição tramitou como PL nº 8.046, de 2010.

condições para garantir a futura execução. As que antecipam a execução, para satisfazer direito substancial da parte, de cautelares apenas têm o nome e a forma procedimental³⁸

A tutela provisória de urgência está disposta no Título II, Livro V, da Parte Geral do novo Código de Processo Civil, e abarca tanto a de caráter satisfativo quanto a de teor cautelar.

Cotejando os novos dispositivos com os presentes no art. 273 do Código de Buzaid, tem-se que houve não só a manutenção de vários deles como também a introdução de novidades já clamadas pela doutrina há muito, como é o caso do instituto da estabilização da tutela antecipada.

Inicialmente, o art. 300 traz como pressupostos os elementos configuradores da probabilidade do direito e perigo na demora da prestação da tutela:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

É nítida a semelhança, para não dizer a equivalência, entre os elementos que evidenciem a probabilidade, trazidos como pressuposto da tutela de urgência satisfativa no novo CPC, e o pressuposto da verossimilhança da alegação, presente no *caput* do art. 273 do Estatuto Processual Civil em vigor.

³⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 49. ed., v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 705.

Outrossim, repetiu-se a exigência específica do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, constante do inciso I do art. 273 do CPC de 1973 sob a rubrica do perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional.

Já a reversibilidade da medida, cuja imposição é encontrada no § 2º do art. 273 do CPC pretérito, é repetida no atual, conforme se extrai do §3º do art. 300, reproduzido imediatamente acima. Conforme se depreende do §1º do mesmo dispositivo, há ainda a possibilidade de o magistrado exigir caução real ou pessoal para concessão desse provimento provisório, dispensando-se essa proteção quando a urgência for requerida por jurisdicionado economicamente hipossuficiente.

Percebe-se, assim, a atenção do legislador em preservar os institutos do Código Processual Civil de 1973, apenas conferindo tratamento mais sistemático aos mesmos e acrescentando novos, como o fez com o instituto da estabilização dos efeitos da tutela, com o propósito de dotar o processo de maior efetividade.

2.2 A tutela de urgência satisfativa antecedente

Significativa mudança é trazida pelo novo CPC no que se refere à possibilidade de se conceder a tutela de urgência satisfativa de forma antecedente. Reconhecendo a premência de se conferir aos litigantes essa faculdade, leciona Cândido Rangel Dinamarco que:

Se o objetivo é impedir que o decurso do tempo corra direitos, constitui imperativo da garantia constitucional do acesso à justiça (Constituição, art. 5.º, XXXV) a disposição dos juízes da conceder a antecipação antes ou depois da propositura da demanda principal, sempre que haja necessidade e estejam presentes os requisitos de lei (art. 273, caput e I). O cumprimento integral dessa garantia exige que, no plano infraconstitucional e na prática dos juízos, haja meios suficientes para obter a tutela jurisdicional efetiva e tempestiva; não é efetiva nem tempestiva, e às vezes sequer chega a ser tutela, aquela que vem depois de consumados os fatos temidos ou sem a capacidade de evitar o insuportável acúmulo de prejuízos ou de sofrimentos. Negar sistematicamente a tutela antecipada em caráter antecedente, ou preparatório, é ignorar o art. 8.º, I, do Pacto de San José da Costa

Rica, portador da severa recomendação de uma tutela jurisdicional dentro do prazo razoável.³⁹

Com a sistemática a ser adotada pelo Código de Processo Civil novel, pode o autor requerer a tutela satisfativa antecipadamente em caso de urgência. Conforme previsão no dispositivo a seguir reproduzido:

Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

Percebendo que em situações de acentuado perigo na demora da prestação jurisdicional o próprio direito material corre demasiado risco, não sendo possível à parte ajuizar a demanda contendo o pedido principal sem que o tempo levado para preparar a inicial comprometa a sua pretensão, é que o legislador aventou a hipótese do art. 303.

Ainda que não conste expressamente do Código de Processo Civil em vigor, o qual permite apenas as cautelares preparatórias, a verdade é que muitos procedimentos que são mencionados como medidas cautelares, como é o caso dos alimentos provisionais, tratam-se de verdadeiras antecipações de tutela antecedentes. Nesse sentido, alerta Cândido Rangel Dinamarco que:

A proibição de vender um valioso bem, endereçada a uma sociedade mercantil, nada tem de cautelar e é pura antecipação de tutela. Qual razão sistemática ou teleológica conduziria a negá-la porque pedida antes da instauração do processo? Continua a ser pueril a tentativa de contornar esse problema, dizendo simplesmente que tal medida será concedida a título de cautelar e não de antecipação de tutela. *Idem*, quanto às sustações de protesto, aos alimentos provisionais, à nomeação de administrador provisório para uma sociedade anônima *etc*⁴⁰

³⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 73-74.

⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 74.

A ideia trazida no art. 303 do novo Estatuto Processual é de facultar ao autor o requerimento de tutela satisfativa antecedente, sendo exigido dele apenas indicar qual o seu pedido de tutela final. Faz-se imprescindível, ainda, constar da inicial, a exposição sumária da lide, do direito objeto da tutela e, por óbvio, o requisito do perigo da demora da prestação, presente em todas as tutelas antecipadas de urgência.

Mas o dispositivo referido, em seus parágrafos, faz outras exigências para o regular trâmite da demanda em que se requer tutela antecipada satisfativa preparatória.

É o caso do § 1º, inciso I, do *caput* do art. 303, o qual obriga o autor a, no prazo de quinze dias, ou ainda em período superior que o magistrado lhe assinalar, realizar a complementação de sua arguição na petição inicial. É nessa oportunidade que o demandante confirmará o seu pedido de tutela final.

Vale ressaltar que na inicial, ainda que de maneira perfunctória, também deverá ser mencionado o pedido final. Tomando este último como parâmetro, também é indispensável constar na exordial o valor da causa, como determina o art. 303, § 4º.

Assim, a tutela satisfativa antecedente, depois de deferida liminarmente, sem a oitiva da parte adversa, é necessariamente complementada, em período de quinze dias ou em maior tempo que o órgão jurisdicional fixar, durante o qual será providenciada pelo autor a juntada dos demais documentos necessários.

Já o segundo inciso II do §1 do dispositivo em comento se refere à citação imediata do réu a partir do recebimento da demanda em que se requer a tutela satisfativa preparatória, mas o prazo somente começará a correr depois de o réu ser intimado do aditamento realizado pelo autor.

É importante frisar que o aditamento, realizado pelo autor nos mesmos autos em que fez o requerimento de tutela satisfativa preparatória, não depende de recolhimento de novas custas processuais, o que é mencionado de forma expressa no §3 do art. 303.

Caso o magistrado entenda que o autor não tenha-se valido de elementos suficientes para concessão da tutela sumária satisfativa antecedente, abrirá prazo de até cinco dias para que o demandante emende a inicial, nos termos do §6 do art. 303.

Trata ainda o mencionado dispositivo de hipóteses de extinção do processo sem resolução de mérito. A primeira possibilidade é a de, concedida a tutela antecipada liminarmente, o autor não complemente a inicial com o pedido de tutela final em quinze dias ou em prazo maior que o juiz fixar. Também será extinto sem resolução de mérito nos casos em que, no prazo de até cinco dias, o autor não promova a emenda da inicial, determinada pelo juiz por não estar convencido da presença dos elementos necessários para a antecipação;

2.3 A estabilização dos efeitos da tutela de urgência satisfativa

Ainda que de forma tímida, o instituto da estabilização dos efeitos da decisão já se encontrava presente no Código de Processo Civil de 1973. Basta ver a possibilidade de estabilização no procedimento relativo à ação monitória. Prevê o art. 1.102-A, e parágrafos, a possibilidade de conversão em título executivo extrajudicial quando a ação monitória não for embargada pelo réu no prazo de quinze dias.

Embora o procedimento monitório seja pouco utilizado no direito brasileiro, em virtude de diversos problemas apontados pelos operadores do direito ⁴¹, pois o Código em vigor não apenas é silente quanto aos embargos opostos com efeito protelatório, mas também não atribui expressamente efeitos devolutivos à apelação interposta contra sentença que rejeite ou julgue improcedentes os embargos monitórios, esvaziando o instituto, nele já se presencia a técnica do contraditório diferido, presente na estabilização dos efeitos da tutela de urgência satisfativa. É o que afirma Gustavo Bohrer Paim no excerto a seguir reproduzido:

⁴¹ PAIM, Gustavo Bohrer. *A estabilização da tutela antecipada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 111.

De qualquer sorte, percebe-se, na ação monitória, a inversão do contraditório, visto que o demandado deverá opor embargos monitórios para poder exercer plenamente a garantia do contraditório em demanda satisfativa posterior.⁴²

Já houve proposta legislativa com o objetivo de inserir no art. 273 do CPC pretérito o instituto da estabilização dos efeitos da tutela, a qual não logrou êxito quando de sua tramitação no Senado Federal⁴³.

No novo CPC, a matéria é tratada no art. 304, que prevê a possibilidade de estabilização dos efeitos da tutela para os casos de tutela urgente satisfativa antecedente, conforme explicitado a seguir:

Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

Percebe-se, pela leitura do dispositivo acima, que a estabilização dos efeitos somente ocorrerá quando se tratar de tutela sumária satisfativa. Isso ocorre porque, embora a estabilização seja provisória, ela tem o condão de se tornar definitiva, conforme será demonstrado. E como a tutela cautelar será sempre temporária, não tem sentido estabilizar os efeitos de algo que tem a natureza de ser temporário.

Desse modo, concedida a tutela sumária satisfativa antecedente, o réu será citado para oferecer o recurso de agravo de instrumento contra essa decisão liminar; não o fazendo, o processo será extinto com resolução de mérito, nos termos do art. 304, §1º.

Em suma, concedida de forma antecedente à tutela sumária satisfativa, e não tendo o réu se irrisignado quanto a essa decisão, interpondo o recurso de agravo de instrumento, não lhe será permitido responder à demanda e a tutela considerar-se-á estabilizada nos termos do *caput* do art. 304.

⁴² PAIM, Gustavo Bohrer. *A estabilização da tutela antecipada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 112.

⁴³ Trata-se do Projeto de Lei do Senado nº 186, 2005, cuja tramitação já se encontra encerrada desde 2007.

Note-se que, a alegação de que o princípio do contraditório é ferido por não ser permitido ao réu oferecer resposta à demanda, é tese superada na doutrina. O que ocorre na realidade é o diferimento desse contraditório, como adverte Luiz Guilherme Marinoni:

Argumentar com lesão ao princípio do contraditório é voltar a tratar de assunto já encerrado, pois é sabido que o contraditório pode ser postecipado para permitir a efetividade da tutela de direitos.⁴⁴

Assim, nos termos do §3º do art. 304, os efeitos estarão conservados até que a decisão concedida em sede de antecipação de tutela não seja revista, reformada ou invalidada, em ação movida por uma das partes.

No §4º do art. 304 encontra-se a previsão de qualquer das partes requerer o exame da demanda que teve tutela sumária satisfativa antecedente. Desse modo, duas alternativas são possíveis.

Viabiliza-se ao próprio autor, tendo obtido a antecipação apenas em parte do pedido que deduziu, a faculdade de provocar o judiciário para que realize cognição exauriente sobre a sua pretensão.

Por outro lado, é possível que o réu, que teve contra si estabilizada uma decisão de antecipação de tutela, resolva cobrar do judiciário a análise completa no plano vertical. Nesse caso, promoverá uma nova demanda, invertendo-se os polos da relação processual formada na decisão que antecipou a tutela.

Sempre que uma decisão de antecipação de tutela já estabilizada precisar ser revista, é o próprio órgão jurisdicional que a concedeu que terá competência para apreciar a demanda. Conforme disposto no §4 do art. 304, o juízo fica prevento.

⁴⁴ PAIM, Gustavo Bohrer. *A estabilização da tutela antecipada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 112.

2.4 A tutela de urgência cautelar

Ao dispor no novo Código de Processo Civil sobre a antecipação de tutela de urgência cautelar, o legislador busca os mesmos fins da tutela cautelar que atualmente opera no sistema processual civil.

O processo cautelar foi elaborado pela ciência processual com a missão de garantir o desenvolvimento de outros dois processos: o de conhecimento e o de execução. Servia assim como instrumento desses últimos. Em livre tradução de trecho da clássica obra de Piero Calamandrei, são as seguintes as palavras empregadas por Alexandre Freitas Câmara:

Se todos os provimentos jurisdicionais são um instrumento do direito substancial, que através deles é atuado, nos provimentos cautelares se verifica uma instrumentalidade qualificada, ou seja, elevada, por assim dizer, ao quadrado: esses são de fato, infalivelmente, um meio predisposto a um melhor proveito definitivo, que por sua vez é um meio para a atuação do direito; são, pois, em relação à finalidade última da função jurisdicional, instrumentos do instrumento.⁴⁵

É o seu caráter instrumental a nota essencial da tutela cautelar. Ela não satisfaz um direito, como as demais modalidades de tutela, mas permite, quando presentes relevantes motivos de urgência, a imediata prestação de medida cautelar. Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior:

É instrumental a função cautelar, porque não se liga à declaração de direito, nem promove a eventual realização dele; e só atende, provisória e emergencialmente, a uma necessidade de segurança, perante uma situação que se impõe como relevante para uma futura atuação jurisdicional definitiva.⁴⁶

⁴⁵ Piero Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, in *Opere Giuridiche*, Vol IX, p. 176. apud CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 19.ed. vol 2. São Paulo: Atlas, 2012. p. 9-10.

⁴⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 49. ed., v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 532-533

A diretriz fundamental que inspirou o novo CPC foi a efetividade e a eficiência. Para obter esses resultados, é imprescindível não perder de vista o caráter instrumental do próprio processo. Sobre isso, já alertava Cândido Rangel Dinamarco:

Com tudo isso, chegou o terceiro momento metodológico do direito processual, caracterizado pela consciência da instrumentalidade como importantíssimo pólo de irradiação de idéias e coordenador dos diversos institutos, princípios e soluções. O processualista sensível aos grandes problemas jurídicos sociais e políticos do seu tempo e interessado em obter soluções adequadas sabe que agora os conceitos inerentes à sua ciência já chegaram a níveis mais que satisfatórios e não se justifica mais a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico. Insistir na autonomia do direito processual constitui, hoje, como que preocupar-se o físico com a demonstração da divisibilidade do átomo.⁴⁷

Nesse sentido, percebeu-se que a evolução da tutela cautelar exigia avanços em institutos como a tutela jurisdicional e, de certo modo, uma colocação em segundo plano de outros institutos fundamentais do direito processual tais como ação e processo. Como é ensinado por José Roberto dos Santos Bedaque:

O estudo da cautelar deve ser feito a partir da idéia de tutela jurisdicional, sendo absolutamente irrelevante o aspecto de essa modalidade de medida ser concedida mediante o exercício do direito de ação, em processo autônomo, ou como decisão incidental no procedimento em curso. Ação cautelar, processo cautelar, medida cautelar incidente, são apenas mecanismos para a obtenção da tutela cautelar. Importa, pois, descobrir a natureza dessa modalidade de proteção jurisdicional, que não se confunde com as demais formas de tutela: cognitiva e executiva.⁴⁸

Percebeu-se o caráter supérfluo de abertura de um processo cautelar quando a parte acionava o judiciário em busca de uma medida cautelar. Postulava-se,

⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 22.

⁴⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 121.

assim, assim como o fez a Lei nº 11.232, de 2005, ao promover num mesmo processo a tutela de conhecimento e a de execução, tornar o sincretismo processual ainda mais abrangente incluindo a possibilidade de se conceder também a tutela cautelar, ao lado daquelas outras duas espécies de tutela, num mesmo processo. Sobre o tema, mas ainda antes da discussão no âmbito legislativo do novo Código de Processo Civil, assim se posicionou Glauco Gumerato Ramos:

Veja-se, por exemplo, o que hoje é possível fazer através do denominado processo sincrético. Sobre uma única base processual (= atividade, único “processo”) haverá uma verdadeira combinação de atividades onde será possível a obtenção de tutela jurisdicional de conhecimento e de tutela jurisdicional executiva. O mesmo se diga em relação à tutela jurisdicional de urgência (antecipada ou cautelar). Basta a existência de uma base processual (= processo, atividade sob contraditório e ampla defesa) para que se obtenha tutela antecipada ou cautelar, o que é permitido pelas modernas técnicas de urgência previstas pelo sistema.⁴⁹

Com a aprovação do novo Código de Processo Civil, a tutela cautelar, ou sumária cautelar, na nova terminologia proposta pelo legislador reformador, não possui mais um Livro próprio. Mais do que isso, quando a parte desejar uma medida de segurança cautelar, seja incidental ou antecedente, será sempre nos mesmos autos em que se desenvolve ou se desenvolverá o pedido principal. Para parcela da doutrina, isso já era possível, no sistema atual, principalmente após a introdução da fungibilidade entre as tutelas de urgência satisfativa e cautelar, por meio da Lei nº 10.444, de 2002. Nas palavras de Glauco Gumerato Ramos:

A coexistência das técnicas de tutela antecipada com o processo cautelar autônomo (Livro III) só atrapalha a boa interpretação que merece o sistema do CPC. Basta a constatação da “lambança” - *data venia* - que se observa na jurisprudência com frequência acima do que seria desejável, apesar da clareza do § 7º do art. 273 (= fungibilidade entre as tutelas de urgência e do mandamento constitucional do art. 5º, XXXV).⁵⁰

⁴⁹ RAMOS, Glauco Gumerato. Tutelas de urgência e inutilidade funcional do processo cautelar autônomo (CPC, Livro III). *Temas atuais das tutelas diferenciadas: estudos em homenagem ao professor Donald Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 313.

⁵⁰ RAMOS, Glauco Gumerato. Tutelas de urgência e inutilidade funcional do processo cautelar autônomo (CPC, Livro III). *Temas atuais das tutelas diferenciadas: estudos em homenagem ao professor Donald Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 313.

Assim, com a mudança proposta, no mínimo, haverá uma melhor sistematização da matéria, por várias razões. Em primeiro lugar, um processo cautelar exclusivo não deixa de ser mais um processo para o magistrado decidir, nesses tempos de tão elevado demandismo e sobrecarga do Judiciário. Afinal, como previsto no novo CPC, é plenamente possível prestar todas as tutelas jurisdicionais sobre uma mesma base processual.

Por outro lado, embora o poder geral de cautela seja assegurado ao juiz diretamente pelo texto constitucional, art. 5º, XXXV, por prever esse princípio fundamental que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário sequer a ameaça a direito, haja vista o próprio art. 798 explicitar esse poder geral de cautela, o legislador do Estatuto Processual pretérito abordou desnecessariamente medidas cautelares específicas – que, na verdade, não são sequer cautelares – como a justificação, protestos, notificações e interpelações, homologação do penhor legal; posse em nome do nascituro; protesto de títulos cambiários; interdição e demolição de prédio para resguardar saúde e segurança; e entrega de bens pessoais do cônjuge. Todas elas são previstas no CPC anterior, mas de cautelar só levam o nome e o regime procedimental a que se submetem.⁵¹

Por último, no novo CPC não são previstas medidas cautelares típicas (ou nominadas) e atípicas (ou inominadas), sendo, no entanto, inserido o art. 301, a seguir transcrito:

Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito.

Optou o legislador por mencionar algumas espécies de cautelares, tais como arresto, sequestro, arrolamento de bens e registro de protesto contra alienação de bens, mas, ao final do dispositivo, para não deixar dúvida sobre o seu caráter

⁵¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 49. ed., v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 537

exemplificativo, permite-se ao magistrado fazer uso de qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito.

2.5 A tutela de urgência cautelar antecedente

O novo Código de Processo Civil reserva o Capítulo III do Título II do Livro “Da Tutela Provisória” às tutelas cautelares de urgência requeridas de forma antecedente. Muito do procedimento previsto para as cautelares antecedentes no atual CPC é repetido aqui.

O autor continua tendo que indicar a lide que pretende acautelar, bem como expor de maneira sumária o direito objeto da tutela e o perigo na demora da prestação jurisdicional. O réu permanece, assim como no CPC de 1973, com 5 dias para contestar após a citação, e não o fazendo serão os fatos reputados verdadeiros pelo magistrado.

Concedida a medida cautelar, o autor terá dez dias para formular o pedido principal. Nesse caso, tem-se a grande novidade, pois o pedido principal será realizado nos mesmos autos ou, ainda, no mesmo processo em que foi requerida a tutela de urgência cautelar antecedente. Não ocorre mais a formação de um novo processo para o pedido principal, apensando-se o processo com o pedido cautelar. É o que dispõe o *caput* do art. 308 do novo Diploma Processual:

Art. 308. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais.

Também constará no novo CPC a fungibilidade entre as tutelas de urgência antecedente satisfativa e cautelar, mantendo a disciplina do art. 273, §7º do Estatuto Processual pretérito. É o que dispõe o parágrafo único do art. 305:

Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a

exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.

Assim, o magistrado, ao verificar que o autor se enganou e que, na verdade, deseja uma tutela antecedente satisfativa, determinará a aplicação do procedimento do art. 303, próprio para essa modalidade de urgência.

3. A TUTELA DE EVIDÊNCIA

A inaptidão do procedimento ordinário para solucionar casos em que a parte demande uma tutela jurisdicional mais célere, quer em virtude de uma situação de perigo em que o seu direito se encontre, quer devido ao grau elevado de probabilidade de suas alegações serem consideradas procedentes, tornou necessária a criação de mecanismos, tutelas diferenciadas, a fim de dotar o processo da indispensável instrumentalidade que o capacite a realizar os escopos a que se propõe.⁵²

O reconhecimento de que o processo está a serviço da jurisdição, a qual nada mais é do que a emanção do poder-dever estatal de garantir a concretização dos direitos materiais abstratamente previstos no ordenamento jurídico, fez a doutrina idear e o legislador criar os meios capazes de instrumentar o processo na sua sempre perene batalha contra o tempo e ajudá-lo a cumprir a nobre missão de assegurar a tutela aos jurisdicionados portadores de uma pretensão legítima. Nesse sentido, nas palavras de Humberto Theodoro Júnior:

Múltiplos são os expedientes de que o direito processual se vale na luta em prol da efetividade do processo e na coibição dos efeitos do tempo sobre os resultados do processo, como a criação de títulos executivos extrajudiciais e a redução dos procedimentos (ritos sumários, ações monitórias, julgamento antecipado da lide etc.) Com todos esses caminhos especiais se intenta proporcionar as chamadas tutelas diferenciadas, que, além da sumarização dos procedimentos comuns, conduzem também àquilo que configura as modernas tutelas de urgência, de que o direito processual atual não pode prescindir para realizar o anseio de efetividade.⁵³

Com o objetivo de assegurar a realização do próprio direito material em situações nas quais a demora na prestação jurisdicional pudesse comprometê-los seriamente, foi promovido o ingresso do instituto da antecipação da tutela no direito brasileiro, por meio da Lei nº 8.952, de 1994, a qual alterou o art. 273 do CPC/73.

⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁵³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 49. ed., v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 702

Foram previstas duas espécies: a fundamentada em situação de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, e a baseada em abuso da defesa ou atos protelatórios por parte do réu.

A primeira hipótese se refere à antecipação com base na urgência e, grosso modo, pode-se dizer que possui os mesmos requisitos da tutela cautelar, quais sejam o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. No entanto, enquanto esta última cumpre a sua função apenas assegurando o direito da parte em futura execução, a primeira é uma verdadeira tutela satisfativa, em que se adianta ao jurisdicionado o próprio direito material.

Partindo da percepção de um fundamento comum na urgência da tutela pretendida, requisito que aproximava tanto a tutela cautelar quanto essa espécie de antecipação, o legislador, mediante a Lei nº 8.952, de 1994, alterou o art. 273 do Código Buzaid, para introduzir a fungibilidade entre essas duas modalidades. Essa proximidade entre os institutos foi apontada por Eduardo Melo de Mesquita:

Afigura-se, pelo exposto, não haver verdadeira distinção substancial entre o requisito da verossimilhança exigida na tutela antecipada, art. 273, I, e o *fumus boni iuris* na tutela cautelar. Não obstante haver uma diferença de grau, o que não é negado pela doutrina mais autorizada, porquanto o magistrado ao decidir acerca da cautelar o faz de modo hipotético, enquanto para antecipar a tutela nos moldes do art. 273, I, não pode fazê-lo de igual modo, pois há um *plus*. Isso pode ser constatado se voltarmos os olhos à época em que não havia previsão da antecipação de tutela, pois as medidas satisfativas ou atípicas, concedidas em sede de cautelar, eram havidas como diferenciadas pela doutrina e jurisprudência de então, a ponto de serem consideradas como desnaturamento da função cautelar.⁵⁴

A Lei nº 13.105, de 2015, que institui o novo Código de Processo Civil, harmoniza essa situação prevendo a tutela de urgência, a qual pode ser de natureza antecipada ou de natureza cautelar.⁵⁵

⁵⁴ MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutela cautelar e antecipada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 412.

⁵⁵ A Lei nº 13.105 traz espaço próprio para as Tutelas de Urgência, qual seja o Título II, do Livro V, da Parte Geral, compreendendo os arts. 300 a 310.

A segunda hipótese de antecipação no CPC/1973, modificado pela já mencionada Lei nº 8.952, de 1994, é a denominada antecipação por abuso do direito de defesa ou, ainda, sancionadora da má-fé processual.⁵⁶

Introduziu-se essa modalidade de antecipação com o objetivo de conferir ao julgador, quando, diante de um direito alegado pela parte com alta carga de probabilidade de ser veraz, mas cuja finalização da prestação jurisdicional com a entrega da correspondente tutela apenas estivesse se delongando por atos meramente protelatórios e praticados por má-fé da parte adversa, os meios de tornar efetiva a tutela do direito material submetido à sua cognição.

Trata-se da hipótese de antecipação dos efeitos da tutela baseada em evidência primeiramente introduzida no ordenamento processual brasileiro. À diferença da antecipação com base na urgência, modalidade com que se fez tanta confusão com a tutela cautelar, sempre se teve claro o caráter satisfativo da tutela de evidência. A desnecessária presença de urgência para existência desta última é esclarecida nas precisas palavras de Daniel Mitidiero:

A antecipação de tutela pode proteger a parte diante de um perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional - e aí será fundada na urgência - ou diante do abuso do direito de defesa - fundando-se aí na maior evidência do direito postulado em juízo. Diante da urgência, a técnica antecipatória pode viabilizar a conservação do direito para realização eventual e futura ou a fruição imediata do direito alegado em juízo. Em face da evidência, a técnica antecipatória permite a fruição imediata do direito da parte.⁵⁷

Posteriormente, com a edição da Lei nº 10.444, de 2002, foi introduzida mais uma modalidade de antecipação de tutela. Aquele diploma normativo acrescentou o §6 ao art. 273 do CPC/73, com o objetivo de permitir a tutela antecipada de um ou mais dos pedidos cumulados, quando estes se mostrassem incontroversos.

⁵⁶ BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 133-141.

⁵⁷ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da cautelar à técnica antecipatória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 131.

É que a antecipação baseada na evidência busca conferir presteza, rapidez, na entrega da tutela jurisdicional. O tempo que se leva para que o magistrado possa formar a sua convicção muitas vezes é exagerado e compromete a própria satisfação do direito material em exame.

Desse modo, quando a demanda, ainda que em parte, se mostre incontroversa, seja quando o réu tiver reconhecido parcialmente o que pretende o autor, seja quando algum dos pedidos formulados na inicial dispense a produção de provas, é mais do que prudente que o juiz antecipe os efeitos a fim de conferir efetividade à tutela jurisdicional. Seria não apenas injusta a espera do autor, como também não seria compatível com um processo comprometido com o princípio constitucional da razoável duração do processo. Conforme leciona Luiz Guilherme Marinoni:

A tutela antecipatória, em tais casos, é reflexo da ideia de que é injusto o autor esperar a realização de um direito incontroverso. Nessa linha o §6º do art. 273 nada mais é que uma resposta do legislador ao seu dever de dotar o processo de técnicas capazes de atender ao direito fundamental à duração razoável.⁵⁸

Em síntese, a técnica da antecipação da tutela prevista no art. 273 do Código Buzaid se divide em duas espécies: a do inciso I, fundada na urgência; e a embasada na evidência, as quais se subdividem na prevista no inciso II, sancionadora da má-fé processual, e a do §6º do mesmo artigo, permitindo a antecipação da parcela incontroversa da demanda.

O novo Código de Processo Civil traz a tutela de evidência, ao lado da tutela de urgência como subespécie da denominada tutela provisória. Há um alargamento das possibilidades da tutela de evidência, já que são quatro as hipóteses de sua concessão.

Assim, foi reservado o Título III, do Livro V, da Parte Geral do novo CPC para explicitar no art. 311 as modalidades de tutela de evidência:

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 284.

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Observe-se que, no novo CPC, a antecipação baseada em parcela do pedido incontroverso deixou de ser hipótese de tutela antecipada. Na verdade, a tutela conferida com esse fundamento passou a ser considerada verdadeira hipótese de julgamento antecipado parcial do mérito.⁵⁹

3.1 A necessidade de enfrentar os efeitos negativos do tempo para adequada prestação da tutela jurisdicional

A prestação jurisdicional, sobretudo na fase cognitiva, é atividade que demanda um tempo razoável para que se aperfeiçoe. É de se entender que a tutela jurisdicional prestada a partir de um processo, orientado por um procedimento legalmente previsto, respeitador de garantias processuais fundamentais, tais como a segurança jurídica, o contraditório e a ampla defesa, demande tempo considerável para ser oferecida. Versando a respeito da indispensável atenção ao valor do tempo para o processo, assim se posicionou José Roberto dos Santos Bedaque:

⁵⁹ O julgamento antecipado parcial do mérito por incontrovérsia acerca de um ou mais pedidos ou parcela deles está previsto no art. 356, inciso I, do novo CPC.

A grande luta do processualista moderno é contra o tempo. Isso porque, quanto mais demorar a tutela jurisdicional, maior a probabilidade de a satisfação por ela proporcionada não ser completa. De outro lado, impossível a entrega imediata da prestação, pois a verificação da efetiva existência do direito demanda exame cuidadoso dos fatos alegados, o que não pode ser feito instantaneamente.⁶⁰

Os efeitos daninhos do tempo no processo não foram observados tão cedo pelos processualistas. Apenas com a transformação do papel a ser desempenhado pela jurisdição, com a evolução do Estado como um agente na concretização de direito do cidadão, cuja expressão máxima é o estado democrático de direito, é que a prestação efetiva da jurisdição passou a ser uma finalidade buscada pelos juristas.

É de se notar que esse interesse tem a ver com a própria importância que se atribuía à função desempenhada pelo Poder Judiciário desde o aparecimento do Estado moderno. Ao juiz caberia apenas a tarefa de declarar aquilo que o legislador já previra em lei, sendo-lhe vedado um atuar executivo. A jurisdição se resumia a uma atividade cognitiva e nada mais. Não era admitido ao julgador interferir na marcha do tempo processual; apenas lhe cabia dizer o direito independentemente do tempo que levasse para isso. Sobre o valor que se atribuía à jurisdição naqueles tempos são esclarecedoras as palavras de Luiz Guilherme Marinoni:

Essas sentenças, como atos integrantes do processo de conhecimento clássico, não permitem ao juiz atuar a não ser no plano normativo, e assim apenas objetivariam afirmar a vontade da lei e a autoridade do Estado-Legislator. Note-se que falar em atuação no plano normativo não é apenas identificar o julgamento com a lei, pois, no direito liberal, a atividade de julgar não era limitada somente pela legislação, mas também pela atividade executiva. Essa, objetivando a segurança pública e, sobretudo, a limitação dos poderes do juiz, concentrava a atividade de execução material das decisões.⁶¹

⁶⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 114.

⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutelas dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 30.

Com a superação desse paradigma liberal, a atividade jurisdicional passou a ser vista como um instrumento para tornar efetivos para o cidadão os direitos materialmente previstos na legislação. Mas a atividade reputada de maior valor no mister desempenhado pelo magistrado continuava a ser a própria do processo de conhecimento, a qual somente se consideraria concebida quando este alcançasse a verdade.

O tempo despendido pelo julgador em busca de realizar essa cognição completa é um ônus que aquele que está com o direito não deve suportar. Até porque descobrir a verdade acerca da realidade observável é uma tarefa impossível para o ser humano. Nesse sentido, nas palavras de Bruno Vinícius da Rós Bodart:

Já se disse algures que a verdade, em uma de suas acepções, é um elemento da realidade, não podendo ser apropriada por ninguém. 'Aquilo que se vê é apenas aquilo que se parece ver'. Por isso, Carnelutti já ensinava que a verdade está no todo, não na parte, e o todo é demais para nós. Com inegável dose de realismo crítico, o autor associa a impossibilidade de apreensão da verdade às limitações inerentes aos sentidos humanos. Entenda-se bem: não se está a afirmar que não podemos conhecer absolutamente nada, mas que não podemos nada conhecer absolutamente.⁶²

Desse modo, o controle dos efeitos negativos do tempo gasto para a entrega da tutela jurisdicional deve ser realizado de maneira eficaz. Quando o autor, ao submeter sua demanda ao judiciário, estiver com um direito já evidente, não faz sentido que a demora no aperfeiçoamento procedimental favoreça ao réu, ainda que o julgador já tenha como altamente provável que este virá a sucumbir.

O novo CPC, ao reconhecer a utilidade da tutela de evidência, ampliou as hipóteses em que a mesma pode ser concedida. O que o legislador deseja com a tutela de evidência é mudar de lado, inverter, a parte que deve sofrer com os efeitos negativos do tempo. Aquele que estiver com menor probabilidade de lograr êxito deve suportar a demora.

⁶² BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 37.

Tal preocupação, após a Emenda Constitucional nº 45/2004, ganhou ainda mais relevo, com o acréscimo aos direitos e garantias fundamentais do inciso LXXVIII do art. 5º, com o qual se buscou assegurar a razoável duração do processo aos litigantes e a garantia dos meios que assegurem uma tramitação célere de suas demandas. É o que afirma Bruno Vinícius da Rós Bodart em seguinte passagem:

Note-se: quando se fala em prestação judicial morosa, retrata-se a situação em que o autor vai a juízo alegando a violação a um direito seu, mas recebe em troca a violência contra outro dos seus direitos, qual seja, a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF/1988). Referido princípio, cuja previsão expressa na Carta Magna adveio com a EC 45/2004, impõe a exata ponderação entre os valores em jogo, a fim de que o ônus dromológico processual recaia sobre a parte que possui menos chance de sair vencedora.⁶³

A tutela antecipada com base na evidência deve ser vista como uma medida afinada com o ideal de justiça, pois o processo deve servir para garantir, concretizar direitos; e não como um fardo a ser suportado pela parte que busca a merecida tutela.

3.2 A técnica de cognição sumária e o juízo de probabilidade

Costuma-se dividir a atividade intelectual do juiz no cumprimento da função jurisdicional, em que considera as alegações de fato e de direito das partes e, a partir delas, decide acerca da viabilidade do pedido apresentado, em dois planos distintos. São eles: o plano vertical e o plano horizontal.

Em cada um desses eixos, a cognição pode ser completa ou não. Quando se considera o plano horizontal, diz-se que ela será limitada ou plena em sua extensão. Já no eixo vertical, a profundidade da cognição pode ser sumária ou exauriente. Há ainda a possibilidade de se combinar essas diferentes técnicas, dependendo do objetivo do julgador. São esclarecedoras as palavras de Kazuo Watanabe em obra seminal acerca do tema:

⁶³ BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 82.

A classificação do corte em horizontal e vertical está sendo feita, na passagem transcrita, em função da área de cognição, enquanto o critério que procuramos levar em conta é a distinção da cognição segundo dois planos distintos, o da extensão (horizontal) e o da profundidade (vertical). De sorte que, segundo a nossa visão, se a cognição se estabelece sobre todas as questões, ela é horizontalmente ilimitada, mas se a cognição dessas questões é superficial, ela é sumária quanto à profundidade. Seria então cognição ampla em extensão, mas sumária em profundidade. Porém, se a cognição é eliminada de uma área toda de questões, seria limitada quanto à extensão, mas se quanto ao objeto cognoscível a perquirição do juiz não sofre limitação, ela é exauriente quanto à profundidade.⁶⁴

A prestação jurisdicional tradicional, ou padrão⁶⁵, é a que se instrumenta em um processo orientado pelo procedimento o mais completo possível. No ordenamento jurídico brasileiro, essa espécie é denominada de procedimento ordinário. Para formar a sua convicção, o julgador não abrevia a sua cognição em nenhum dos planos. Enquanto no plano horizontal a apreciação dos argumentos, defesas e exceções ocorre de forma integral – por isso se diz que a técnica utilizada é plena no sentido horizontal –, o juízo mais seguro, mais amadurecido acerca das provas, é resultado do emprego de técnica cognitiva exauriente no plano vertical.

No entanto, mediante uma visão do processo civil mais comprometido ideologicamente com os objetivos de um estado democrático de direito, percebeu-se que era indispensável dotá-lo de meios que o capacitassem a cumprir a sua nobre missão, qual seja, de ser um instrumento para a concretização de direitos por meio da entrega ao jurisdicionado de uma tutela efetiva.

Com essa finalidade, foram criadas variadas formas de tutela, no que se convencionou chamar tutelas diferenciadas. Contudo, essa evolução só foi permitida em virtude da constatação de que a atividade cognitiva do julgador poderia ser seccionada.

⁶⁴ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 112-113.

⁶⁵ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de conhecimento*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 60.

A limitação no plano horizontal, por meio da técnica da cognição parcial, foi utilizada pelo legislador na elaboração das ações possessórias. A proibição de alegações sobre a titularidade do imóvel é vedada tanto ao autor quanto ao réu. As ações possessórias permanecem no novo CPC e a referida regra, a qual permite ao julgador a aplicação da técnica de cognição parcial, foi mantida:

Art. 557. Na pendência de ação possessória é vedado, tanto ao autor quanto ao réu, propor ação de reconhecimento do domínio, exceto se a pretensão for deduzida em face de terceira pessoa.

Parágrafo único. Não obsta à manutenção ou à reintegração de posse a alegação de propriedade ou de outro direito sobre a coisa.

No que concerne à tutela provisória fundamentada na evidência, a técnica que a permite é a que limita a cognição no plano vertical. O juiz que decide por uma antecipação dos efeitos da tutela acerca dos direitos apresentados pela parte serve-se de uma atividade intelectual marcada pela sumariedade.

Se alcançar a verdade absoluta não faz sentido no processo – até mesmo nas ciências exatas a questão deixou de ser dogma – porque é injusto prejudicar quem está com o direito com uma demora exagerada de um procedimento, deve o magistrado decidir de acordo com os graus de verossimilhança que pode atingir em sua atividade intelectual diante do caso concreto. Esses graus, de acordo com uma escala crescente de juízo positivo, seriam: possibilidade, probabilidade e certeza. Sobre o tema, assim resumiu Bruno Vinícius da Rós Bodart:

Se a comparação realizada pelo magistrado leva em conta dois fatores - a proposição e a representação dos fatos -, e um deles é estático - a proposição -, conclui-se que o grau de verossimilhança dependerá diretamente da reconstrução da realidade operada pelo julgador, a permitir a formação dos juízos de: possibilidade ou impossibilidade; probabilidade ou improbabilidade; e certeza. Perceba-se que, percorrido o *iter* probatório em sua totalidade, o juízo será sempre de certeza, compreendida objetivamente - não há que se falar, para fins processuais, em um juízo de incerteza.⁶⁶

⁶⁶ BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 43.

É a tutela provisória de evidência um provimento concedido de maneira antecipada pelo juiz em favor da parte que consegue provar com significativo grau de probabilidade os direitos que deduz em juízo. Diante dessa situação, nada resta ao juiz senão abreviar a sua cognição no plano vertical, no sentido de apreciar sumariamente o caso que lhe é apresentado, invertendo o ônus de suportar os efeitos deletérios do tempo, transferindo-o, ainda que provisoriamente, à parte sucumbente.

3.3 A tutela de evidência fundada em má-fé processual

Essa modalidade de tutela de evidência, que está prevista no inciso I do art. 311 do novo CPC, possui a finalidade de evitar que a parte que está com a razão em seu pleito fique aguardando por um tempo desnecessário o desfecho da lide em decorrência de atitudes emanadas da parte com que litiga, as quais demonstrem nítido propósito protelatório ou claro abuso do direito de defesa.

Embora o direito ao contraditório e à ampla defesa, os quais integram a cláusula geral do *due process of law*, traduzindo-se em corolário do estado democrático de direito, sejam verdadeiras garantias aos jurisdicionados, não se deve esperar que as normas processuais autorizem a prática de defesas destituídas de qualquer sentido. Assim, as defesas marcadas pela inconsistência devem ser alvo de sanção. Sobre a antecipação de tutela quando contrapostos um direito evidente e uma defesa inconsistente, vale lembrar a lição de Daniel Mitidiero:

A tutela antecipada fundada na evidência visa a promover a igualdade substancial entre as partes. Trata-se de expediente que tem como objetivo distribuir o peso que o tempo representa no processo de acordo com a maior ou menor probabilidade de a posição jurídica afirmada pela parte ser fundada ou não. Quando o legislador instituiu a tutela antecipatória baseada em abuso do direito de defesa ou contra o manifesto propósito protelatório do réu, seu objetivo estava em evitar que o demandante fosse prejudicado, e o demandado beneficiado em idêntica medida, pelo tempo do processo. O legislador tratou o tempo do processo como fonte potencial de dano às partes, sugerindo a sua distribuição isonômica a fim de que não represente prejuízo ao

demandante que tem razão - que seria obrigado a suportá-lo integralmente - e benefício para o demandado que não a tem.⁶⁷

Note-se que o novo CPC amplia a possibilidade de sanção da má-fé processual a qualquer das partes.⁶⁸ Trata-se de medida acertada do legislador, pois não se pode esperar uma conduta evitada de má-fé processual vinda apenas do réu.

Não é possível, por óbvio, a concessão liminar nessa hipótese de antecipação. Como se sabe, o juiz decide liminarmente quando, em sede de decisão interlocutória, atende ao pedido do autor em momento anterior à formação do contraditório. Ora, somente é possível ocorrer má-fé de uma das partes quando o processo estiver regularmente formado, com ambas as partes participando do procedimento em contraditório. Por essa razão, é vedada pelo parágrafo único do art. 311 do novo Estatuto Processual a decisão liminar nas tutelas de evidência com esse fundamento.

3.4 A tutela de evidência baseada em casos repetitivos e em súmula vinculante

Trata-se da hipótese de tutela de evidência prevista no art. 311, inciso II, do novo CPC, a ser conferida quando a parte fizer alegações de fato, desde que documentalmente provadas, e existir tese jurídica formada seja em casos repetitivos seja em súmula vinculante.

A concessão de tutela antecipada nesses casos deve ser realizada de forma liminar. Obriga-se o magistrado, quando em face de alegações de fato comprovadas documentalmente, e existirem casos repetitivos ou súmula vinculante que corroborem o alegado pelo autor, em vista não só do permissivo contido no parágrafo único do art. 311 – em que aparentemente se faculta a decisão liminar para o caso de controvérsia estritamente jurídica –, mas também do disposto no art.

⁶⁷ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da cautelar à técnica antecipatória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 135-136.

⁶⁸ O art. 273, II, do CPC/73 reza o seguinte: “fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”; enquanto no novo CPC o art. 311, I, vem assim redacionado: “ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte”.

9º, a fim de tornar efetiva essa modalidade de antecipação. Assim dispõe este último artigo:

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701

Percebe-se que este dispositivo elenca as únicas situações em que o CPC prevê decisão *inaudita altera parte*. Assim deve ser para que se preserve o direito constitucional ao contraditório, o qual se mantém íntegro nessa modalidade de antecipação, haja vista apenas ser cumprido em momento posterior, o que se convencionou chamar de contraditório diferido. Sobre a pretensa violação ao contraditório, ainda quando da tramitação do Projeto de novo CPC, assim posicionou-se Bruno Vinícius da Rós Bodart:

Não cabe alegar, contra a opção do projeto, nenhuma violação ao princípio do contraditório (art. 5., LV, da CF/1988). A tese jurídica sustentada pelo autor é embasada por jurisprudência consolidada, disso resultando que as chances de sucesso do réu ao final do processo são absolutamente remotas. É claro que a defesa pode demonstrar ao juiz a insubsistência dos fatos alegados pelo autor, ou provar a ocorrência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito, mas tratar-se ia de situação excepcional. Sendo o risco de erro judiciário significativamente menor que o risco de morosidade na realização do direito, deve-se optar pela concessão da tutela à pretensão do demandante, deixando o tempo do processo transcorrer em desfavor do réu, na esteira das conclusões estabelecidas em tópico pretérito desta obra.⁶⁹

⁶⁹ BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 157.

Desse modo, a tutela provisória de evidência fundamentada em controvérsia estritamente jurídica deve ser concedida liminarmente, pois devem ser compreendidos em conjunto o disposto tanto no art. 9º, parágrafo único, inciso II, quanto no art. 311, parágrafo único.

A razão de o legislador criar essa modalidade de tutela de evidência se lastreia, indubitavelmente, no reconhecimento de que não faz sentido submeter quem tem razão à longa espera no Judiciário, quando existente tese jurídica acerca do tema nos Tribunais Superiores e mesmo no Supremo Tribunal Federal, por meio de Súmula Vinculante.⁷⁰

3.5 A tutela de evidência fundada em pedido reipersecutório

É a alternativa de tutela de evidência prevista no inciso III do art. 311 do novo CPC. O requisito para a concessão de antecipação fundada em pedido reipersecutório é a apresentação pelo autor de prova adequada e documental do contrato de depósito.

O legislador restringiu essa modalidade de tutela de evidência aos depósitos contratuais, pois a prova a ser apreciada em juízo de cognição sumária é o documento comprovador de contrato de depósito. Assim, não se aplica a antecipação para os casos de depósito legal.

A finalidade da antecipação de tutela em favor do depositante guarda semelhança com o procedimento especial denominado Ação de Depósito, previsto no CPC/73, entre os arts. 901 e 906. Tanto é assim que o legislador do novo Estatuto Processual retirou essa espécie de procedimento especial.

Para que o instituto se tornasse mais eficaz, poupando o autor de uma espera desarrazoada, foi autorizado o julgador a conferir a antecipação de maneira liminar. É o que se depreende da conjugação entre o disposto no art. 311, parágrafo único, c/c o art. 9º, parágrafo único, inciso II.

⁷⁰ Análise da tutela antecipada no projeto da Câmara dos Deputados no novo CPC, de Artur César de Souza - Última Parte - RePro 235/157 (DTR\2014\0000).

Tendo em vista a referida limitação ao princípio constitucional do contraditório, entende-se não ter sido prudente o legislador ao dispensar o autor da comprovação da mora do depositário, o que seria possível por meio de protesto ou de notificação extrajudicial. Foi essa a arguta observação de Bruno Vinícius da Rós Bodart:

É essencial que o legislador inclua no texto do dispositivo a exigência de comprovação da mora por meio do protesto ou de notificação extrajudicial, conforme iterativa jurisprudência do STJ a respeito do procedimento de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente. Com essa exigência, não poderá o réu invocar em seu desfavor o desconhecimento da pretensão autoral, legitimando, por conseguinte, a prolação de um provimento *inaudita altera parte*. Noutras palavras: se o autor comprova a existência do seu direito e, além disso, notifica o devedor, dando-lhe ciência de todo o ocorrido, é muito provável que este não conseguirá refutar a pretensão autoral, de maneira que se revela injusto sancionar o demandante com a espera pela ultimação da citação e pela contestação, para só depois franquear-lhe o acesso ao bem da vida, por puro amor ao formalismo.⁷¹

Ao deferir a liminar em sede de tutela provisória de evidência, a fim de que o depositário entregue ao autor o bem custodiado, o magistrado poderá se valer de cominação de multa.

3.6 A tutela de evidência baseada em prova documental suficiente

A última hipótese de concessão de tutela provisória de evidência é a prevista no inciso IV do art. 311 do novo CPC. É a que provavelmente terá a utilização mais abundante, devido aos requisitos mais genéricos que possui, quando comparadas às demais possibilidades previstas no mencionado artigo.

Para a sua configuração, basta que o autor instrua a inicial com prova documental suficiente dos fatos que constituem o seu direito e, concomitantemente, o réu não se defenda com prova apta a incutir no juízo dúvida razoável. Por outro

⁷¹ BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 161.

lado, as que se fundam em má-fé processual, casos repetitivos, súmulas vinculantes e pedido reipersecutório, são espécies mais específicas.

Como a decisão que antecipa a tutela baseada em prova documental suficiente depende de prévia análise das alegações do réu, ao juiz não é permitido proferi-la liminarmente, como expressamente vedado pelo parágrafo único do art. 311 do novo Estatuto Processual.

Guarda proximidade com o procedimento da ação monitória, previsto entre os arts. 700 e 702 do novo CPC, já que este também se embasa em prova documental, na forma particular de documento escrito e sem eficácia de título executivo.

Mas há marcantes diferenças entre eles: na tutela provisória de evidência, o réu se defende por meio de contestação, e a insuficiência do alegado nesta permite ao magistrado a concessão de antecipação mediante decisão interlocutória; no procedimento monitório, por sua vez, o réu se defende por meio de embargos e, quando rejeitados estes, há a formação de título executivo judicial, mediante prolação de sentença.

No entanto, embora essa modalidade de tutela provisória de evidência não possa ser conferida *inaudita altera partes*, o legislador permitiu a sua concessão no rito da ação monitória, conforme se depreende do art. 701 do novo Diploma Processual, presente no Capítulo destinado à Ação Monitória:

Art. 701. Sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa.

Fica ainda mais clara a intenção do legislador quando observado o conteúdo do art. 9º do novo CPC:

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701

O artigo acima transcrito, em seu parágrafo único, prevê as únicas possibilidades de decisão liminar do magistrado, e todas elas se relacionam à aplicação do instituto da tutela provisória, de urgência ou de evidência. O inciso III, ao se referir à decisão liminar em face de direito evidente do autor em ação monitória, contemplou a tutela provisória de evidência baseada em prova documental suficiente, a qual neste caso se restringe a uma prova escrita e sem eficácia de título executivo.

3.7 A incontrovérsia de um ou mais dos pedidos ou de parcela deles

A Lei nº 10.444, de 2002, ao introduzir o §6º no art. 273 do CPC/73, criou uma segunda modalidade de antecipação de tutela ancorada em evidência, em situações que um ou mais dos pedidos ou parcela deles fosse incontroverso. Ao lado da antecipação por má-fé processual, passou a formar o rol dos provimentos provisórios por evidência.

No entanto, percebeu-se a diferença entre essa nova modalidade e as demais antecipações de tutela, quer as de urgência quer as de evidência. É que estas são concedidas pelo magistrado mediante a utilização de técnica de abreviação da atividade cognitiva no plano vertical ou, ainda, julgamento sumário; daí a provisoriedade das decisões de antecipação de tutela, ou mesmo a sua reversibilidade.

Já na antecipação por incontrovérsia, o julgador realiza cognição exauriente, não havendo qualquer limitação em sua atividade cognitiva, ao menos quanto a um ou mais dos pedidos cumulados ou de parcela deles. Assim, já se cogitava se tratar de mais do que antecipação dos feitos da tutela, tratando-se de verdadeiro

juízo antecipado, ainda que parcial, da lide. Nesse sentido, a posição de Mauro Simonassi é a seguinte:

Havendo, portanto, incontrovérsia quanto a um ou mais pedidos, ou mesmo parte deles, autorizado está o juiz a proferir sentença com resolução do mérito, com fundamento no art. 273, §6º c/c o art. 269, II, do CPC, antecipando-se a tutela de modo definitivo e não somente provisório. Mais precisamente, quando incontrovertida parte da demanda, haveria o julgamento antecipado do mérito, na hipótese específica do art. 273, §6º, do CPC, já que não seria necessária a produção de qualquer outra prova a justificar espera do processo principal, o que implicaria em linha de choque com o princípio constitucional da tempestividade do processo, inscrito no art. 5º, LXXVIII, introduzido com a EC 45/2005.⁷²

Atendendo aos reclamos dos estudiosos do direito processual civil, o legislador do novo CPC, a par de criar outras hipóteses de antecipação de tutela fundada em evidência, considerou que a decisão acerca da incontrovérsia de pedido ou de parcela deles adentra o mérito do litígio de maneira mais contundente, exaurindo a atividade do juiz, ainda que parcialmente. Assim, foi previsto o julgamento antecipado parcial do mérito:

Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

I - mostrar-se incontroverso;

Acertou o legislador ao retirar a apreciação da parte incontroversa do rol das tutelas provisórias de evidência. Trata-se de decisão que comporta um grau de cognição maior, exauriente, sendo alvissareira a introdução do julgamento antecipado parcial de mérito no novo Estatuto Processual. Ademais, não se deve esquecer que as tutelas jurisdicionais devem ser aptas a garantir direitos, devendo adaptar-se o procedimento a fim de tornar mais célere e eficaz a distribuição da justiça.

⁷² A parte incontroversa da demanda: para uma teoria da decisão do mérito e do processo, de Mauro Simonassi - RePro 236/97 (DTR\2014\0000). p. 109.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A disciplina das tutelas provisórias no novo Código de Processo Civil revela-se de enorme importância para a prestação da tutela jurisdicional célere e eficaz. Trata-se de reconhecimento pelo legislador de que o processo deve estar a serviço da concretização dos direitos previstos no ordenamento assim como a técnica de antecipação da tutela está contida no cabedal de instrumentos dispostos ao julgador a fim de que este possa oferecer aos jurisdicionados a prestação jurisdicional adequada.

Em decorrência da presença de perigo, o legislador autorizou duas modalidades de tutela, as quais considerou subespécies da tutela de urgência. Assim, estando o perigo a ameaçar a integridade do próprio direito material, poderá ser concedida tutela de urgência de natureza antecipada, de índole satisfativa.

Por outro lado, quando o perigo colocar sobre ameaça o resultado útil do processo, é uma tutela cautelar de urgência que deve ser requerida. Observe-se que esse é o famigerado *periculum in mora*, exigido para prestação da tutela obtida mediante o processo cautelar, no sistema do CPC de 1973.

Além de reunir sob o mesmo rótulo, “Tutelas de Urgência”, a antecipação de tutela do art. 273, I do antigo CPC, e as tutelas cautelares, o legislador do novo Estatuto Processual tratou das últimas apenas de forma atípica, acabando com o processo cautelar autônomo que existia outrora. Essa mudança apresenta considerável avanço, pois a base processual sob a qual a parte deve se valer de tutelas satisfativas ou conservativas será sempre única, o que implicará considerável redução do número de processos.

Já com a tutela de evidência, segunda espécie de tutela provisória trazida pelo novo Diploma processual, abrevia-se o procedimento, através de cognição sumária, quando uma das partes apresentar um direito tão provável que perde sentido fazê-la esperar o término do processo, que muitas vezes se arrasta lentamente, em benefício de seu oponente na lide. Inverte-se o ônus do tempo

processual, a fim de garantir uma tutela efetiva dos direitos da parte que tem razão.

No que concerne ao objetivo de tornar a prestação jurisdicional mais célere, a disciplina das tutelas provisórias no novo CPC é alvissareira, como apontam substanciais modificações como o fim do processo cautelar autônomo e o instituto da estabilização dos efeitos da tutela de urgência satisfativa.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de conhecimento*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PAIM, Gustavo Bohrer. *A estabilização da tutela antecipada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 5. ed., vol 2. Salvador: JusPodivm, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 19.ed. vol 2. São Paulo: Atlas, 2012.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

LEONEL, Ricardo de Barros. Tutela jurisdicional diferenciada no Projeto de Novo Código de Processo Civil. *Revista de Informação Legislativa*, ano 48, n. 190, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutelas dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutela cautelar e antecipada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da cautelar à técnica antecipatória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PAIM, Gustavo Bohrer. *A estabilização da tutela antecipada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

RAMOS, Glauco Gumerato. Tutelas de urgência e inutilidade funcional do processo cautelar autônomo (CPC, Livro III). *Temas atuais das tutelas diferenciadas: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 49. ed., v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As Liminares e a Tutela de Urgência*. Revista da EMERJ. v. 5, n. 17, 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.