



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL
CURSO DE GRADUAÇÃO DE DIREITO**

NICE MARIA SANTIAGO DE AGUIAR

**ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA: UM ESTUDO COMPARATIVO DOS
SEUS PRESSUPOSTOS NO CPC/73 E NO PL 8046/10**

Fortaleza

2012

NICE MARIA SANTIAGO DE AGUIAR

**ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA: UM ESTUDO COMPARATIVO DOS
SEUS PRESSUPOSTOS NO CPC/73 E NO PL 8046/10**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial necessário à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Ma. Janaína Soares Noleto Castelo Branco.

Fortaleza

2012

NICE MARIA SANTIAGO DE AGUIAR

**ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA: UM ESTUDO COMPARATIVO DOS
SEUS PRESSUPOSTOS NO CPC/73 E NO PL 8046/10**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Ceará como requisito
parcial necessário à obtenção do grau de bacharel
em Direito.

Aprovada em ___/___/_____

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Ma. Janaína Soares Noleto Castelo Branco (Orientadora)

Universidade Federal do Ceará - UFC

Mestranda Ana Cecília Bezerra de Aguiar

Universidade Federal do Ceará

Mestranda Fernanda Castelo Branco Araújo

Universidade Federal do Ceará

DEDICATÓRIA

A meus pais, que sempre estão comigo nos momentos mais difíceis, intercedendo junto a Deus pela minha felicidade.

Ao David, com quem tenho a alegria de conviver diariamente.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela presença constante na vida da minha família.

Aos meus pais, pelo amor incondicional e pela vida dedicada a mim e a minha irmã.

À minha irmã, Sara, pelo auxílio nos momentos de escolha.

À minha avó, Eunice, pelo amor e alegria transmitida em cada novo encontro.

Ao meu namorado, David, pelo amor, cuidado, apoio e incentivo.

À Eline Castro, Zélia Feitosa e Raíssa Lucena, pela linda amizade que construímos durante os cinco anos de faculdade.

À Thaís Azevedo, pelas conversas de incentivo e apoio ao longo dos muitos anos de amizade.

À Procuradoria Federal, à Defensoria Pública da União e ao Ministério Público da União, pelas experiências maravilhosas de estágio.

À professora Janaína Noletto Soares Castelo Branco que, como orientadora e professora, é uma inspiração para todos os alunos.

À mestrande Ana Cecília Bezerra de Aguiar, pela paciência e pelo cuidado constantes.

À mestrande Fernanda Castelo Branco Araújo, por ter aceitado prontamente o convite para participar da banca apesar dos inúmeros compromissos profissionais e acadêmicos.

RESUMO

Analisa a antecipação de tutela no Código de Processo Civil, com ênfase nas finalidades do instituto. Realiza um estudo sobre os pressupostos para a concessão da tutela antecipada. Por fim, analisa os requisitos para a concessão da tutela antecipada à luz do Projeto do Novo CPC, delimitando e conceituando as tutelas de urgência e de evidência como espécies de medidas satisfativas. Para tanto, valeu-se do método dedutivo, procedendo a um estudo comparativo, através de uma pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e documental.

Palavras-chave: Antecipação de Tutela. Pressupostos. Novo CPC. Tutela de Urgência. Tutela de Evidência.

ABSTRACT

Analyzes the anticipating the effects of guardianship on the Code of Civil Procedure, with emphasis on the institute's purposes. Studies the conditions to the anticipating the effects of guardianship, highlighting some doctrinal divergences. Finally, analyse the conditions to the antecipating the effects of guardianship at the New Code, in particular new institutes of emergency guardianship and custody of evidence. To this end, we adopted the deductive method, through research doctrine and jurisprudence.

Keywords: Anticipating the effects of guardianship. Condictions. New Code of Civil Procedure. Emergency guardianship. Custody of evidence.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A INSERÇÃO DO PODER GERAL DE ANTECIPAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	13
2.1 O tempo e o processo	13
2.2 As tutelas de urgência como instrumentos de harmonização de direitos fundamentais: Efetividade x Segurança jurídica	16
2.3 A introdução do poder geral de antecipação.....	19
3 OS PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NO CPC VIGENTE	23
3.1 Requerimento.....	25
3.2 Requisitos necessários e cumulativos-alternativos	27
3.2.1 Prova inequívoca e verossimilhança da alegação.....	27
3.2.2 Dano irreparável ou de difícil reparação	29
3.2.3 Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.....	31
3.3 Pressuposto negativo: reversibilidade da medida.....	34
3.4 Antecipação de tutela com base na incontrovérsia do pedido	36
3.4.1 A incontrovérsia parcial do pedido.....	37
3.4.2 Natureza jurídica: resolução parcial do mérito x antecipação de tutela	38
3.4.2.1 A cisão do julgamento do mérito e resolução parcial do mérito	38
3.4.2.2 Natureza jurídica de antecipação de tutela	41
4 MEDIDA CAUTELAR X TUTELA ANTECIPADA	44
4.1 Semelhanças e diferenças	44
4.1.1 Finalidade	44
4.1.2 Natureza do provimento e regramento processual	45
4.1.3 O requisito <i>periculum in mora</i>	47
4.1.4 A cognição sumária: prova inequívoca da verossimilhança da alegação x <i>fumus boni iuris</i>	48
4.2 Art. 273, §7º: a regra da fungibilidade.	51
5 OS PRESSUPOSTOS DA MEDIDA SATISFATIVA NO PROJETO DO NOVO CPC	55
5.1 Objetivos do novo CPC	55
5.1.1 A maior organicidade das tutelas de urgência e de evidência	58

5.2 Tutelas de urgência e Tutelas de evidência: divisão dos pressupostos da antecipação de tutela	60
5.3 Os pressupostos para a concessão da medida satisfativa.....	61
5.3.1 Requerimento.....	61
5.3.2 Tutelas de urgência.....	62
5.3.3 Tutelas da evidência	69
5.3.3.1 Abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório do requerido....	70
5.3.3.2 Parcela incontroversa do pedido.....	72
5.3.3.3 Inicial instruída com prova documental irrefutável.....	74
5.3.3.4 Matéria de direito e jurisprudência consolidada.....	76
5.3.3.5 A tutela de evidência e a função de redistribuição do tempo no processo	78
6 CONCLUSÃO.....	80
7 REFERÊNCIAS	82

1 INTRODUÇÃO

O processo é formado por um conjunto de atos que conduzem ao exercício da Jurisdição pelos magistrados. Pela sua própria natureza, demanda tempo, já que deve fornecer ao aplicador da norma um grau de cognição elevado a respeito da ação judicial em análise, permitindo o exercício do contraditório pelas partes da relação processual.

Muitas vezes, o tempo de tramitação de um processo é demasiado, causando dano àquele que teve seu direito violado ou ameaçado de lesão, pois, enquanto a resposta do Judiciário não é efetiva, a situação de violação ou lesão continua, provocando prejuízos.

Além disso, em algumas situações, o direito pode perecer antes da resolução da questão junto ao Estado Juiz. Quando o requerente tem urgência na apreciação da demanda, caso a resposta não seja rápida, o provimento final poderá ser ineficaz no plano do direito material.

Visando reduzir os males do tempo, foram instituídos mecanismos que sumarizam o procedimento ou a cognição. Dentre as técnicas de sumarização da cognição, encontra-se a tutela antecipada, introduzida no CPC de 1973, como regra geral no procedimento ordinário, a partir da Reforma de 1994.

Através do instituto, desde que preenchidos os requisitos, é possível obter provimento judicial sumário e precário que antecipa os efeitos da tutela jurisdicional requerida. Os pressupostos autorizadores de tal medida, segundo as disposições do CPC de 1973, viabilizam a efetividade do processo e contribuem para uma redistribuição do ônus do tempo, permitindo que as decisões produzam todos os seus efeitos.

Com a inserção do Poder Geral de Antecipação, tornou-se possível inverter o ônus da demora nas hipóteses em que restassem configurados os requisitos do art. 273, CPC, quais sejam: a prova inequívoca da verossimilhança da alegação somada ao abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu ou ainda ao perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Posteriormente, com a Lei 10.444/02, foi privilegiado o direito evidente que caracterizasse o chamado pedido incontroverso, permitindo também, nesse caso, a antecipação de tutela.

Tais requisitos são objeto de discussões doutrinárias que acabam repercutindo na utilização prática do instituto da tutela antecipada. Muito se discute sobre a fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipada fundada na urgência e sobre a natureza jurídica da decisão que concede a medida satisfativa com base no pedido incontroverso.

A própria organicidade da tutela antecipada é muito questionada, já que encontra previsão no Livro I do CPC, enquanto a cautelar está delineada no Livro III. Ambas possuem a mesma finalidade e requisitos, muitas vezes, semelhantes, não justificando o tratamento em apartado no Código.

Como uma nova ordem processual se aproxima, tendo em vista a tramitação no Congresso Nacional do Novo Código de Processo Civil, faz-se necessário ainda analisar as disposições do PL nº 8.046/2010, no que tange aos pressupostos da antecipação de tutela.

Utilizou-se como parâmetro para o estudo as normas do Projeto após a tramitação no Senado Federal. Ou seja, o PL nº 8.046/2010 já com algumas modificações incorporadas pelo Relatório Final do Senado, tendo por base, portanto, o texto que iniciou a deliberação na Câmara dos Deputados.

Portanto, a discussão justifica-se pela necessidade de comparar os pressupostos da antecipação de tutela no CPC vigente com a nova sistemática prevista no PL nº 8.046/2010, analisando as mudanças nos requisitos da tutela antecipada, a qual passará a se dividir em tutelas de urgência e da evidência.

Tendo em vista esses objetivos, o trabalho foi dividido em quatro capítulos, com a finalidade de melhor sistematizar a análise do tema.

No primeiro capítulo, discorre-se sobre a relação entre o tempo e o processo. Os males da morosidade e a necessidade de instituição de mecanismos processuais de efetividade, dentre os quais se destaca as tutelas de urgência, cuja função é harmonizar direitos fundamentais em conflito, contribuindo para a celeridade e redistribuição do ônus do tempo no processo. Por fim, relata-se a introdução do Poder geral de antecipação no CPC de 1973, que colocou como regra geral, em todos os procedimentos, a possibilidade de antecipar os efeitos da tutela jurisdicional, desde que preenchidos os requisitos do art. 273, CPC.

No segundo capítulo, serão apresentados os pressupostos para a concessão da antecipação de tutela no CPC vigente, realizando um estudo sobre os conceitos indeterminados que os compõem com ênfase nas discussões doutrinárias mais relevantes.

No terceiro capítulo, adentrar-se, à luz do CPC vigente, na diferença entre tutelas cautelares e antecipatórias do mérito, com destaque para a questão da fungibilidade entre tutelas de urgência.

No quarto capítulo, a partir de um estudo sobre os objetivos previstos na Exposição de motivos do Anteprojeto, serão analisados os pressupostos da medida satisfativa no novo CPC.

Para tanto, valeu-se do método dedutivo, procedendo a um estudo comparativo, através de uma pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial.

2 A INSERÇÃO DO PODER GERAL DE ANTECIPAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 O tempo e o processo

O neoconstitucionalismo¹ foi recepcionado no Brasil com a promulgação da Constituição Federal de 1988, iniciando-se um “processo de constitucionalização do Direito”. Diversos princípios foram previstos na Carta Magna, ganhando força normativa em todo o ordenamento jurídico. (SARMENTO, 2012).

Didier (2011) destaca que o Direito Processual Civil não é imune a toda essa transformação que contribui para a formação de uma nova concepção de processo, com ênfase nos direitos fundamentais, nos princípios e na ponderação de valores.

O processo passa a encontrar fundamento não apenas na lei, mas principalmente na Constituição, estruturando-se um modelo constitucional de processo², com muitos princípios regentes considerados garantias abarcadas pelo texto constitucional.

Deixa de ser visto como uma simples técnica, passando a ser utilizado como um instrumento de concretização de valores constitucionais, aproximando-se, através dessa perspectiva, da realidade política e social. (OLIVEIRA, 2010).

A partir disso, desenvolve-se a atual noção de processo que traz ínsito o respeito ao devido processo legal, considerado um direito fundamental pelo art. 5º, LIV da CF/88.³ Vejamos um conceito que se adequa a essa visão:

Se o processo é um instrumento, e se para o exercício da jurisdição por meio do processo são traçados, pela lei, vários procedimentos – que devem estar de acordo com as normas e os valores constitucionais -, o processo pode ser definido como o procedimento que, atendendo aos ditames da Constituição Federal, permite que o juiz exerça sua função jurisdicional. (MARINONI, 2010, p. 53)

O processo é utilizado no exercício da função jurisdicional e deve respeitar os ditames constitucionais, dentre os quais se encontra o devido processo legal. Este compreendido como uma cláusula geral que garante aos cidadãos o respeito às disposições

¹ Com o holocausto levado a efeito pelas maiorias políticas e legitimado pela legislação, foi necessária a criação de uma Constituição mais fortalecida, com mecanismos que preservassem os direitos fundamentais. Nesse contexto, as Constituições europeias passaram a ganhar força normativa, com teor axiológico, consagrando em seus textos princípios e desenvolvendo técnicas de ponderação na solução de conflitos. (SARMENTO, 2012)

² Expressão utilizada por Lopes (2009, p. 39): “Com efeito, com a Constituição de 1988, vários princípios processuais foram elevados a garantias constitucionais, como vimos anteriormente. Assim, existe um modelo constitucional de processo, de modo que não se pode examinar o tema à luz do direito infraconstitucional.”

³ Art. 5º, LIV: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

legais de desenvolvimento do processo. Trata-se, na verdade, de um princípio amplo, que legitima a própria jurisdição e o Estado de Direito. (PORTANOVA, 2008, p. 147).

Ainda que desnecessária na visão de Nery Jr. (2000, p. 41), tendo em vista a já previsão do devido processo legal, o texto constitucional estabeleceu diversos outros princípios, derivados do devido processo legal, como contraditório, a ampla defesa, o duplo grau, a publicidade.

Ganha especial destaque, neste trabalho, o contraditório, que pode ser decomposto em duas garantias, quais sejam: a participação das partes da relação processual e a possibilidade de influência no convencimento do magistrado (DIDIER, 2009, p. 57).

Os instrumentos de efetivação do contraditório são variados, correspondendo, em suma, as defesas processuais, a produção de provas e a possibilidade de recorrer das decisões judiciais, garantindo a participação das partes na formação do convencimento do juiz. Esses mecanismos são bem destacados no conceito de Nery Junior

Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis. Os contendores têm direito de deduzir suas pretensões e defesas, de realizar as provas que requeiram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, de serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos. (2000, p. 131-132).

Todas essas formas de exercício do contraditório, as quais encontram previsão na lei, compõem o devido processo legal e demandam tempo para se concretizarem, causando a dilação do processo. Assim, bem destaca as lições de Carneiro:

No plano processual, é inconcebível um processo, mesmo sob os influxos de rigoroso princípio da oralidade, que não se alongue no tempo, com a concessão de prazos para que as partes, sob o pálio do contraditório, possam apresentar seus pedidos e impugnações, comprovar suas afirmações em matéria de fato (excepcionalmente também de direito), insurgir-se contra decisões que lhes sejam desfavoráveis; e também o juiz precisa de tempo para apreender o conflito de interesses e para habilitar-se a bem fundamentar as decisões interlocutórias e, com maior profundidade, a sentença (nos juízos singulares como nos colegiados). A própria palavra processo (de “procedere” = seguir avante) traz ínsito que o tempo é um dos elementos inafastáveis à atividade processual. (2005, p. 1)

O tempo é elemento intrínseco ao processo delineado no ordenamento jurídico brasileiro, sendo considerado garantia de segurança jurídica, na medida em que permite a realização do devido processo legal:

É imprescindível um lapso temporal considerável (razoável) para que se realize o devido processo legal e todos os consectários em sua plenitude, produzindo-se resultados justos e predispostos à imutabilidade. É garantia de segurança jurídica.

Bem pensadas as coisas, o processo “demorado” é uma conquista da sociedade: os “poderosos” de antanho poderiam decidir imediatamente. (DIDIER, 2010, p. 458)

No entanto, há limites, uma tramitação exageradamente lenta também pode dificultar a efetividade do provimento jurisdicional final, pois a demora, quando se revela demasiada, gera ofensa à garantia da duração razoável do processo, também desdobramento do devido processo legal e consagrada no texto constitucional pela EC 45/2004⁴.

Faz-se ainda necessário esclarecer que o tempo também pode prejudicar o direito da parte sem apresentar uma ligação direta com a demora irrazoável na tramitação dos processos. São casos em que o direito da parte pode perecer antes da resposta do Poder Judiciário à pretensão formulada, impedido a eficácia da futura sentença. De fato, com bem destaca e exemplifica Carneiro (2005, p. 2), a simples pendência de um processo pode trazer prejuízos, já que o objeto do litígio pode sofrer danos ou desaparecer:

Cuidamos de prejuízos maiores, quer na esfera patrimonial, com na de direitos personalíssimos: pendente o processo, e até que entregue em definitivo a prestação jurisdicional, o bem objeto do litígio pode sofrer danos ou desaparecer; a marca de comércio pode continuar a ser indevidamente usada, com perda de prestígio e clientela ao seu legítimo titular, o credor permanece sem receber o que é devido, e o proprietário não pode reaver o que lhe pertence; a propaganda enganosa continuará embaindo consumidores; a manutenção do “status quo” implicará quiçá no perecimento do próprio direito afirmado pelo demandante, e assim por diante.

Diante dessa situação, ciente dos males que o tempo pode trazer para o processo, apesar de ser um elemento intrínseco que não pode ser afastado de forma absoluta, os doutrinadores e legisladores buscaram meios de garantir a efetividade dos pronunciamentos judiciais.

Nesse contexto, as tutelas de urgência, as quais se dividem em medidas cautelares e medidas de antecipação da tutela de mérito, surgem como mecanismo de combate à demora do processo:

Nosso ordenamento insere nesse capítulo das tutelas diferenciadas as medidas cautelares e as medidas de antecipação de tutela de mérito. Todas essas medidas formam o gênero “Tutela de Urgência”, porque representam providências tomadas antes do desfecho natural e definitivo do processo, para afastar situações graves de risco do dano à efetividade do processo, prejuízos que decorrem da sua inevitável demora e que ameaçam consumir-se antes da prestação jurisdicional definitiva. (THEODORO JR, 2007, p. 734).

⁴Art. 5º, LXXVIII: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Da análise desse dispositivo, seria plenamente questionável a inclusão da razoável duração do processo juntamente com a celeridade, mas é possível concilia-los, interpretando o previsto como a necessidade de “o processo durar o tempo necessário para cumprir seus fins, sem dilações indevidas ou diligências inúteis”. (LOPES, 2009, p. 45). Assim, adota-se o Princípio da Interpretação Conforme a Constituição.

Assim, as cautelares e, posteriormente, a tutela antecipada, que é objeto deste trabalho, foram introduzidas no sistema jurídico brasileiro, com a finalidade de combater a morosidade do Poder Judiciário e garantir um provimento judicial em tempo hábil a produzir efeitos para a parte vencedora, afastando as situações de grave risco de dano à efetividade do processo.

Conforme se verá no próximo tópico, tais tutelas diferenciadas realizam a função constitucional de harmonizar direitos fundamentais em conflito.

2.2 As tutelas de urgência como instrumentos de harmonização de direitos fundamentais: Efetividade x Segurança jurídica

Para Oliveira (2010), os direitos fundamentais relacionam-se com a concepção de Constituição dominante, sendo considerados “pressupostos básicos para uma vida na liberdade e na dignidade humana e constituem a base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade”.

Como já restou destacado acima, a concepção atual de Constituição, no Estado brasileiro, imprime força normativa aos princípios, consagrando-os em diversos dispositivos constitucionais que versam sobre direitos fundamentais.

Os princípios são normas abertas e indeterminadas, com maior grau de abstratividade do que as regras, e servem de fundamento para o sistema jurídico (CANOTILHO, 2003, p. 1160). Hoje, os princípios são normas jurídicas, mas não perdem seu caráter integrador nos casos de lacuna da lei. São utilizados como parâmetro no controle de constitucionalidade, bem como servem de fundamento em diversas decisões judiciais.

Nesse contexto, surge o Modelo Constitucional de Processo Civil⁵, cujos contornos são delineados no próprio texto constitucional através da previsão de princípios processuais. Consagra-se como necessário à validade do processo o respeito ao devido processo legal, que abarca uma série de garantias também determinadas pela Carta Magna de 1988, dentre os quais se destaca o contraditório e a ampla defesa, a razoável duração do processo, a segurança jurídica, conforme, inclusive, já foi mencionado no tópico anterior.

Por encontrarem previsão inicial no art. 5º da CF/88, tais princípios processuais são considerados direitos fundamentais. Em uma situação perfeita, deveriam se efetivar de

⁵ Trata-se de nomenclatura utilizada por Scarpinella Bueno (2009, p. 11)

forma absoluta em todos os processos, já que tem aplicação imediata por expressa disposição constitucional⁶. No entanto, na prática, há conflitos entre os direitos fundamentais, impossibilitando a convivência plena e simultânea. (ZAVASCKI, 2005, p. 62-63).

Um dos conflitos mais frequentes entre direitos fundamentais relaciona-se diretamente com o objeto deste trabalho, qual seja: a colisão entre os Princípios da Efetividade do processo e da Segurança jurídica.

Muitas vezes, de um lado da relação processual, tem-se um direito que pode perecer caso o Poder Judiciário não responda rapidamente a pretensão formulada, seja através da própria antecipação da tutela requerida ou de uma medida que assegure a eficácia de um futuro provimento judicial favorável. Nesses casos, não há como esperar toda a marcha processual para executar a tutela jurisdicional apenas após o trânsito em julgado.

Ocorre que, no início do processo, o magistrado não tem como desenvolver a cognição exauriente necessária para proferir uma sentença. Nesse momento, é possível apenas um juízo de verossimilhança da alegação ou de probabilidade, já que ainda não houve a produção de provas. Ressalta-se ainda que, em alguns casos, não é possível esperar nem mesmo a contestação da parte contrária à pretensão deduzida em juízo, como na hipótese de o pedido ser a realização de uma prova de concurso com data marcada para a semana seguinte à propositura da ação.

Nessas situações, o tempo necessário ao devido processo legal pode prejudicar bastante o provável direito da parte, já que, na hipótese de se aguardar todo o trâmite processual, o provimento final, caso favorável, poderá não gerar efeitos no plano de direito material.

Configura-se assim um claro conflito entre a efetividade do provimento e a garantia de segurança jurídica.

De um lado do conflito, tem-se a segurança jurídica que é valor constitucional previsto no art. 5º, LIV, CF/88, na medida em que este dispositivo garante que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” Dessa cláusula decorre o direito à cognição exauriente, sendo esta compreendida como aquela que assegura soluções definitivas, sujeitas a coisa julgada material, após um procedimento que respeite o contraditório e a ampla defesa. (ZAVASCKI, 2005, p. 66).

⁶Art. 5º, §1º: As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Segundo Oliveira [s.d.], essa disposição constitucional tem grande significado em matéria processual, já que a partir dela conclui-se que os direitos fundamentais não precisam de normas que os regulamentem, logo aqueles que se relacionem diretamente com o processo também têm eficácia plena independentemente de norma infraconstitucional.

Ocorre que também resta evidenciado no texto constitucional o Princípio da efetividade. A necessidade de uma tutela judicial efetiva tem fundamento no art. 5º, XXV, CF/88, que assim dispõe: “a lei não excluirá, da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito.” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 480)

Através desse dispositivo, pode-se interpretar que a Constituição garante uma providência jurisdicional efetiva, que deve trazer benefícios para a parte detentora do direito violado ou ameaçado de lesão que precisou de proteção jurisdicional.

No mesmo sentido, Oliveira (2010) destaca não basta garantir o acesso à justiça, deve-se englobar o direito a uma prestação efetiva: “É claro que não basta apenas abrir a porta de entrada do Poder Judiciário, mas prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações ou formalismos excessivos.”

Dessa forma, o deferimento da tutela jurisdicional no início do processo, em uma primeira análise, mitiga o Princípio da segurança jurídica, mas concretiza o Princípio da efetividade. Já se aguardar o transcurso do processo, tem-se exatamente o inverso, pois prioriza a Segurança Jurídica e pode impedir a efetividade da tutela concedida no plano do direito material.

Na busca por uma solução, é preciso partir da premissa de que ambos os princípios configuram normas constitucionais previstas no art. 5º, CF/88. Em regra, não seria correto falar em antinomia de direitos fundamentais, já que entre eles não há conflitos reais, apenas colisão entre normas de igual hierarquia (Mendes; Coelho; Blanco, p. 106, 2007), por isso se deve utilizar a hermenêutica constitucional, com base em técnicas de ponderação.

Ciente disso, a doutrina defende a aplicação do Princípio da concordância prática⁷, visando à harmonização entre os princípios constitucionais em análise, com a prevalência, em um primeiro momento, do Princípio da Efetividade, permitindo que, através de uma decisão antecipatória do mérito ou de uma sentença em processo cautelar, possa-se preservar ou até mesmo fruir do direito requerido (ZAVASCKI, 2005, p. 63).

Nesse contexto, as tutelas de urgência, as quais se dividem em cautelares e antecipatórias conforme já mencionado no tópico 2.1, são utilizadas na harmonização de direitos fundamentais em conflito, garantindo a efetividade de processo nas situações em que, em virtude da urgência, o procedimento comum seria inócuo.

⁷ Nas palavras de Canotilho (2003, p. 1225), o Princípio da concordância prática “impõe a coordenação e combinação de bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.” Tem sido utilizado em casos de colisão entre direitos fundamentais, já que são valores constitucionais, logo um não pode ser sacrificado em relação ao outro, por isso “impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir a harmonização ou concordância prática entre estes bens.”

É preciso aclarar que tais medidas não prejudicam a segurança jurídica, pois não se deixará de respeitar o contraditório ou de garantir uma sentença fundada em cognição exauriente. Afinal, tais tutelas são deferidas com base em cognição sumária e tem como características a provisoriedade e a revogabilidade. Apenas poderá ser imutável a sentença proferida após todo o decorrer do processo, com a produção de todas as provas necessárias ao deslinde da questão, garantindo-se, assim, a segurança jurídica.

De fato, o ordenamento jurídico brasileiro optou pela prevalência, em um primeiro momento, do princípio da efetividade. Essa opção do legislador é claramente visualizada com a generalização da antecipação de tutela frente à insuficiência das medidas cautelares, conforme será analisado no processo tópico. (ZAVASCKI, 2005, p. 75).

2.3 A introdução do poder geral de antecipação

No Código de Processo Civil de 1973, a estrutura original apresentava três tutelas diversas, que eram deferidas em processos autônomos, quais sejam: de conhecimento, de execução e cautelar. O processo de conhecimento servia a análise da existência, modificação e declaração de um direito, enquanto o de execução era utilizado para sanar uma crise de satisfação de títulos judiciais e extrajudiciais. Por fim, o processo cautelar garantia a efetividade de uma futura tutela jurisdicional por meio de medidas assecuratórias (MARINONI, ARENHART, 2010, p. 197).

Havia três processos, cada qual com uma função específica, para atender as demandas levadas ao Judiciário. Ocorre que, na prática, o resultado da prestação jurisdicional não era satisfatório, em razão da morosidade⁸, que também se relacionava com a ineficácia do procedimento ordinário (MARINONI; ARENHART, 2010, p. 199). Afinal, em situações em que era necessária uma resposta rápida do Judiciário, não havia um mecanismo que permitisse a fruição do direito pela parte, ainda que provisória.

A antecipação de tutela apenas era permitida em alguns poucos procedimentos especiais, como nas ações possessórias, mandados de segurança, ação de alimentos. Para os

⁸ Nesse contexto, é preciso esclarecer que existem diversas causas para a morosidade, que nem sempre se atrelava ao procedimento ordinário deficiente. Lopes (2009, p. 65) destaca, por exemplo, que as causas da lentidão também se relacionavam com a enorme demanda judicial e com o número pequeno de servidores e a ausência de recursos. Portanto, a simples mudança na legislação, ainda que importante, não tinha poder para alterar por completo o quadro de morosidade do Poder Judiciário. Assim, fica a reflexão que a mudança na legislação na busca por uma maior efetividade tem que ser realizada juntamente com outras modificações no Poder Judiciário, talvez não apenas em aumento do número de juízes e servidores, mas também uma transformação na mentalidade destes, que auxiliam na busca por resultados justos.

procedimentos ordinários e sumários, não havia previsão de uma tutela provisória satisfativa, causando inúmeros prejuízos e resultando, em algumas situações, na ineficácia do processo.

Na busca por uma solução que garantisse a efetividade dos provimentos judiciais, começou-se a interpretar o art. 789, CPC⁹ de forma ampla. Passou-se a admitir que o juiz deferisse medidas cautelares atípicas satisfativas, que antecipavam o próprio pedido formulado, quando houvesse fundado receio de que uma das partes, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação. (LACERDA apud ZAVASCKI, 2005, p. 41).

Moreira (2003) destaca a carência legislativa e a necessidade de proteção urgente como causas da utilização do art. 789, CPC para obter medidas judiciais que extrapolavam os limites da cautelar:

Não é de surpreender que, diante da carência legislativa, os interessados em obter proteção urgente hajam procurado vias por assim dizer heterodoxas para alcançar o objetivo. A trilhada com mais frequência foi a utilizada da forma do processo cautelar para veicular pretensões que em substância manifestadamente excediam os lindes da cautelaridade. E o expediente favorito consistiu em invocar o chamado “poder geral de cautela”, consagrado no art. 798 do Código de Processo Civil.

A tutela cautelar foi utilizada para antecipar o resultado útil do processo para o autor. Caracterizou-se, assim, o desvirtuamento da tutela cautelar, já que, apesar da sua natureza assecuratória, passou a ser utilizada para se conceder medidas satisfativas:

Diante da limitação imposta ao poder judicial de conceder medidas antecipatórias satisfativas, a tutela cautelar passou a ser desvirtuada. Passou-se a utilizar, na praxe forense, o poder geral de cautela para conceder-se medidas antecipatórias atípicas (satisfativas), como se cautelares fossem, criando-se, jurisprudencialmente, as chamadas “cautelares satisfativas”. Com isso, deformou-se, na sua essência, a tutela cautelar. (DIDIER, 2010, p. 465)

Segundo Marinoni e Arenhart, a técnica da antecipação de tutela foi utilizada pela jurisprudência para atender a efetividade processual. Eis a compreensão dos referidos autores:

A inefetividade do antigo procedimento ordinário transformou o art. 798, CPC em autêntica “válvula de escape” para a prestação jurisdicional tempestiva. De fato, a tutela cautelar transformou-se em técnica de sumarização do processo de conhecimento e, em última análise, em remédio contra a ineficácia do velho procedimento ordinário, viabilizando a obtenção antecipada da tutela que somente poderia ser concedida ao final (2010, p. 199).

⁹ Art. 798, CPC: Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Essa distorção, portanto, desenvolveu-se pela necessidade de efetividade processual. Nada adiantava, futuramente, após a realização do devido processo legal, a sentença não produzir efeitos no plano do direito material pelo decurso do tempo.

No entanto, parte da doutrina e da jurisprudência relutava em aceitar a utilização do processo cautelar com a finalidade de obter um provimento satisfativo (MARINONI, 2010, p. 82). Afinal, a lei previa a cautelar como uma forma de assegurar a efetividade do provimento final, sem lhe conferir a função de antecipar o próprio pedido formulado na inicial.

Nesse contexto, na busca por um procedimento próprio, foi introduzida pela Lei 8.952/94, a reforma do art. 273, CPC, instituindo o Poder Geral de Antecipação¹⁰ no procedimento ordinário, generalizando a possibilidade de concessão, que antes se limitava a alguns poucos procedimentos especiais, conforme supramencionado. (DIDIER, 2010, p. 467).

Marinoni (2004, p. 29) destaca a importância da introdução da antecipação de tutela no procedimento ordinário para a efetividade do processo. Ressalta, inclusive que as outras hipóteses previstas no art. 273, CPC, que nem sempre se ligam diretamente ao risco de dano irreparável ou de difícil reparação também contribuem para a eficácia dos provimentos judiciais. Por fim, menciona a função de redistribuir o ônus do tempo, como se observa nas palavras do doutrinador:

A tutela antecipatória, agora expressamente prevista no Código de Processo Civil (art. 273) é fruto de uma visão da doutrina processual moderníssima, que foi capaz de enxergar o equívoco de um procedimento destituído de uma técnica de distribuição do ônus do tempo. [...] Dessa forma concretiza-se o princípio de que a demora do processo não pode prejudicar o autor que razão e, mais que isso, restaura-se a ideia – que foi apagada pelo cientificismo de uma teoria distante do direito material – de que o tempo do processo pode ser um ônus suportado unicamente pelo autor.

Pelas lições do autor, resta evidenciado mais uma finalidade da tutela antecipada, que tem por função redistribuir o ônus do tempo. O autor sempre que ingressava com ação já começava em desvantagem, pois enquanto a marcha processual seguia em direção ao pronunciamento judicial após o exercício do contraditório, a situação anterior à propositura da ação, que podia ser de lesão ou ameaça de lesão ao seu direito, permanecia, prejudicando o requerente, que suportava sozinho o ônus do tempo.(CARNEIRO, 2005, p. 9)

¹⁰ Expressão utilizada por Didier Jr. (2010, p. 465): “Já o Poder Geral de Antecipação é aquele conferido ao órgão jurisdicional para que conceda medidas provisórias e sumárias que antecipassem a satisfação do direito afirmado, quando preenchidos os respectivos pressupostos legais (art. 273 e §3º do art. 461, CPC). Cuida-se de positividade da atipicidade (generalização) da tutela antecipada satisfativa.”

Com a inserção do Poder Geral de Antecipação, tornou-se possível inverter o ônus da demora nas hipóteses em que restassem configurados os requisitos do art. 273, CPC, quais sejam: a prova inequívoca da verossimilhança da alegação somada ao abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu ou ainda ao perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Posteriormente, com a Lei 10.444/02, ainda foi privilegiado o direito evidente que caracterizasse o chamado pedido incontroverso, permitindo também, nesse caso, a antecipação de tutela.

Tais pressupostos para a concessão da tutela antecipada serão analisados no próximo capítulo.

3 OS PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NO CPC VIGENTE

Apesar de consagrado nos livros o termo antecipação de tutela, a tutela jurisdicional não é o objeto da antecipação, pois este se restringe aos efeitos práticos da tutela constitutiva, declaratória ou condenatória (NEVES, 2012, p. 1171), como também reconhece Didier (2010, p. 480-481):

Assim, não se antecipa a própria tutela (declaratória, constitutiva ou condenatória), mas, sim, os efeitos delas provenientes. Não se declara, constitui ou condena antecipadamente – só ao fim do processo, mediante cognição exauriente. Através da decisão antecipatória, apenas se permite que o requerente usufrua dos efeitos práticos (sociais, executivos) do direito que quer ver tutelado, imediatamente, antes mesmo do seu reconhecimento judicial.

A declaração, constituição ou condenação não ocorrem na antecipação de tutela, uma vez que são produzidas apenas no fim do processo, mediante cognição exauriente. A antecipação de tutela refere-se aos efeitos práticos do pedido requerido, não gerando certeza jurídica¹¹.

O art. 273, CPC, conforme já foi mencionado anteriormente, regulamenta as hipóteses de antecipação de tutela no procedimento ordinário, sendo ainda aplicável, subsidiariamente, aos ritos sumários e especiais por expressa disposição legal, no art. 272, parágrafo único, CPC: “O procedimento especial e o procedimento sumário regem-se pelas disposições que lhes são próprias, aplicando-se-lhes, subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento ordinário.”

Para Zavascki (2005, p. 72), a previsão da antecipação de tutela deve ser considerada em todos os procedimentos especiais, incluindo ação rescisória, salvo caso de incompatibilidade¹².

¹¹ Trata-se de expressão utilizada por Carneiro (2007, p. 45) considerando a certeza jurídica um efeito da sentença que não pode ser antecipado: “[...] vê-se, desde logo, que há um bem da vida que não pode ser antecipado: a certeza jurídica, decorrente da sentença declaratória com trânsito em julgado. E isso é porque uma certeza provisória, sujeita a revogação ou modificação a qualquer tempo, simplesmente não é certeza.”

¹² Didier (2010, p. 485) destaca como hipótese de incompatibilidade os casos em que já há uma previsão específica de tutela antecipada em alguns procedimentos especiais, com requisitos distintos, como nas ações possessórias e as ações despejo. No entanto, também discute a possibilidade de antecipação de tutela com base nos requisitos genéricos, quando não se configura os específicos, mencionando o caso da ação possessória de força velha. Insta ainda destacar que nas ações possessórias de força velha, o Superior Tribunal de Justiça, no Resp 555.027/MG, já decidiu pelo cabimento da antecipação de tutela genérica na reintegração de posse.

No julgamento de um pedido de antecipação, deve-se analisar a presença dos requisitos autorizadores de tal medida. Na ausência destes, não será possível antecipar a tutela.

É preciso ter em mente que antecipar os efeitos da tutela tem um caráter excepcional e provisório, não podendo ser utilizada como remédio, em todos os momentos, aos problemas de efetividade do processo. No mesmo sentido, as lições de Zavascki (2005, p. 73): “Não pode ser concedida em qualquer circunstância e sem qualquer limite, como panaceia universal aos males da efetividade. [...] Antecipar efeitos da tutela continua significando prestar tutela jurisdicional de natureza provisória e, portanto, excepcional.”

Moreira (2003) fala que deve haver um equilíbrio. Inicia destacando a impossibilidade de utilizar a tutela de urgência como panaceia a toda sorte de situação, bem como ressalta que não deve haver uma timidez exagerada na decretação de providências urgentes. É certo que por este autor o tema foi tratado em um espectro maior do ponto de vista das tutelas de urgência, mas se aplica ao instituto da antecipação de tutela, que compõe aquele.

De fato, não há espaço para timidez exagerada, principalmente, diante da ausência de discricionariedade no deferimento da medida. Ainda que o caput do art. 273, CPC mencione que o magistrado “poderá” antecipar, indicando uma possível faculdade do julgador, predomina na doutrina que, presente os pressupostos, deve-se conceder a antecipação de tutela, pois se caracteriza um verdadeiro poder-dever. Nesse sentido:

A leitura do caput e dos dois incisos do art. 273 revela os pressupostos que, uma vez presentes, devem conduzir o magistrado à concessão da tutela antecipada. Absolutamente vencedora em doutrina é a lição de que não há liberdade ou discricionariedade para o magistrado à concessão do pedido de antecipação de tutela. Ele deve deferir o pedido porque está diante dos pressupostos ou ele deve rejeitá-lo à falta de seus pressupostos autorizadores: não há meio-termo, não há uma terceira alternativa para o magistrado. Não há em uma palavra, faculdade jurisdicional para o magistrado proferir ou deixar de proferir decisão que antecipe no caso concreto, a tutela jurisdicional, liberando, desde logo, seus efeitos para que sejam produzidos em prol de seu beneficiário. (SCARPINELLA BUENO, 2009, p. 10)

Zavascki (2005, p. 76) também entende pela ausência de discricionariedade, mas destaca que o juiz não é livre para estabelecer os limites da antecipação de tutela, que pode ser parcial ou total. Ou seja, se apenas parte do objeto da ação apresentar os requisitos, a tutela antecipada deve ser deferida apenas parcialmente.

Na análise do caso concreto, é preciso observar a presença dos critérios legais, quais sejam: “prova inequívoca” e “verossimilhança da alegação”, somados ao “perigo de dano irreparável” ou ao “abuso do direito de defesa”.

Embora correspondam a conceitos jurídicos indeterminados¹³, os requisitos supramencionados não caracterizam discricionariedade do juiz, mas autorizam “a adaptação à variedade de situações concretas” (CARNEIRO, 2005, p. 21), pois a dinâmica da vida respalda os mais diversos tipos de perigos e situações e não possibilita a previsão de uma lista taxativa de casos em que se permitiria a antecipação dos efeitos da tutela.

O legislador agiu corretamente ao se utilizar de critérios vagos, que permitem, segundo Arruda Alvim (apud Carneiro, p. 21), “uma maior latitude na exegese do art. 273, ampliando o seu campo de abrangência”.

Tais conceitos jurídicos indeterminados, os quais configuram os pressupostos da antecipação de tutela, serão estudados a seguir.

3.1 Requerimento

Pela leitura do art. 273, caput do CPC, observa-se a expressa menção ao pedido da parte para a concessão da antecipação de tutela. O dispositivo prevê que “o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial.”

Ao utilizar o termo “parte”, poderiam surgir interpretações que considerassem o requerimento do autor ou do réu, mas logo em seguida o texto dispõe sobre antecipar a tutela pretendida no pedido inicial, comprovando que o direito de pleitear a antecipação pertence apenas ao autor.

Lopes (2009, p. 90-91) também defende que a antecipação de tutela é direito do autor, nada impedindo que o réu a requeira quando reconvir, já que nessa hipótese ele funciona como autor.¹⁴ Justifica esse posicionamento afirmando que a antecipação de tutela busca proteger o autor que comprova a probabilidade do direito requerido.

Entende-se, de forma majoritária, que o requerimento de antecipação de tutela é exclusivo do autor, salvo as hipóteses de reconvenção ou pedido contraposto.

¹³ Para Lopes (2009, p. 80), conceitos jurídicos indeterminados “são os que não possuem conteúdo perfeitamente definido ou delimitado e, por isso, ficam na dependência de interpretação flexível do juiz, ajustada à natureza das coisas, segundo as circunstâncias do caso concreto.”

¹⁴ Na mesma linha de raciocínio, Marinoni (2004, p. 172) entende que o réu pode solicitar a antecipação de tutela em caso de reconvenção, já que é considerada uma ação proposta pelo réu em face do autor no mesmo processo. Ainda acrescenta que também pode requerê-la nos casos de ações dúplices, nas quais é possível que o réu formule pedido em face do autor sem se utilizar da reconvenção.

No entanto, deve-se registrar posição em contrário pela possibilidade do réu requerer a antecipação de tutela da declaração de improcedência dos pedidos do autor com fundamento no princípio da isonomia, em demandas não-dúpliques:

Até mesmo quando simplesmente contestar demanda não-dúplice, pode o réu, preenchidos os pressupostos legais, requerer a antecipação dos efeitos da tutela declaratória negativa (improcedência do pedido do autor), em homenagem ao princípio da isonomia. (DIDIER, 2010, p. 504)

Muito ainda se discute sobre a dispensabilidade ou não do pedido da parte. Parte da doutrina entende que não seria necessário o requerimento, sendo possível a apreciação de ofício pelo juiz. Filia-se a essa corrente Scarpinella Bueno (2009, p. 11), fundamentando no modelo constitucional de processo, que prima pela efetividade, principalmente, nas situações que envolvem urgência:

À luz do “modelo constitucional de processo civil”, a resposta mais afinada é a positiva. Se o juiz, analisando o caso concreto, constata, diante de si, tudo o que a lei repute suficiente para a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, à exceção do pedido, não será isso que o impedirá de realizar o valor “efetividade”, máxime nos casos em que a situação fática envolver a urgência da prestação jurisdicional (art. 273, I), e em que a necessidade de antecipação demonstrar-se desde a análise da petição inicial.

Já para Lopes (2009, p. 92), o texto do art. 273, CPC é claro em prever a necessidade de requerimento. Ressalta que o instituto não foi criado para apenas combater a morosidade do Poder Judiciário, pois a sua função principal é dividir o ônus do tempo, portanto não poderia ser utilizado como “simples expediente destinado a acelerar o julgamento das causas”:

A ratio da proibição da tutela antecipada de ofício está em que o instituto não foi criado propriamente para resolver o problema da morosidade da justiça, mas para dividir o ônus da demora processual, beneficiando o autor que demonstrar a probabilidade da existência do direito e o risco de dano irreparável ou de difícil reparação (ou abuso no exercício do direito de defesa). Não se cuida, portanto, de simples expediente destinado a acelerar o julgamento das causas, que justificaria iniciativa de oficial, mas de providência voltada à satisfação provisória do autor.

Com uma justificativa mais técnica, Didier (2010, p. 506-507) defende a necessidade de requerimento pela regra de congruência, adotada nos arts. 128 e 460 CPC, bem como pela responsabilidade objetiva do beneficiário da tutela, que arcará com os prejuízos da reversibilidade do provimento, senão vejamos:

Não parece ser possível a concessão *ex officio*, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas em lei, não só em razão da interpretação sistemática da legislação processual, que se estrutura na regra de congruência. A efetivação da tutela dá-se sob responsabilidade objetiva do beneficiário da tutela, que deverá arcar com os prejuízos causados ao adversário, se for reformada a decisão. Assim, concedida *ex officio*, sem pedido da parte, quem arcaria com os prejuízos se a decisão fosse revista? A parte que se beneficiou sem pedir a providência? É preciso que a parte requeira a concessão, exatamente porque, assim, conscientemente e coloca em uma situação em que assume o risco de ter de indenizar a outra parte, se restar vencida no processo.

De fato, pelo princípio da demanda e pela regra da congruência, o juiz não pode decidir a lide fora dos limites em que foi proposta. Não se pode conhecer de ofício sobre aquilo em que a lei exigiu a iniciativa da parte.

Além disso, a lei dispõe sobre a responsabilidade objetiva do beneficiário da medida em caso de posterior modificação ou revogação. Se não houve um pedido expreso, como responsabilizá-lo pelos prejuízos ocasionados ao réu em virtude do deferimento da antecipação de tutela?

Voltar-se-á a esta discussão no último capítulo, tendo em vista a previsão da concessão de ofício na redação original do Projeto do novo CPC, que iniciou no Senado Federal, e tinha por nomenclatura o PL 266/10.

3.2 Requisitos necessários e cumulativo-alternativos

Os requisitos autorizadores da antecipação de tutela podem ser divididos em duas ordens: necessários e cumulativo-alternativos (SCARPINELLA BUENO, p. 10). Dentre os necessários, encontra-se a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação, já dentre os cumulativos-alternativos, tem-se o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, ou ainda o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

3.2.1 Prova inequívoca e verossimilhança da alegação

O art. 273, CPC faz alusão à necessidade de prova inequívoca para a concessão de antecipação de tutela, colocando-a, juntamente com a verossimilhança da alegação, como requisitos cumulativos.

A menção à prova inequívoca, em uma primeira leitura, segundo Lopes (2009, p. 93), “faz supor a existência de elementos de convicção com valor absoluto, insuscetíveis de impugnação, o que, por si só, ofenderia o princípio do contraditório.”

Dessa forma, partindo desse conceito, no direito brasileiro, não existiriam provas inequívocas, já que todas podem ser impugnadas e passam pelo contraditório e pela análise do julgador. Para justificar que não há prova absolutamente inquestionável, Carneiro (2005, p. 23) cita como exemplo a escritura pública que, revestida de todos os requisitos, é passível de impugnação no Poder Judiciário por meio de ação anulatória.

Assim, é necessário conciliar a prova inequívoca com o próprio ordenamento jurídico, evitando noções que prejudiquem o devido processo legal ou violem a sistemática relativa de prova estabelecida no CPC.

Buscando essa conciliação, Carreia Alvim (apud Carneiro, 2005, p. 23) propõe que prova inequívoca “seria aquela que apresenta um alto grau de convencimento, afastando qualquer dúvida razoável sobre a autenticidade ou veracidade”. No mesmo sentido, Theodoro Jr entende que a prova inequívoca deve ser preexistente e ser “clara, evidente, portadora de grau de convencimento tal que a seu respeito não se possa levantar dúvida razoável”.

Em ambos os conceitos exarados, observa-se que se trata de uma prova que fornece um alto grau de probabilidade do direito, não sendo, portanto, absoluta, já que evita apenas dúvidas razoáveis sobre os fatos e fundamentos desenvolvidos pelo autor.

Ademais, o intérprete da norma também precisa evitar o paradoxo que aparentemente se propõe ao visualizar como requisitos a prova inequívoca e a verossimilhança das alegações, uma vez que esta se refere somente à aparência de verdade¹⁵. (NEVES, 2006).

Interpretando a prova inequívoca juntamente com a ideia de verossimilhança da alegação, Lopes (2009, p. 94) argumenta que esta abranda o conceito daquela: “o cotejo entre prova inequívoca e verossimilhança da alegação leva a conclusão de que, para obtenção da tutela antecipada, é suficiente a prova segura dos fatos, de que exsurja a probabilidade do direito pretendido.”

Assim, ambos os requisitos do caput do art. 273 estão interligados, a verossimilhança das alegações relacionada à probabilidade do direito, a qual é proporcionada exatamente pela prova dos fatos.

¹⁵ Nesse contexto, Neves (2006) lembra ainda que a verdade é algo inalcançável. A verdade possível ou quase-verdade produzida no processo corresponde a certeza adquirida pelo juiz no momento de prolatar a decisão definitiva e deve ter por base toda a prova produzida no caso concreto.

Visualizando essa ligação, que ajuda a delimitar o conceito de “prova inequívoca”, Didier (2010, p. 488) conceitua esta fazendo alusão ao juízo de probabilidade e a cognição sumária: “prova robusta, consistente, que conduza o magistrado a um juízo de probabilidade, o que é perfeitamente viável no contexto da cognição sumária”.

A prova inequívoca dos fatos deve levar ao juízo de probabilidade das alegações, permitindo a formação de uma cognição sumária que enseje a verossimilhança necessária ao deferimento da medida antecipatória.

Ainda que permita um alto grau de convencimento do magistrado, trata-se de prova que conduz a uma cognição sumária, portanto nada impede que, após a instrução, ouvidas ambas as partes, o magistrado se convença em sentido contrário, já que se trata de prova suficiente para antecipar a tutela e não para proferir o julgamento definitivo por meio de sentença.¹⁶ (THEODORO JR, 2006, p. 756). Ou seja, pode a medida ser revogada quando a cognição do juiz se aprofundar, analisando-se o conjunto probatório produzido posteriormente no processo.

3.2.2 Dano Irreparável ou de difícil reparação

Juntamente com a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação, exige o art. 273, I do CPC a demonstração do perigo de dano irreparável ou de difícil.

Trata-se, portanto, de hipótese de antecipação diretamente relacionada com a efetividade do processo, já que, caso não concedida, pode impedir a concretização do resultado útil processo. (BEDAQUE, 2006, p. 328).

Não é qualquer dano que enseja a concessão da medida satisfativa. Segundo as lições de Carneiro (2005, p. 32), o dano fica caracterizado quando a demora na prestação jurisdicional resulta em prejuízo de média ou grande intensidade ao direito do autor, destacando ainda que o dano pode ser a direito patrimonial ou personalíssimo:

¹⁶ Neves [s.d.] ressalta que pode ser que a prova inequívoca produzida para antecipar a tutela seja suficiente para o julgamento definitivo da lide, o que vai depender do caso concreto e do grau de convencimento proporcionado: “O que se pretende dizer é que a prova inequívoca exigida para a concessão da tutela antecipada não deve ser robusta e completa ao ponto de permitir, em qualquer hipótese, um julgamento definitivo favorável ao autor, mas é plenamente possível que, em determinadas situações concretas, seja exatamente isso que ocorra, tamanha a carga de convencimento apresentada no caso concreto pelo beneficiado pela tutela antecipada. Basta imaginar uma confissão extrajudicial documentada, juntada à petição inicial, que já permitirá a tutela antecipada e, não tendo sido produzida qualquer prova robusta em sentido contrário, aquela prova originariamente juntada já será suficiente para o julgamento favorável da lide.”

Haverá dano quando a permanência do “status quo”, enquanto se sucedem os atos processuais, seja de molde a acarretar ao autor prejuízos de média ou grande intensidade (os prejuízos mínimos não autorizam provimentos de urgência, invasivos da esfera jurídica do demandado) a direito seu, quer direito da personalíssimo (como direito à reputação, à imagem, a direito-dever de ter sob guarda os filhos ou de visitá-los), quer direitos patrimoniais, dentre estes, de gravidade máxima será o dano consistente na privação de prestações de natureza alimentar, ou no perecimento do próprio direito, caso não concedida a tutela de urgência.

A caracterização desse pressuposto configura-se apenas com um risco concreto, atual, grave e iminente, não sendo suficiente um perigo hipotético:

o risco de dano irreparável ou de difícil reparação e que enseja antecipação assecuratória é o risco concreto (e não o hipotético ou eventual), atual (ou seja, o que se apresenta iminente no curso do processo) e grave (vale dizer, o potencialmente apto a fazer perecer ou prejudicar o direito afirmado pela parte). Se o risco, mesmo grave, não é iminente, não se justifica a antecipação de tutela. (ZAVASCKI, 2005, p. 78)

Além dos critérios acima mencionados, o fundado receio de dano deve ainda ser averiguado com base em critérios objetivos, em circunstâncias fáticas, que demonstrem que a falta da tutela ocasionará um dano irreparável ou de difícil reparação (CARREIRA ALVIM apud CARNEIRO, 2005, p. 31).

Por fim, faz-se necessário atentar para a notória semelhança dessa espécie de antecipação de tutela com a medida cautelar, já que ambas buscam evitar um dano grave ou de difícil reparação, que poderia resultar na ineficácia do provimento jurisdicional. Assim, a doutrina compreende o pressuposto do dano como um elemento presente nas tutelas cautelares e nas antecipatórias com base no art. 273, I, CPC:

O autor, portanto, ao postular a AT, dirá de seu “fundado receio” de sofrer o dano irreparável ou de difícil reparação, da mesma forma como, no plano das ações cautelares, o postulante da cautelar inominada exporá ao juiz seu “fundado receio” de que a outra parte causa ao seu direito “lesão grave ou de difícil reparação”. (CARNEIRO, 2005, p. 31)

De fato, “o dano irreparável ou de difícil reparação pode, com perfeição, ser assimilado à usual expressão latina “*periculum in mora*”” (SCARPINELLA BUENO, 2009, p. 16). Afinal, tem-se uma situação em que a tutela antecipada é deferida por causa da urgência, configurando a chamada “tutela antecipada de urgência”¹⁷, que juntamente com a tutela cautelar, formará, no novo CPC, o gênero tutelas de urgência, conforme será analisado no último capítulo.

¹⁷ Expressão utilizada por Scarpinella Bueno, 2009, p. 16.

3.2.3 Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu

A antecipação de tutela com caráter cautelar não é novidade, pois já existia em diversos ordenamentos¹⁸. Já no que tange à previsão do art. 273, II, CPC, pode-se dizer que legislador brasileiro inovou ao criar a possibilidade de antecipar os efeitos da tutela, visando à efetividade do processo e desestimulando o uso indevido do processo pelo réu. (BERTOLDI, 1997, p. 311).

O abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu¹⁹ somado aos requisitos cumulativos (prova inequívoca e verossimilhança da alegação) também possibilitam a antecipação de tutela nos termos do art. 273, II, CPC.

Analisando os três pressupostos suficientes ao deferimento da medida, pode-se concluir que não há a necessidade de demonstrar o perigo de dano, elemento típico das tutelas cautelares e da antecipação de tutela com base no art. 273, I, CPC. Portanto, trata-se de hipótese de antecipação desvinculada da urgência:

Não existe qualquer vinculação da tutela antecipada fundada no abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório do réu com a circunstância do tempo como inimigo da efetividade da tutela jurisdicional. Ao se dispensar o preenchimento do requisito do fundado receio de dano o legislador desvinculou de forma absoluta e indiscutível essa espécie de tutela antecipada do âmbito das tutelas de urgência. (NEVES, 2006)

Assim, também entende Carneiro (2005, p. 35) quando afirma que o art. 273, II, CPC institui uma “antecipação de tutela pura”, desvinculada dos pressupostos da urgência e do dano.

No mesmo sentido, Scarpinella Bueno (2009, p. 18) aduz que “não há, nessa hipótese, a necessidade de demonstração de qualquer urgência. Trata-se de um caso em que a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, dá-se com caráter punitivo, verdadeiramente sancionatória”.

Portanto, não se caracteriza como tutela de urgência, mas sim como uma tutela antecipatória punitiva, que tem como requisitos, além da prova inequívoca da verossimilhança

¹⁸ Cita-se como exemplo de ordenamentos alienígenas em que já havia previsão da antecipação de tutela de tutela ligada à urgência, com feições cautelares: sistema italiano (CPC, art. 700) e o sistema alemão (ZPO §§935 e 940).

¹⁹ Por defender que o réu também pode requerer a antecipação de tutela com base no princípio da isonomia, Didier (2010, p. 499) entende que o comportamento temerário a ensejar a antecipação de tutela pode ser de qualquer das partes.

da alegação, comportamentos abusivos do réu, que cria obstáculos processuais ou materiais²⁰(NEVES, 2006).

Definida a natureza jurídica dessa espécie, como tutela antecipatória sancionatória, passa-se ao estudo dos requisitos, quais sejam: abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório do réu.

Bedaque (2006, p. 331) parece entender que tais expressões mencionadas no art. 273, II, CPC são sinônimas, pois considera apenas “antecipação determinada pelo abuso do direito de defesa”, sem discutir o manifesto propósito protelatório do réu²¹.

De fato, os pressupostos refletem uma grande aproximação na conceituação, já que o que proporciona a antecipação é a prática de atos e omissões que efetivamente retardam o andamento do processo e não o simples propósito de proleto. “Nessa compreensão, bem se vê, que o “propósito protelatório” é expressão que na sua abrangência comportaria, a rigor, os abusos do direito de defesa” (ZAVASCKI, p. 79).

Visualizando também a similitude entre as expressões utilizadas pelo legislador, Bertoldi (1997, p. 314), considera que o manifesto propósito que englobaria o abuso do direito de defesa, afirmando que aquele que abusa do direito de defesa tem o objetivo de postergar o feito.

No entanto, é preciso estabelecer diferenças, pois não há na lei palavras inúteis, por isso o “abuso do direito de defesa” e o “manifesto propósito protelatório do réu” devem corresponder a “fenômenos processuais distintos.” (NEVES, 2006). O autor que melhor estabelece essa diferenciação é Zavascki, cujo entendimento é adotado por diversos processualistas²². Eis o seu pensamento:

Ora, a referência a abuso do direito de defesa demonstra que o legislador está se referindo a atos praticados para defender-se, ou seja, atos processuais. Por isso, o

²⁰ “Segundo a melhor doutrina essa espécie de tutela antecipada funciona como forma de sanção processual à parte – em especial ao réu – que abuse de seu direito de defesa ou pratique atos protelatórios no processo. Ainda que não seja muito clara a diferença entre essas duas naturezas de atos, o resultado de sua prática é sempre o mesmo; a criação injustificada de obstáculos – processuais ou materiais – que impedem que o processo judicial chegue ao final, com a definitiva entrega do bem da vida ao autor. Justamente por não entender legítima a criação de obstáculos o legislador regula a obtenção da satisfação fática do direito do autor por meio da tutela antecipada como forma de sancionar a parte contrária, invertendo o eventual ônus do tempo no processo.” (NEVES, 2006)

²¹ Observa-se que o autor coloca todas as situações previstas no art. 273, II, CPC como abuso do direito de defesa, sem mencionar o manifesto propósito protelatório: “a possibilidade de os efeitos serem antecipados em razão do comportamento assumido pelo réu, consistente em apresentar defesa despida de seriedade, não está ligada a perigo de dano concreto. Destina-se tão-somente a agilizar o resultado do processo, pois o direito afirmado pelo autor é verossímil, circunstância que vem reforçada pela inconsistência dos argumentos utilizados pelo réu em sua resposta. Ou seja, a existência do direito é provável não só pelos argumentos deduzidos pelo autor, como por aqueles apresentados pela defesa.”

²² No mesmo sentido, Didier (2010, p. 499) e Humberto Theodoro (2006, p. 757).

abuso do direito de defesa hão de ser compreendidos como os atos protelatórios praticados no processo (v. g. os do art. 14, III e IV, do CPC). Já o manifesto propósito protelatório há de ser considerado o que resulta do comportamento do réu – atos e omissões – fora do processo, embora, obviamente, com ele relacionados. Por exemplo: ocultação de prova, não atendimento de diligência, simulação de doença. (ZAVASCKI, 2005, p. 79)

O abuso do direito de defesa seria em referência a atos processuais, seriam atos abusivos praticados dentro do processo, já o manifesto propósito protelatório do réu estaria relacionado a comportamentos realizados fora do processo (extraprocessuais), conforme destaca as lições acima.

A palavra “defesa”, que está presente em um dos pressupostos, deve ser interpretada em acepção ampla, englobando qualquer ato que vise à defesa no processo. Não cabe considerar a defesa abusiva apenas na contestação, entendendo o termo de forma restrita. Afinal, o abuso do direito de defesa pode se manifestar em outros atos, inclusive em outras respostas processuais. O direito de defesa existe durante todo o processo, logo seu abuso pode ocorrer durante todo o trâmite procedimental. (NEVES, 2006).

Assim, não apenas na contestação há manifestações abusivas do réu que podem ensejar a antecipação de tutela com base no art. 273, II, CPC, uma vez que também pode ocorrer na interposição de recursos ou na solicitação desnecessária de oitiva de testemunhas (DIDIER, 2010, p. 500).

É certo que tais situações que possibilitam a antecipação de tutela exigem a análise cuidadosa do caso concreto, pois é assegurada constitucionalmente a ampla defesa, que garante o direito de produzir provas e o direito de recorrer.

A antecipação de tutela pode ser utilizada exatamente para compatibilizar tais direitos com a distribuição do ônus do tempo, garantindo a satisfação imediata daquele que demonstrou a probabilidade do direito, inclusive com base em atos do próprio réu, sem prejudicar o direito ao recurso ou à produção de prova da outra parte. Assim, o entendimento de Beltoldi (1997, p. 323):

Com a antecipação dos efeitos da tutela com base no abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório não se está obstruindo o direito à ampla defesa do réu, mas tão-somente redistribuindo o ônus do tempo do processo, pois, ante a evidência do direito afirmado pelo autor, é justo que quem deva suportar a demora é a parte que conta com a probabilidade mínima do direito.

Como relação ao pressuposto “manifesto propósito protelatório do réu” já foi mencionado que ele se relaciona com atos praticados fora do processo que objetivam atrasar o

andamento do processo. A redação do requisito foi infeliz, na medida em que não basta o simples propósito de protelar é preciso que o ato efetivamente proporcione o retardo do processo, atrasando a solução definitiva da lide. (NEVES, 2006)

Theodoro Jr (2006, p. 757) ressalta que atos anteriores à propositura da ação podem ser considerados atos extraprocessuais com “manifesto propósito protelatório”, exemplificando nos casos de notificação, interpelações, protestos ou troca de correspondência entre os litigantes. Segundo o doutrinador, o autor pode na própria inicial requerer a antecipação de tutela com base em atos que vem sendo praticados pelo réu, os quais, inclusive, ensejaram a busca da tutela jurisdicional.

Começou-se, assim, a utilizar a antecipação de tutela, desde que preenchidos os requisitos, como uma forma de inverter o ônus do tempo e neutralizar as atitudes desleais praticadas pelo réu, que não mais poderá se valer do demora do processo. (BERTOLDI, 1997, p. 311).

3.3 Pressuposto negativo: reversibilidade da medida

O art. 273, §2º, CPC dispõe sobre a regra da reversibilidade da medida nesses termos: “Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.

Trata-se de verdadeiro pressuposto negativo, na medida em que proíbe a antecipação de tutela nos casos em que possa acarretar consequências irreversíveis. (CARNEIRO, 2005, p. 19).

É uma disposição legal que decorre da própria natureza da tutela antecipada, que se fundamenta, em regra, na cognição sumária e se caracteriza pela provisoriedade e revogabilidade.

Afinal, no decorrer do processo, há a possibilidade de o magistrado entender pela inexistência do direito antecipado, o que resultará na revogação da medida e na volta ao status quo ante. Caso fosse concedida uma medida antecipatória irreversível, não seria possível com a revogação desta o retorno à situação fática que existia antes de seu deferimento.

Tem-se, portanto, um requisito que salvaguarda a segurança jurídica do réu (ZAVASCKI, 2005, p. 101) e a eficácia do provimento final caso seja este contrário ao proferido em cognição sumária.

Quando da criação do requisito negativo, surgiu uma dúvida em decorrência da redação do dispositivo legal que menciona a “irreversibilidade do provimento antecipado”, pois, a rigor, o que se antecipa são os efeitos da tutela antecipada, e estes é que podem ser irreversíveis, já que o provimento em si, se ainda não atingido pela coisa julgada material, é sempre reversível.

Apesar da atecnia do legislador, tem-se entendido, de forma prevalecente na doutrina, que a irreversibilidade é dos efeitos e não do provimento: “Leia-se ‘irreversibilidade dos efeitos’, não irreversibilidade do provimento, como consta neste parágrafo. O provimento, enquanto decisão provisória, não será irreversível, posto que revogável, embora possa, isto sim, produzir, no plano fático, efeitos irreversíveis.” (BAPTISTA DA SILVA apud BELLINETTI, 1997, p. 247).²³

A questão mais polêmica que envolveu a reversibilidade da medida referia-se a algumas situações em que não concedê-la, ainda que irreversível, seria causar dano ao direito provável em prol do improvável. (ARAKEN DE ASSIS, p. 1997, p. 27). Principalmente, porque a própria instituição da tutela antecipada visou à solução de conflito entre o direito provável e o improvável, optando o legislador por proteger de um dano irreparável àquele. (BEDAQUE, 2006, p. 347).

A doutrina justifica a necessidade de observar a reversibilidade de modo relativo com diversos exemplos em que há dois bem jurídicos em conflito. A proteção de um deles resulta em um risco de irreversibilidade para a outra parte, mas o não deferimento da medida pode impossibilitar a salvaguarda do bem jurídico mais importante, caracterizando verdadeira “irreversibilidade recíproca” (CÂMARA, 2009, p. 445).

Carreira Alvim (apud Berllinetti, 1997, p. 251) cita o caso de amputar a perna para salvar a vida contra vontade do paciente, nessa hipótese a concessão da antecipação terá efeitos irreversíveis, mas proporcionará a salvaguarda do bem jurídico vida. Outras situações são ainda lembradas pelo autor, como no caso de demolição de um prédio para resguardar a saúde e a segurança, ou ainda a hipótese de alimentos provisionais, em que o alimentando não precisa restituir.

De fato, como bem pondera Didier (2010, p. 493), tal pressuposto da reversibilidade deve ser analisado com temperamentos, já que pode resultar na inutilização da antecipação de tutela.

²³ No mesmo sentido, as lições de Bedaque (2006, p. 346): “A irreversibilidade, como óbice à concessão da medida antecipatória, refere-se, portanto, aos efeitos, não ao próprio provimento, que sequer é objeto de antecipação. E, mesmo se fosse, jamais haveria irreversibilidade do ato judicial, sempre revogável, ou seja, reversível.”

A técnica de ponderação de valores deve definir em que situações a antecipação de tutela, mesmo irreversível, deve ser concedida. Afinal, “o juiz com medo de um mal menor, não pode deixar de proteger um mal maior.” (MARINONI, 2009, p. 240-241) Defende-se, assim, a realização de uma ponderação axiológica de bens para definir qual dos direitos merece a proteção judiciária.

O requisito da reversibilidade não pode ser intransponível em caso de haver dois direitos da eminência de sofrerem dano irreparável. Haverá situações em que o juiz, aplicando o princípio da proporcionalidade (CAMARA, 2009, p. 445), deve proteger o interesse mais relevante e antecipar a tutela jurisdicional.

Portanto, o requisito da irreversibilidade deve ser amenizado de acordo com a situação em análise. Em alguns casos, deve-se permitir a antecipação de tutela com fim de salvaguardar um bem jurídico de valor mais elevado ainda que não seja possível, em caso de posterior denegação, retornar ao *status quo ante*.

3.4 Antecipação de tutela com base na incontrovérsia do pedido

Em trabalho monográfico intitulado *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*, Marinoni (2009, p. 341) concluiu pela possibilidade de um pedido ou parcela deste torna-se maduro para julgamento antes de outro formulado em cumulação.

Uma dessas hipóteses correspondia à chamada contestação parcial, quando um dos pedidos ou parcela deste não era objeto de controvérsia entre as partes, tornando-se, assim, maduro para julgamento antes do restante da demanda.

Como não havia cisão do julgamento de mérito, a parcela madura aguardava toda a elucidação da lide, pois só podia ser apreciada juntamente com o restante dos pedidos.

Observando isso, defendeu-se, pelo menos, a concessão da antecipação de tutela da parte madura para julgamento com fundamento no direito à tutela jurisdicional em prazo razoável²⁴. Utilizou-se da aplicação do art. 273, II, CPC para deferir a tutela antecipada com base no pedido incontroverso. (MARINONI, 2009, p. 341-342).

Scarpinella Bueno (2009, p. 88), comentando as ideias de Marinoni, ressalta que foi dada uma interpretação ampla ao art. 273, II, CPC para que toda situação de contumácia

²⁴ “A Tutela jurisdicional é prestada em prazo razoável quando a técnica processual e a administração da justiça permitem ao juiz concedê-la logo após os fatos que lhe dizem respeito terem sido esclarecidos; ou melhor, assim que a demanda estiver pronta ou madura para julgamento.” (MARINONI, 2009, p. 341-342).

ou inércia processual do réu configurasse requisito para antecipação. Até mesmo revelia e omissões seriam equivalentes à defesa abusiva ou ato protelatório, autorizando, assim, a antecipação de tutela em casos de não contestação.

Com clara influência no raciocínio desenvolvido acima, foi introduzido pela Lei 10.444/02 o §6º do art. 273, CPC, instituindo a antecipação de tutela com base na incontrovérsia de parte do pedido. Eis a redação do dispositivo: “A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroversa”.

Afinal, se até o abuso do direito de defesa autoriza a antecipação de tutela, mais razão ainda para a concessão da medida quando à parcela do pedido não é oposta defesa alguma (CARNEIRO, 2005, p. 65), como se verá adiante.

3.4.1 A incontrovérsia parcial do pedido

A partir dessa previsão legal, deve-se definir, inicialmente, o conceito de pedido incontroverso. Começa-se, então, com um exemplo bastante esclarecedor que é repetido em diversos livros²⁵ e merece reprodução neste trabalho:

Com relativa frequência, ao apresentar sua contestação o réu impugna apenas parte do pedido: formulado o pedido de indenização por R\$: 100.000,00, o réu implicitamente contesta a parcela de R\$: 40.000,00, reconhecendo implícita ou explicitamente como devida a parcela restante de R\$: 60.000,00. (CARNEIRO, 2005, p. 64)

O réu apenas contestou parcela do pedido, reconhecendo a procedência de parte deste. Nessas situações, não seria justo com o autor fazê-lo esperar todo o processo para realizar um direito incontroverso (MARINONI, 2009, p. 342). Com base nessas premissas, o magistrado tem, a partir da introdução do art. 273, §6º, CPC, o poder-dever de antecipar a parcela não contestada.

Como bem destaca Marinoni (2009, p. 343), para que possa estar caracterizada a não contestação é preciso que o fato que fundamenta o pedido incontroverso não esteja em contradição com a defesa em seu conjunto.

Ou seja, ainda que não haja o cumprimento do ônus da impugnação especificada dos fatos, para que o pedido seja considerado incontroverso, é necessário analisar todas as

²⁵ Marinoni (2009, p. 342); Scarpinella Bueno (2009, p. 91); Bedaque (2006, p. 336).

alegações do réu em conjunto, pois pode ter ocorrido uma impugnação implícita do pedido²⁶, o que desautorizaria a concessão da tutela antecipada.

Além disso, o magistrado deve ainda se convencer de que os fatos não contestados conduzem aos efeitos jurídicos pretendidos. Afinal, na hipótese do art. 273, §6º, CPC, “não há simplesmente dispensa de prova, mas sim reconhecimento do direito, que vincula o juiz.” (MARINONI, 2009, p. 343).²⁷

Se todo o objeto do processo torna-se incontroverso, não é caso de antecipação de tutela, mas sim de julgamento antecipado da lide ou julgamento imediato de todo de mérito, aplicando-se as disposições previstas nos arts. 329-330, CPC. Seria, por exemplo, o caso de reconhecimento do pedido pelo réu. (CÂMARA, 2009, p. 446).

Para aplica o art. 273, §6º, CPC, segundo Dinamarco (2009, p. 76), o pedido deve ser “composto ou decomponível” para configurar “a incontrovérsia sobre alguns fatos suficientes para o julgamento de um dos pedidos, mas não dos demais.”

Ou seja, apenas parcela do pedido ou algum dos pedidos deve ser incontroversa, não sendo contestado pela outra parte. Deve o juiz, ainda, considerar provados nos autos os fatos que fundamentam o pedido objeto da antecipação.

3.4.2 Natureza jurídica: resolução parcial do mérito x antecipação de tutela

A mais relevante questão que envolve o art. 273, §6º, CPC relaciona-se com a sua natureza jurídica: Seria resolução parcial do mérito ou antecipação de tutela?

3.4.2.1 A cisão do julgamento do mérito e resolução parcial do mérito

No CPC vigente, consagra-se o princípio da unidade do julgamento de mérito, posto que o pedido deve ser sempre apreciado na sentença, sendo esta única no processo. Diversos dispositivos constantes no código contribuem para esse raciocínio, tais como o art. 459 c/c art. 269, inc. I, e art. 162, §1º. (DINAMARCO, 2009, p. 78).

²⁶ Carneiro (2005, p. 66) exemplifica: “quando a impugnação a um pedido decorre logicamente da impugnação a outro pedido”.

²⁷ No mesmo sentido, Zavascki (2005, p. 108) reconhece que a avaliação do pedido pelo julgador deve ser pela procedência, independentemente da ausência de controvérsia: “Pode ocorrer, por exemplo, que o demandado não conteste determinado pedido, o qual, contudo, na avaliação do juiz, é manifestadamente descabido. Em caso tal, considerando que a sentença final será de improcedência, é lógico concluir que, embora se trate de pedido a cujo respeito não há controvérsia entre as partes, a sua antecipação será inadmissível.”

Segundo o art. 162, §1º, a sentença é definida pelo seu conteúdo. Nela deve ser apreciado todo o mérito, não sendo possível, com base na unidade do julgamento, conceder uma tutela exauriente por decisão interlocutória, já que esta resolve apenas questão incidente.

Ainda que haja bases teóricas fundamentadas em dispositivo legal, o dogma da unidade da sentença é bastante questionado pela doutrina quando se analisa o art. 273, §6º, CPC.

Alguns autores compreendem que a previsão legal em comento configura verdadeiro julgamento parcial do mérito, o que conduziria a clara cisão da sentença e, conseqüentemente, do julgamento do mérito da demanda.

Câmara (2009, p. 447) defende que quando parte do pedido ou um destes são incontroversos ter-se-ia um juízo de certeza, baseado em cognição exauriente, apto a formar coisa julgada material.

Scarpinella Bueno (2009, p. 90) e Theodoro Jr (2007, p. 757) enxergam na hipótese um juízo de profundidade e extensão típico da cognição exauriente, que pode levar a formação de coisa julgada material, configurando verdadeiro julgamento parcial do mérito.

Como apenas parte do pedido torna-se incontroverso, a atividade cognitiva do juiz ainda não se encerrou e o processo prosseguirá para decidir a parte controversa da demanda. Não há, nesse momento do processo, julgamento por sentença, mas sim por uma decisão interlocutória que pode se tornar definitiva, caso não haja mais recurso. Visualiza-se assim uma cisão no julgamento do mérito:

Há, pois, verdadeira cisão do julgamento do mérito, já que este, antes da criação do §6º do art. 273, CPC, tinha que ser inteiramente julgado na sentença, sendo certo que agora tal julgamento pode ser feito de forma parcelada, julgando-se no curso do processo as parcelas incontroversas do mérito e se reservando para a sentença o julgamento apenas daquilo que tenha se mantido controvertido até o fim. (CAMARA, 2009, p. 447).

Possibilitou-se o julgamento definitivo por decisão interlocutória nos casos de parcelas incontroversas do mérito, reservando-se para a sentença apenas a matéria que continuasse controvertida.

A decisão que aplica o art. 273, §6º teria natureza de julgamento antecipado parcial da lide²⁸, já que apta a torna-se imutável, caso não houvesse mais recurso. Estaria submetida a

²⁸ O julgamento antecipado da lide corresponde a uma decisão de mérito em que o magistrado decide o objeto litigioso, julgando procedente ou improcedente a demanda formulada. Permite a redução do procedimento diante da desnecessidade de produção de mais provas em audiência de instrução e julgamento (DIDIER, 2009, p. 514). O art. 330, CPC prevê as situações que autorizam tal julgamento: “O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: I – quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não

uma execução definitiva, não poderia ser revogada ou modificada, nem a matéria decidida reapreciada na sentença.

Partindo dessa compreensão, não seriam aplicáveis as normas relativas à antecipação de tutela dispostas no art. 273, CPC. Afinal, a decisão seria fundada em cognição exauriente e não poderia ser revogada ou modificada. Também não seria necessário preencher os pressupostos da tutela antecipada, nem mesmo a irreversibilidade do provimento ou a exigência de requerimento. (DIDIER, 2010, p. 528).

Pelos fundamentos exarados acima, conclui-se que não teria natureza de antecipação de tutela. Seria verdadeiro julgamento parcial do mérito e romperia com o dogma da “unidade ou unicidade”, permitindo-se assim o “desdobramento” ou a “fragmentariedade” do julgamento. (SCARPINELLA BUENO, 2009, p. 90).

Com fundamento nesta concepção, surgem questionamentos a respeito do recurso cabível. Ainda que improvável o recurso, já que o pedido incontroverso decorre exatamente da ausência de oposição do réu ao requerimento do autor, faz-se necessário tecer alguns comentários, tendo em vista a grande divergência doutrinária.

Na forma, ter-se-ia uma decisão interlocutória, já que a decisão não põe fim à fase cognitiva ou executiva, logo o recurso cabível seria o agravo. Já quanto ao conteúdo, seria possível visualizar uma sentença, pois apresenta em seu bojo decisão a respeito de um dos pedidos formulados em clara consonância com o art. 162, §1º c/c art. 269, CPC, por isso o recurso de apelação seria o mais correto. (SCARPINELLA BUENO, 2009, p. 120)

Na doutrina, há opções por todas as possibilidades. Alguns defendem que a decisão seria uma verdadeira sentença a ser impugnada, excepcionalmente, por agravo de instrumento. Há ainda quem enxergue como recurso cabível uma apelação por instrumento, inovando no sistema recursal brasileiro. Tais opiniões são citadas por Scarpinella Bueno (2009, p. 121):

Há aqueles que entendem, como, por exemplo, Teresa Arruda Alvim Wambier, ser a decisão antecipatória da tutela, nos termos do §6º do art. 273, verdadeira sentença e que, para impedir que o processamento da apelação cause inegável atrasos ao andamento do processo, ela, excepcionalmente, deve ser recorrida por instrumento. Outros, compartilhando do mesmo entendimento de que se trata de sentença [...], sustentam o cabimento da apelação, coerentes com o que dispõe o art. 513. Eventuais dificuldades procedimentais podem ser evitadas pelo processamento da apelação por instrumento. É o que sustenta, com argumentos bastante convincentes, Heitor Vitor Mendonça Siza.

houver necessidade de produzir prova em audiência; II – quando ocorrer a revelia. Caso o legislador tivesse optado por compreender o art. 273, §6º como julgamento antecipado da lide, teria inserido um novo inciso no art. 330, CPC, acrescentando como hipótese o pedido incontroverso.

Os posicionamentos divergentes apenas comprovam a dificuldade em estabelecer qual seria recurso cabível. Scarpinella Bueno (2009, p. 121), visualizando o problema, defende a aplicação do princípio da fungibilidade, permitindo que o Poder Judiciário aceite a interposição tanto de apelação como de agravo de instrumento, já que existe fundada dúvida sobre a natureza jurídica do ato jurisdicional em exame.

Embora se trate de decisão definitiva, sendo compreendida como julgamento parcial do mérito, não há como negar que não põe fim à fase cognitiva²⁹, razão pela qual o processo prosseguirá para instrução e julgamento da parcela controvertida da demanda.

Portanto, o recurso cabível seria o agravo de instrumento (DIDIER, 2010, p. 532), que será encaminhado para o órgão de segundo grau responsável pela apreciação meritória, enquanto os autos permanecem em primeiro grau para a análise dos demais pedidos.

Essa opção também apresenta razoabilidade pela manutenção dos autos em primeiro grau, onde o processo prosseguirá até o pronunciamento por sentença.

Como resolve parcialmente o mérito, Didier (2010, p. 533-534) enxerga a necessidade de se permitir um contraditório maior no recurso, por isso defende que nessa hipótese de pedido incontroverso, ainda que por agravo de instrumento, deve-se permitir a sustentação oral e a presença de revisor, como previsto para o recurso apelação.

3.4.2.2 Natureza jurídica de antecipação de tutela

Carneiro (2005, p. 66) afirma que não seria possível um provimento judicial que verse sobre parcela do mérito tornar-se definitivo e ser impugnável por agravo, enquanto a parcela da demanda controversa, decidida por sentença, ficaria sujeito ao recurso de apelação, que apresenta um contraditório mais acentuado:

Conclusão: parte do mérito seria sujeito ao crivo da segunda instância mediante um recurso de agravo, sob prazo de 10 dias e privado de efeito suspensivo, com julgamento sem revisor e sem sustentação oral; e o restante do mérito seria ao final objeto da sentença, com apreciação pelo colegiado de segundo grau através de apelação com prazo de 15 dias e sob as garantias de um contraditório mais acentuado.

²⁹ Adota-se, na defesa deste posicionamento, o conceito de sentença e decisão interlocutória de Didier (2010, p. 284): “Sendo assim, como conclusão deste tópico, tem-se que, a despeito das incorreções técnicas da lei e da reforma por que ela passou, decisão interlocutória é o pronunciamento pelo qual o juiz resolve questão (incidente ou principal, pouco importa) sem pôr fim ao procedimento em primeira instância ou a qualquer de suas etapas. Já a sentença é o pronunciamento pelo qual o juiz, analisando ou não o mérito da causa, põe fim a uma etapa (cognitiva ou executiva) do procedimento em primeira instância.”

Na esteira dos ensinamentos do mesmo autor (2005, p. 66), tem-se que o princípio da unidade da sentença está presente no ordenamento jurídico brasileiro, logo o seu rompimento só seria possível por norma indubitosa, o que não ocorre com a previsão do art. 273, §6º, CPC.

Bedaque (2006, p. 337) defende que “a simples antecipação dos efeitos da tutela não gera resultado definitivo”. Considera a alternativa legal adequada, pois não retira a possibilidade de o juiz revogar a antecipação.

Segundo o autor (2006, p. 337), nada obsta que o juiz, durante a instrução probatória, entenda pela inexistência do direito antecipado e revogue a medida. Ainda que as provas sejam produzidas para elucidar a matéria controvertida, seria possível concluir pela comprovação de fatos que levassem a revogação ou modificação da antecipação de tutela anteriormente prolatada com fundamento no art. 273, §6º, CPC.

Outros doutrinadores chegam a concordar que o legislador deveria ter adotado a decisão do julgamento, mas reconhecem que ele optou por incluir a previsão no art. 273, CPC, sujeitando-a ao regramento processual da antecipação de tutela:

Para a imediata tutela da parte incontroversa do pedido, talvez a melhor solução tivesse sido a da decisão do julgamento, permitindo sentença parcial, mas definitiva, de mérito. Ter-se-ia, com essa solução, a possibilidade de outorgar, relativamente ao pedido incontroverso, a imediata, completa e definitiva tutela jurisdicional. Não foi essa, todavia, a opção do legislador, que preferiu o caminho da tutela provisória. Com isso, limitou-se o âmbito aos efeitos executivos da tutela pretendida. (ZAVASCKI, 2005, p. 111)

O legislador preferiu considerar como uma tutela provisória, limitando os efeitos da medida ao âmbito executivo, sem garantir o caráter definitivo da decisão interlocutória proferida, por isso a matéria considerada incontroversa na decisão antecipatória deve ser novamente apreciada na sentença, conforme, inclusive, foi bem destacado nas lições de Dinamarco (2009, p. 70):

Na visível intenção do legislador, essa antecipação ainda não constitui um julgamento de mérito: no prosseguimento do processo, chegando o momento de sentenciar, o juiz julgará não só o pedido que dependeu de prova como também esse que, por não precisar de prova alguma, já fora objeto de antecipação (na sentença de mérito haverá dois capítulos autônomos, um relacionado com o primeiro dos pedidos e outro, decidindo sobre os demais). A medida antecipatória é uma decisão interlocutória e não sentença, não ficando excluído, ainda que seja pouco provável, que afinal na sentença de mérito (única), ao decidir sobre todos os pedidos cumulados, venha a julgar improcedente a pretensão que foi objeto de antecipação.

É visível a opção do legislador à luz das normas legais. O dispositivo deve ser interpretado pela sua localização topográfica no art. 273, CPC, submetendo-se ao regramento ali previsto.

Com esse posicionamento não se avança muito, pois como tutela sumária, revogável e modificável o pedido incontroverso poderia ser antecipado com fundamento no art. 273, II, CPC, conforme já reconhecia Marinoni³⁰.

Fixada a natureza jurídica como antecipação de tutela, aplica-se todo regramento processual previsto no art. 273, CPC. Trata-se, então, provimento jurisdicional provisório, baseado em cognição sumária, que pode ser revogado ou modificado, pois se sujeita a uma execução também provisória.

³⁰ Ocorre que não havia técnica processual que permitisse o julgamento antecipado de apenas um dos pedidos cumulados ou, pelo menos, a antecipação de tutela nas situações de pedido incontroverso. Em face da ausência de previsão legal, utilizou-se em tais casos a aplicação da tutela antecipatória com fundamento no art. 273, II, CPC. (MARINONI, 2009, p. 341-342). Citando as lições do referido autor, Scarpinella Bueno (2009, p. 88) ressalta que foi dada uma interpretação ampla ao art. 273, II, CPC para que toda situação de contumácia ou inércia processual do réu configurasse requisito para antecipação. Até mesmo revelia e omissões seriam equivalentes a defesa abusiva ou ato protelatória, possibilitando, assim, a antecipação de tutela em casos de não contestação.

4 MEDIDA CAUTELAR X TUTELA ANTECIPADA

Com a introdução do art. 273, CPC, estabeleceu-se para a antecipação de tutela um regramento próprio e requisitos específicos a serem observados, evitando-se que medidas antecipatórias sejam deferidas sem obediência a um critério previsto em lei ou com base no art. 789, CPC.

Para Zavascki (2005, p. 46), a partir da Reforma de 1994, firmaram-se as diferenças entre tutelas cautelares e antecipatórias do mérito com a instituição do Poder Geral de Antecipação, já que passaram a se sujeitar a regramentos diversos.

Quando se trata de antecipar o próprio pedido formulado através de uma cognição sumária, é necessário analisar as disposições delineadas no Art. 273, CPC, o qual estabelece os requisitos e regras processuais para o deferimento da chamada Antecipação de Tutela. Já quando a providência acautelatória é suficiente para afastar o perigo da demora, há necessidade de conceder uma medida cautelar, a qual pode ser concedida no bojo de um processo cautelar autônomo, regulamentado pelo Livro III do CPC.³¹

No entanto, deve-se atentar que as medidas cautelares e as tutelas antecipadas apresentam grandes semelhanças. Para alguns doutrinadores, como se verá, as semelhanças são mais importantes que as diferenças, por isso colocam as tutelas antecipatórias dos efeitos da sentença como espécie de tutela cautelar.

Assim, sobre o tema, surgiram diversas posições doutrinárias conflitantes, as quais serão objeto do próximo tópico, em que se realizará um estudo das semelhanças e diferenças entre as tutelas cautelares e antecipatórias do mérito.

4.1 Semelhanças e Diferenças

4.1.1 Finalidade

Tutelas Jurisdicionais Diferenciadas compõem “o conjunto de instrumentos ou técnicas para fazer atuar eficazmente, em tempo razoável, garantindo a adequada proteção dos direitos segundo princípios, regras e valores constantes da ordem jurídica.” (LOPES, 2009, p. 55). Partindo desse conceito, resta evidente que as medidas cautelares e a antecipação de

³¹ A autonomia do processo cautelar foi flexibilizada com a inserção da regra do art. 273, §7º, CPC, conforme será analisado adiante.

tutela são consideradas tutelas diferenciadas por apresentarem como finalidade garantir a adequada prestação jurisdicional em tempo razoável.

No primeiro capítulo, destacou-se, ainda que implicitamente, diversas semelhanças entre as medidas cautelares e a antecipação de tutela, as quais são reconhecidas como tutelas de urgência. Ambas apresentam a mesma função constitucional na busca por harmonizar direitos fundamentais em colisão, bem como visam reduzir os males da demora, distribuindo o ônus do tempo do processo. Ou seja, tem a mesma finalidade conforme bem destaca Didier (2010, p. 458):

Ambas identificam-se por ter uma mesma finalidade, que é abrandar os males do tempo e garantir a efetividade de jurisdição (os efeitos da tutela). Servem para redistribuir, em homenagem ao princípio da igualdade, o ônus do tempo do processo (se é inexorável que o processo demore, é preciso que o peso do tempo seja repartido entre as partes, e não somente o demandante arque com ele).

A semelhança em relação à finalidade, ligando tais tutelas diferenciadas à realização do princípio da efetividade é matéria já foi reiteradamente reconhecida neste trabalho.

4.1.2 Natureza do provimento e regramento processual

Apesar de se identificarem pela finalidade, é possível visualizar diferenças, dentre as quais a mais evidente seria o tipo de provimento jurisdicional requerido:

Não há como evitar a diversidade gritante que se nota entre os diversos efeitos da medida cautelar e da medida antecipatória: a primeira não vai além do preparo da execução útil de futuro provimento jurisdicional de mérito, enquanto a última já proporciona a provisória atribuição do bem da vida à parte, permitindo-lhe desfrutá-lo juridicamente, tal como se a lide já tivesse sido solucionada em seu favor. (THEODORO JR, 2007, p. 739)

No mesmo sentido, também as lições de Carneiro (2005, p. 7):

Percebe-se, de logo, a profunda diferença entre as providências que objetivam apenas garantir a “justiça” e a eficiência prática da futura (provável) sentença, e aquelas providências que antecipam, integrando-o no patrimônio jurídico do autor (no todo ou em parte), exatamente aquele bem da vida postulado pelo demandante.

Com base nisso, a antecipação de tutela corresponde à concessão do pedido requerido na inicial de forma antecipada e provisória, proporcionando a própria atribuição do bem da vida à parte. Já a tutela cautelar apenas garante o resultado útil do processo em caso

de futuro provimento jurisdicional de mérito favorável ao autor, apresentando um nítido caráter assecuratório e não satisfativo.

Ocorre que tal distinção em face do tipo de provimento predomina na doutrina, mas não é unânime. Em sentido contrário, Bedaque (2006, p. 305) considera a tutela antecipada como cautelar, compreendendo que a “eficácia conservativa ou antecipatória não pode ser considerada fator determinante para a identificação da natureza da medida”. As semelhanças seriam mais relevantes, não se justificando tratamento diferenciado para as “tutelas sumárias urgentes”, já que ambas tem a mesma finalidade e são dotadas de características semelhantes reconhecidas pela doutrina:

Mas, se ambas têm a mesma função no sistema e são estruturalmente provisórias, por que distingui-las? Inexiste razão histórica ou sistemática para não incluir as antecipatórias no rol das cautelares. A discussão acaba sendo meramente terminológica, pois temos duas categorias de tutelas não definitivas, destinadas ambas a evitar que o tempo necessário à segurança jurídica acabe tornando inútil o resultado do processo, com denominações diversas. Além disso, toda a doutrina reconhece outras características comuns a essas tutelas, com a cognição sumária, a precariedade e a referência a outra tutela, exatamente aquelas que determinam a natureza cautelar do provimento. (2006, p. 305)

Dessa forma, na visão desse autor, não caberia distingui-las, pois ambas se voltam a garantir a efetividade do processo, bem como são provisórias, baseadas em cognição sumária, dotadas de precariedade e instrumentalidade. Assim, insere a tutela cautelar como gênero, do qual a tutela antecipada é espécie.

É interessante observar que, para Bedaque (2006, p. 333), tanto a tutela cautelar como a antecipada são instrumentais por fazerem referência à outra tutela. Haveria caráter acessório e instrumental na tutela cautelar por ser deferida em processo antecedente ou incidental ao principal, visando proteger o resultado útil deste. Já na antecipação de tutela a instrumentalidade estaria presente em relação à sentença, na qual será confirmado ou não, o pedido antecipado com base no art. 273, CPC³².

Tal semelhança em relação à instrumentalidade não predomina na doutrina. Em regra, é aceito o caráter instrumental e acessório da tutela cautelar, mas não da tutela antecipada³³. Assim, o entendimento de Dinamarco (2009, p. 62):

³² Nas palavras do autor (2006, p. 313): “A antecipação de efeitos da futura tutela definitiva se dá exatamente para assegurar a utilidade desse resultado, que restaria comprometida não fosse adotada tal providência. Ressalta evidente o caráter instrumental da antecipação, que jamais se transformará na resposta jurídica definitiva para a situação de direito material.”

³³ Nesse sentido, Marinoni (2009, p. 145) e Didier (2010, p. 452).

[...] as antecipações de tutela não são instrumentais ao processo, não se destinam a outorgar-lhe a capacidade de ser justo e útil (o que constitui missão das cautelares), mas a fornecer ao sujeito aquele mesmo que ele pretende obter ao fim, ou seja, a coisa ou situação da vida pleiteada.

A autonomia processual também é uma característica do processo cautelar ausente na tutela antecipada, sendo esta concedida no bojo do processo de conhecimento, enquanto, em regra, a tutela cautelar depende da formação de um processo cautelar autônomo³⁴. (BONFIM MARINS, 1997, p. 568)

Portanto, com base no exposto, o processo cautelar apresenta características peculiares como a instrumentalidade e a autonomia, as quais não estão presentes na antecipação de tutela. Apesar disso, reconhece-se que as semelhanças são mais importantes que as diferenças, não justificando o tratamento processual divergente previsto no CPC de 1973, já que ambas tem as mesmas finalidades, baseiam-se em cognição sumária e são dotadas de precariedade.

4.1.3 O requisito *periculum in mora*

Guerra (1995, p. 98-99), ao tratar sobre a antecipação de tutela, acaba por inseri-la como uma tutela cautelar antecipatória a ser deferida no processo de conhecimento, reconhecendo a natureza cautelar dessa providência, embora discorra também sobre a antecipação com base no abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, compreendendo que nessa hipótese não fica caracterizado o *periculum in mora*, mas sim uma técnica de antecipação com finalidade repressiva, considerando-a uma “sanção processual”.

Exatamente por não se visualizar o caráter urgente em todas as hipóteses de tutela antecipada³⁵, fica complicado coloca-la juntamente com a tutela cautelar como se fosse

³⁴ Nesse momento, é interessante ressaltar que com a fungibilidade instituída no art. 273, §7º, CPC permite-se a concessão da medida cautelar no processo de conhecimento, flexibilizando a autonomia do processo cautelar.

³⁵ Em sentido contrário Zavascki (2005, p. 28): “o conceito de urgência que enseja a tutela provisória deve ser entendido em sentido amplo, mas amplo que o sentido pelo qual é geralmente adotado, ou seja, de representar situação apta a gerar dano irreparável. A urgência, no sentido que aqui se utiliza, está presente em qualquer situação de risco ou embaraço a efetividade do processo. Casos há, com efeito, em que o embaraço ocorre sem que o direito afirmado esteja sob o risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Independentemente da existência ou não de dano irreparável ao direito afirmado pelo autor, o abuso do direito de defesa constitui, por si só, embaraço ao direito – que também decorre do sistema constitucional – a prestação da tutela em prazo razoável, sem demoras maiores que as próprias do normal desenrolar do processo. Em idêntico contexto se pode situar a hipótese em que uma parte do direito postulado seja manifestadamente evidente. O retardamento de sua satisfação nessa parte, por conta da necessidade de processar o feito em relação a outra, ainda controvertida, é, igualmente, impecilho a reclamada prestação da atividade jurisdicional.”

espécie desta, utilizando-se ainda da nomenclatura “Tutelas de Urgência”. Afinal, na concessão com base no abuso do direito de defesa ou na incontrovérsia de parcela do pedido não se exige um perigo de dano:

Normalmente, coloca-se como característica comum a essas tutelas diferenciadas (cautelar e antecipada) o pressuposto do perigo (a urgência), mas nem sempre isso acontece, como é o caso da tutela antecipada fundada no inciso II do art. 273, do CPC (tutela antecipada punitiva), que dispensa o pressuposto do perigo. (DIDIER, 2010, p. 458)

Em caso de abuso do direito de defesa ou até mesmo de incontrovérsia do pedido, o direito tem que ser evidente, seja pela defesa sem fundamentos do réu ou pela ausência de contestação à parte do pedido formulado, dispensando-se a caracterização de uma situação de urgência.

Só haveria uma semelhança entre a tutela cautelar, que tem como requisitos o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, e a antecipação de tutela com base no art. 273, I, CPC, as quais podem ser claramente enquadradas como tutelas de urgência. Nesse caso, “a aproximação seria razoável, partindo-se da premissa de que ambas são fundadas na urgência.” (DIDIER, 2010, p. 465).

Desta feita, conclui-se, apesar das posições em contrário, que há diferenças entre a medida cautelar e da tutela antecipada. O campo de abrangência desta é maior, já que engloba também tutelas sem relação direta com o perigo da demora.

4.1.4 A cognição sumária: prova inequívoca da verossimilhança da alegação x *fumus boni iuris*

Nesse momento, em que se adentrará em um dos temas mais controvertidos deste trabalho, é necessário, inicialmente, conceituar o termo cognição. Assim, começa-se, com o entendimento de Watanabe (2005, p. 67):

Cognição corresponde ao ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso.

Dessa forma, a cognição corresponde ao ato de valoração das provas e alegações. É uma atividade típica do magistrado que precisa decidir a lide a favor de alguma das partes da relação processual. Classifica-se, ainda segundo os ensinamentos de Watanabe (2005, p. 68-70), em exauriente ou sumária de acordo com o grau de profundidade de conhecimento do juiz.

Após a produção de todas as provas, o magistrado irá decidir com cognição exauriente, pois valorou todos os fundamentos jurídicos trazidos pelas partes, tendo por base todo o conjunto probatório carreado aos autos. É o grau de convencimento típico das tutelas definitivas, que se sujeitam a coisa julgada material.

Já a cognição sumária leva o magistrado aos juízos de probabilidade e verossimilhança. São decisões provisórias que podem ser modificadas ou revogadas³⁶ caso surja, no decorrer do processo, provas ou alegações que permitam, em sentido diverso, um grau de convencimento maior do magistrado. Encontra fundamento no ordenamento jurídico brasileiro pela finalidade de combater o *periculum in mora* e de redistribuir o ônus do tempo no processo.

Portanto, é a cognição sumária do julgador que autoriza o deferimento de medidas cautelares ou antecipatórias do mérito. Esse é o entendimento que prevalece, sendo reconhecido pela maior parte da doutrina³⁷, que visualiza a cognição sumária como um critério de semelhança entre as cautelares e tutelas antecipadas.

Ocorre que, mesmo sumária, há quem divida em graus, entendendo que na tutela antecipada a cognição sumária exigiria um grau de convencimento maior do que aquele necessário para a concessão de uma medida cautelar.

O principal fundamento para entender por essa distinção com base em uma cognição sumária mais profunda ou mais superficial decorre da necessidade expressa de prova para concessão da tutela antecipada, exigência não presente na tutela cautelar.

³⁶ “Segundo a previsão do art. 273, §4º do CPC, a tutela antecipada pode ser revogada ou modificada a qualquer momento, possibilidade esta também prevista para as medidas cautelares, conforme disposto no art. 807, CPC.” (NEVES, 2012, p. 1156).

³⁷ Registra-se a posição do Didier (2010, p. 543-544) em sentido contrário. Para o autor, não há essa semelhança quanto à cognição sumária, já que a tutela cautelar seria definitiva e temporária, na medida em que o objetivo do processo cautelar é apenas assegurar o resultado útil de outro processo, desenvolvendo-se o seu caráter instrumental em relação ao processo principal. Disso, decorreria a definitividade da sentença proferida em processo cautelar, que é dotada de cognição exauriente, já que avalia todo o objeto do processo, o qual se restringe ao pedido de segurança. Seria uma tutela definitiva com efeitos temporários. Enquanto a tutela antecipada identifica-se por ser fundada em cognição sumária, em uma análise superficial do objeto da causa, que conduz o magistrado a um juízo de probabilidade.

O *fumus boni iuris*, requisito da cautelar, parece exigir um grau de convencimento menor do que a prova inequívoca da verossimilhança da alegação, estes pressupostos da antecipação.

Nesse sentido, Zavascki (2005, p. 77-78) considera que a antecipação de tutela tem um “*fumus boni iuris* qualificado” por exigir que, pela prova constante dos autos os fatos sejam tidos como certos, resultando na probabilidade do direito, ao passo que na cautelar não há necessidade de que conste prova nos autos, havendo juízo de probabilidade quanto aos fatos e ao direito.

Na mesma linha de raciocínio, Theodoro Jr. (2007, p. 755-756) entende que, por se tratar de medida satisfativa, a lei exige para a antecipação de tutela “precauções de ordem probatória” ao condicioná-la à prova inequívoca, não sendo a antecipação baseada em “aparência do direito (*fumus boni iuris*)” ou “simples alegações”, mas sim em “prova preexistente”, ainda que não necessariamente documental.

Assim, a prova inequívoca da verossimilhança das alegações leva a um grau de cognição maior do que o exigido para a configuração do *fumus boni iuris*, o que resultaria da necessidade de prova “apta a revelar o alto grau de probabilidade da versão apresentada pelo autor”, uma vez que isso não é exigência para a cautelar. (BEDAQUE, 2006, p. 341).

A própria jurisprudência do STJ parece entender dessa forma, visualizando a diferença quanto ao grau de cognição. Eis o julgado:

ACÇÃO POPULAR. CONTRATO DE PERMUTA DE ATIVOS. PETRÓLEO BRASILEIRO S/A (PETROBRÁS). E REPSOL YPF S/A. POSSÍVEL LESIVIDADE DO NEGÓCIO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PROVA INEQUÍVOCA. VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO. PRESSUPOSTOS NÃO CARACTERIZADOS. 1. Em sede de antecipação de tutela, hão de estar devidamente configurados, para o deferimento da medida, os pressupostos exigidos no art. 273 do Código de Processo Civil, em particular, aqueles atinentes à prova inequívoca e à verossimilhança da alegação, que não se confundem com a plausibilidade da ação cautelar. 2. O juízo estabelecido em prova inequívoca há de estar calcado no firme convencimento do julgador quanto à concretude do direito vindicado pela parte, não bastando, portanto, mera aparência ou “*fumaça*”. 3. Viola o art. 273 do CPC a decisão que defere pedido de antecipação de tutela apenas com fundamento na demonstração do “*fumus boni iuris*” e do “*periculum in mora*”.[...] 5. Recursos especiais providos. (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 532570 / RS. Relator: Ministro José Otávio de Noronha. Órgão Julgador: T2 – Segunda Turma. Data do Julgamento: 21/10/2004. DJ 13.12.2004)

Apesar das posições doutrinárias e jurisprudenciais em contrário, trata-se, na verdade, de um critério de diferenciação fraco (DIDIER, 2010, p. 461). Às vezes, é muito difícil definir o grau de convencimento maior ou menor, pois ambas as medidas dependem de conceitos jurídicos indeterminados que serão valorados pelo magistrado.

Em algumas situações, o próprio legislador prevê critérios menos exigentes para a concessão da tutela antecipada, como nas ações possessórias, comprovando a fragilidade desse critério, que só funcionará em alguns casos, já que depende sempre da regulamentação no direito positivo. (DIDIER, 2010, p. 461).

Dinamarco (2009, p. 73-74) adota posicionamento semelhante, destacando a impossibilidade de afirmar invariavelmente que a probabilidade para conceder a antecipação de tutela deva ser sempre maior do que para conceder a tutela cautelar:

Quanto mais intensa for a atuação da medida sobre a esfera de direitos da parte contrária, tanto mais cuidado deve ter o juiz, mas a variação de intensidade dos efeitos invasivos não é determinada rigidamente pela natureza antecipatória ou cautelar, mesmo no campo nas cautelares, convivem algumas que não causam mal algum, como a inocente produção antecipada de provas e outras mais severas e invasivas, como o arresto, o sequestro e a busca-e-apreensão. É por isso incorreto pensar que as antecipações de tutela dependam invariavelmente de uma probabilidade maior que a exigida para conceder cautelares, ou, pior ainda, que seja necessário algo mais que a probabilidade. Eventuais diferenças de graus de probabilidade suficiente não infirmam o que é essencial, a saber, a suficiência da probabilidade e dispensa da certeza em relação a todas as medidas urgentes.

Extrai-se, desses ensinamentos, a necessidade de o juiz analisar qual a intensidade da atuação da medida sobre o direito da outra parte. Muito mais importante que definir como critério a cognição sumária mais profunda ou superficial é observar as consequências da medida, se mais invasiva, ainda que cautelar, vai exigir uma probabilidade maior.

4.2 Art. 273, §7º: a regra da fungibilidade.

Com base na comparação acima, conclui-se que ainda não foi estabelecido um parâmetro objetivo para distinguir as tutelas antecipatórias e cautelares. (SCARPINELLA BUENO, 2009, p. 128). A doutrina diverge bastante, já que uns colocam a tutela antecipada com espécie de tutelar cautelar, valorizando a finalidade semelhante de abrandar os males do tempo. Enquanto outros frisam as diferenças, inclusive em relação ao grau de cognição sumária.

A repercussão na prática forense da ausência desse parâmetro logo foi percebida: O litigante tinha seus pleitos indeferidos por questões técnicas e formais. O Judiciário colocava-se indiferente à situação fática que reclamava a medida satisfativa ou cautelar. (SCARPINELLA BUENO, 2009, p. 128). Causavam-se prejuízos ao direito das partes por defeitos formais, que podiam ser relevados.

Ou seja, para ater-se ao tipo de procedimento previsto em lei e ao rigor da classificação, o juiz podia denegar uma tutela de urgência apenas por uma questão formal, privando a parte da efetividade do processo (THEODORO JR, 2007, p. 742). Por exemplo, se em um processo de conhecimento fosse requerida uma medida assecuratória do provimento final favorável, tal pedido podia ser indeferido por não ter sido formulado através de um processo cautelar autônomo.

Privilegiava-se, excessivamente o procedimento, a espécie e a classificação, enquanto a Constituição Federal apenas se preocupa em proteger da lesão ou da ameaça de lesão o direito pleiteado judicialmente, sem estabelecer distinções procedimentais ou ontológicas entre as técnicas que serão adotadas na busca pela efetividade do processo (SCARPINELLA BUENO, 2009, p. 129).

Diante desse quadro, o legislador, influenciado pela doutrina, através da Lei 10.444/02 introduziu o art. 273, §7º, CP, o qual assim dispõe: “Se o autor, à título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.”

Permitiu-se uma clara flexibilização da autonomia do processo cautelar (NEVES, 2012, p. 1154), já que pela previsão legal passou a ser possível a concessão de uma medida assecuratória no próprio processo de conhecimento.

Trata-se de norma que, “ao aceitar a possibilidade de confusão entre a tutela cautelar e antecipatória, frisa a diferença entre ambas. Isto por uma razão de lógica básica: somente coisas distintas podem ser confundidas.” (MARINONI, 2009, p. 153-154).

Neves (2012, p. 1163) também ressalta que, através da expressa previsão da fungibilidade, o legislador reconhece que tais medidas não são iguais, mas extremamente próximas, que possibilita a utilização do mesmo tratamento processual quando presente os pressupostos autorizadores da aplicação do art. 273, §7º, CPC.³⁸

Há quem entenda o art. 273, §7º como uma via de mão dupla, sendo possível deferir também tutelas antecipadas quando se pede uma tutela cautelar, considerando a redação da norma insuficiente. Nesse sentido:

³⁸ Com opinião diversa, compreendendo o dispositivo como mais um critério de similitude entre as medidas a justificar a incorporação no mesmo gênero tutela cautelar, Bedaque (2006, p. 389): “Aliás, a adoção da fungibilidade constitui demonstração inequívoca da identidade substancial entre ambas as modalidades de tutela de urgência e provisória [...]”

Mas a redação do §7º do art. 273 não é suficientemente clara porque dá a impressão de que somente autorizaria o juiz a receber como cautelar uma demanda proposta com o título de antecipação, e não o contrário. Essa impressão é falsa, porque é inerente a toda fungibilidade a possibilidade de intercâmbio recíproco, em todos os sentidos imagináveis. Não há fungibilidade em mão única de direção. Já é geralmente aceito, diante disso, que o novo dispositivo autoriza o juiz, amplamente, a receber qualquer pedido de tutela urgente, enquadrando-o na categoria que entender adequada, ainda que o demandante haja errado ao qualificar o que é cautelar como antecipação, ou o que é antecipação, como cautelar. (DINAMARCO, 2009, p. 69-70)

Parte-se da noção de que não há fungibilidade de mão única, logo a previsão legal referida autorizaria o juiz a receber qualquer pedido de tutela urgente, adequando-o na categoria que entender correta. Ou seja, um pedido de antecipação pode ser recebido como cautelar e vice-versa.

No mesmo sentido, Câmara (2009, p. 448) compreende a fungibilidade também como uma via de mão dupla, defendendo que seria possível conceder uma antecipação de tutela em processo autônomo cautelar:

Com o §7º do art. 273, porém, a medida cautelar pode ser deferida no mesmo processo em que se busca a tutela jurisdicional satisfativa. E como fungíveis são os bens jurídicos que podem ser substituídos um pelo outro, indistintamente, deve-se reconhecer que, sendo ajuizado processo autônomo para obtenção de tutela de urgência, esta poderá ser concedida tanto nos casos em que tenha natureza cautelar como naqueles em que sua natureza seja de tutela antecipada, satisfativa.

Desenvolveu-se uma interpretação amplíssima do dispositivo ao ressaltar que, através de um processo cautelar autônomo, em que se pleiteia uma tutela de urgência, possa ser deferida uma tutela de natureza cautelar ou satisfativa. Assim, se a parte requerer, por processo cautelar, uma tutela antecipada, não seria caso de indeferimento pela inadequação da via eleita. Nessa situação, seria plenamente possível o juiz entender pela presença dos pressupostos do art. 273, I, CPC e conceder a tutela antecipada.

No entanto, não foi esse o propósito do legislador, que se limitou, claramente, a desenvolver a fungibilidade por uma única via, ou seja, do pedido satisfativo para o pedido cautelar, via processo de conhecimento. Não se permitiu a utilização do processo cautelar para a concessão de tutelas antecipadas:

A princípio, não vemos autorização legislativa para a “fungibilidade” “progressiva”, principalmente em razão das peculiaridades do procedimento cautelar, mais singelo do que procedimento comum (sumário/ordinário) de conhecimento. Como se disse, não se autoriza, aqui a “fungibilidade” do procedimento. Permite-se, sim, o processamento de um pedido por determinado rito que, a princípio, não lhe era cabível. Em nenhum momento se autorizou a obtenção de provimento satisfativo. (DIDIER, 2010, p. 475).

Não há autorização para a fungibilidade do procedimento, mas apenas para o pedido cautelar ser concedido via processo de conhecimento, o qual é mais complexo que o processo autônomo cautelar.³⁹

Apesar da impossibilidade de compreender como uma via de mão dupla, tendo em vista a opção do legislador, o art. 273, §7º, CPC demonstra a evolução do direito processual civil. Caminhou-se para a unificação do procedimento das tutelas de urgência, que será finalmente alcançada com o novo CPC.

Com as novas disposições legais, o processo autônomo cautelar deixará de existir. Ambas as medidas (cautelares e antecipatórias) passaram a se sujeitar ao mesmo regramento processual, sendo concedidas no bojo do processo de conhecimento ou como medidas preparatórias, segundo as disposições da Parte Geral do novo CPC. Será inaugurada ainda uma nova nomenclatura, inserindo os pressupostos para a concessão da tutela satisfativa nas Tutelas de urgência ou nas Tutelas da evidência, conforme será evidenciado no próximo capítulo.

³⁹ Por adotar esse entendimento, Didier (2010, p. 476) ressalta que em caso de pedido de tutela antecipada via processo cautelar, deve o juiz, caso entenda pela presença dos requisitos do art. 273, CPC, adotar a conversão do procedimento para o rito comum, informando ao autor para que este adote, se desejar, algumas alterações da petição inicial. Utiliza-se, portanto, do Princípio da Instrumentalidade das Formas.

5 OS PRESSUPOSTOS DA MEDIDA SATISFATIVA NO PROJETO DO NOVO CPC

5.1 Objetivos do novo CPC

Apesar das várias reformas realizadas no CPC de 1973, a morosidade da justiça ainda se encontra bastante presente no dia-a-dia forense. Embora tenha ocorrido uma melhora nos últimos anos⁴⁰, a demora do processo continua sendo apontada como uma das causas da ineficácia da prestação jurisdicional:

Destarte, percebe-se que a melhoria observada nos últimos anos não foi suficiente para solucionar alguns problemas relacionados à morosidade e à ineficácia de determinados aspectos da prestação jurisdicional. No intuito de superá-los, tem-se discutido a edição de um novo Código de Processo Civil, partindo do pressuposto de que reformas pontuais no Codex de 1973 seriam insuficientes. (PARENTONI, 2011, p. 286).

Considerando a insuficiência das reformas pontuais e observando a necessidade de mudança, o Projeto do Novo CPC foi então pensado e elaborado por uma Comissão de Juristas, que, no início dos trabalhos, já deixou claro na Exposição de Motivos (2010) os objetivos da alteração legislativa, senão vejamos:

Os trabalhos da Comissão se orientam por 5 objetivos: 1) estabelecer expressa ou implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

Com o Projeto, visa-se a instituição de um processo civil constitucional com fundamento também na lei infraconstitucional, repetindo-se, na essência, diversos dispositivos da Constituição Federal na Parte Geral do novo CPC.

Buscou-se consagrar na legislação ordinária a clara submissão às normas constitucionais, com destaque para o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, da

⁴⁰ “[...] O Poder Judiciário brasileiro vem empreendendo sérios esforços na melhoria da prestação jurisdicional, tendo obtido significativos avanços em alguns pontos, como ilustram as estatísticas fornecidas pelo Conselho Nacional de Justiça, no relatório anual denominado Justiça em Números, referente ao ano de 2008. [...] Não obstante, dados do primeiro trimestre de 2010, revelam que o índice de confiança da população no Poder Judiciário ainda é de apenas 5,9 (numa escala que vai de 0 a 10), sendo que 92,6% dos entrevistados responderam que a Justiça resolve os conflitos de forma lenta ou muito lenta.” (PARENTONI, 2011, p. 28.5-286)

razoável duração do processo, do contraditório e da isonomia, conforme se observa nas seguintes normas do projeto:

Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, ressalvados os litígios voluntariamente submetidos à solução arbitral, na forma da lei.

Art. 4º As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa.

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório.

Art. 9º. Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento de direito.

Da análise desses dispositivos, conclui-se, facilmente, que não se utilizou de uma nova linha teórica (WAMBIER apud SAMPAIO JÚNIOR, 2011, p. 4).⁴¹ Manteve-se a concepção de Constituição já existente, compreendendo-a como um conjunto de princípios e regras, os quais consagram direitos fundamentais, que se irradiam por todo ordenamento jurídico e contribuem para a estruturação de um direito processual em conformidade com os valores constitucionais expressos agora também na legislação ordinária. Nesse sentido:

O novo CPC inovou substancialmente ao prever de modo expresso que o processo civil é ordenado e disciplinado conforme os valores constitucionais referidos. Esta previsão bem interpretada, ou seja, na linha do modelo constitucional de processo civil, revoluciona na acepção do termo toda a postura do processualista contemporâneo, o qual deverá sempre levar em consideração essas premissas justamente para que os direitos fundamentais sejam concretizados, ou seja, de agora em diante as regras e princípios do CPC têm que servirem de instrumento para a materialização desses direitos fundamentais.

Para não pairar dúvidas com relação a esta obrigação, a lei praticamente copiou o dispositivo constitucional do direito de ação e do direito à duração razoável do processo [...]

Ademais, é clara a influência do modelo cooperativo de processo⁴² em vários dispositivos do novo CPC. O art. 5º, por exemplo, prever expressamente o dever de

⁴¹ “Acredito que o direito não comporta mudanças radicais e bruscas, E isto ocorre, porque se trata de um produto cultural e a cultura dos povos se modifica aos poucos. A mudança da lei não altera a base cultural de uma Nação. Não se trata, portanto, de uma revolução. Não há, subjacentemente ao projeto que se está redigindo uma linha teórica nova, original.” (WAMBIER apud Sampaio Júnior, 2011, p. 4).

⁴² O modelo cooperativo de processo pode ser tomado como aquele que tem, como base, na sua estruturação, o respeito ao princípio da cooperação intersubjetiva. Como o próprio nome sugere, a observância do referido

cooperação: “Art. 5º As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência.” (AGUIAR, 2012, p. 52).

Adota-se, assim, tal modelo com a clara menção à necessidade de cooperação das partes com o juiz e deste com as partes. Aquelas devem fornecer os subsídios para que o magistrado profira a decisão mais justa para o caso concreto em análise.

Com isso, visa estabelecer uma sintonia com a Constituição Federal, bem como proferir decisões mais adequadas à realidade fática subjacente à norma, atendendo as finalidades propostas pela Comissão de juristas encarregada da elaboração do Anteprojeto.

De fato, permite-se uma maior participação das partes no processo, contribuindo para a efetivação do contraditório e a obtenção de decisões justas, em consonância com o devido processo legal e com a realidade fática. Exemplo claro disso é o dever de colaboração e de consulta, típicos do modelo cooperativo, expressos nos artigos 8º e 10º do Projeto, respectivamente:

Art. 8. As partes têm o dever de contribuir para a rápida solução da lide, colaborando com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito e abstendo-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício.

Em consonância com a lealdade processual e com o princípio da razoável duração do processo, as partes devem ser levadas a contribuir para que a solução do litígio ocorra no menor tempo possível, abstendo-se de ensejar incidentes desnecessários e procrastinatórios. Há, portanto, uma maior colaboração das partes, que passam a dividir responsabilidades do juiz, na medida em que devem buscar também a rápida solução da lide.

É perceptível ainda a ampliação do contraditório no processo em atenção ao princípio da não surpresa, posto que o juiz pode decidir de ofício, suscitando matérias de ordem pública que não foram mencionadas pelas partes, mas sempre deverá dar oportunidade para estas se manifestarem antes da decisão.

Por fim, conforme já exposto acima dentre os objetivos da Comissão de Juristas, procurou-se simplificar o procedimento e garantir uma maior organicidade normativa:

Além disso, da estrutura do Projeto extrai-se, em primeiro lugar, a intenção de se imprimir maior organicidade e simplicidade à normativa processual civil e ao

princípio determina a existência de uma relação de colaboração entre partes e juiz, que deve ser travada com o fito de buscar-se a solução mais justa para o caso concreto levado a juízo. (AGUIAR, 2012, p. 46)

processo, com o objetivo de fazer com que o juiz deixe, na medida do possível, de se preocupar excessivamente com o processo, como si fosse um fim em si mesmo, deslocando o foco da atenção do julgador para o direito material. Com isso, pretende-se descartar uma processualidade excessiva, desvinculada do objetivo do direito material.

Objetiva-se, com isso, que juiz volte-se mais para a análise do direito material, deixando de se preocupar excessivamente com o Processo. Prima-se, de certa forma, pela efetividade das decisões no plano do direito material, descartando uma formalidade processual exagerada.

Nesse contexto, é que se colocam diversas mudanças que visam à simplificação, dentre as quais se destaca a extinção da reconvenção em peça apartada da contestação, bem como das exceções de impedimento de suspeição, já que tais matérias passam a ser alegadas na contestação.

No âmbito recursal, a extinção do agravo retido, a redução das hipóteses de interposição de agravo de instrumento e a retirada do efeito suspensivo da apelação também contribuem para a redução da complexidade do procedimento.

5.1.1 A maior organicidade das tutelas de urgência e de evidência

As diversas mudanças legislativas no procedimento ordinário e executório ao longo dos anos de vigência do CPC de 1973 contribuíram para que o código perdesse um pouco a coesão, o que prejudica a sistemática do processo, gerando desorganização e comprometendo a celeridade:

O enfraquecimento da coesão entre as normas processuais foi uma consequência natural do método consistente em se incluírem, aos poucos, alterações no CPC, comprometendo a sua forma sistemática. A complexidade resultando desse processo, confunde-se, até certo ponto, com desorganização, comprometendo a celeridade e gerando questões inevitáveis (= pontos que geram polêmica e atraem a atenção dos magistrados) que subtraem indevidamente a atenção do operador do direito. (BRASIL, 2010)

Com a finalidade de atender a uma maior organicidade, o Projeto é dividido em cinco livros, os quais recebem as seguintes denominações: a) Parte Geral; b) Processo de Conhecimento; c) Do Processo de Execução; d) Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais; e) Das Disposições Finais e Transitórias.

A criação da Parte Geral foi muito aplaudida pela doutrina, já que esta faz referência a matérias pertinentes a todos os outros livros que antes constava no livro dedicado

ao processo de conhecimento (SAMPAIO JUNIOR, 2011, p. 13).⁴³ Houve ainda a extinção do processo cautelar, que deixará de constituir um livro autônomo, privilegiando a concessão da tutela cautelar em caráter incidental ou antecedente ao pedido principal, seguindo o mesmo regramento para medidas satisfativas e cautelares.

Um exemplo que contribuiu para o enfraquecimento da coesão no CPC de 1973, e que se liga diretamente ao objeto deste trabalho, corresponde à introdução da antecipação de tutela e, posteriormente, da regra da fungibilidade. Ambas são reformas na legislação processual que geraram polêmica em âmbito doutrinário, contribuindo para diversas discussões.

De fato, houve a introdução da antecipação de tutela no Livro I, concernente ao processo de conhecimento, enquanto a tutela cautelar continuava a ser regulamentada pelo Livro III. Estabeleceram-se tutelas com a mesma finalidade, em locais apartados do código, com procedimentos diversos, dificultando a sistematização das medidas de urgente e contribuindo para o indeferimento da prestação jurisdicional por questões formais, conforme já foi discutido no Capítulo 3.

As medidas cautelares e as antecipações de tutela fundadas no perigo de dano apresentam a natureza de tutelas de urgência, por isso deveriam ser tratadas em conjunto, tendo em vista a aproximação entre os requisitos exigidos para o deferimento, bem como a finalidade de evitar a ineficácia do provimento final no plano do direito material.

Também aquelas tutelas antecipatórias desvinculadas da urgência deveriam se submeter ao mesmo regramento das tutelas de urgência, não justificando o tratamento diferenciado, pois coincidem as características básicas, quais sejam: cognição sumária, revogabilidade e reversibilidade, na esteia do previsto no CPC vigente.

Nesse sentido, Dinamarco (2009, p. 99-100) defendia, citando os ensinamentos do Prof. José Roberto dos Santos Bedaque, a necessidade de estabelecer o mesmo tratamento jurídico para as “medidas aceleratórias de tutela jurisdicional”, vocábulo mais amplo que medidas de urgência exatamente porque o motivo da aceleração em caso de tutela antecipada nem sempre se vincula ao pressuposto do perigo de dano.

É patente, portanto, a necessidade de imprimir uma nova organicidade e simplicidade à temática, o que, finalmente, se concretiza com o novo CPC, que dispõe sobre as tutelas satisfativas e cautelares na Parte Geral do CPC, submetendo-as ao mesmo

⁴³ “Nesta perspectiva, incluíram-se na parte geral as matérias atinentes à jurisdição, ação, partes, procuradores, Ministério Público, Órgãos Judiciários e auxiliares, atos processuais, formação, suspensão e extinção do processo, competência, suspeição e impedimento do juiz e seus auxiliares, o que afigura extremamente técnico, pois tais matérias se aplicam indistintamente a todos os livros [...]” (SAMPAIO JUNIOR, 2011, p. 13).

regramento processual e imprimindo maior coesão à regulamentação, bem como ampliando as possibilidades de concessão através da figura da Tutela de Evidência.

5.2 Tutelas de Urgência e Tutelas de Evidência: divisão dos pressupostos da antecipação de tutela

Inicialmente, destaca-se a imprecisão do termo Tutelas de Urgência utilizada pela doutrina na interpretação do CPC de 1973 para se referir às tutelas cautelares e tutelas antecipatórias.

Afinal, nem sempre é preciso uma situação de urgência para deferir tutelas antecipatórias. Ou seja, a existência de uma situação de risco que impeça a efetividade de uma sentença final favorável não é requisito presente em toda tutela antecipada, posto que esta pode ser fundamentada no abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, bem como na incontrovérsia de parte do pedido submetido à análise judicial, conforme já exaustivamente discutido no Capítulo 2 deste trabalho.

Observando essa situação, o Projeto estabelece as tutelas de urgência e as tutelas de evidência, incluindo a previsão do abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do requerido e da incontrovérsia do pedido como tutelas de evidência:

Art. 285. Será dispensada a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação quando:

I- ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido.

II- um ou mais dos pedidos cumulados ou parcelas deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva.

Trata-se de posição acertada que visualiza nessas hipóteses a possibilidade de deferir uma tutela satisfativa antes do final do processo de conhecimento sem necessidade de haver a demonstração do risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

Encontra fundamento no abuso do direito de defesa ou na incontrovérsia do pedido, ou seja, em situações que evidenciam a certeza do direito de uma das partes. No mesmo sentido:

O Projeto procurou outorgar o devido valor ao tempo no processo e distribuí-lo de forma paritária entre as partes independentemente do requisito da urgência, fundando-se para tanto apenas na maior ou menor evidência da posição jurídica sustentada por uma das partes no processo. O Projeto regulou o tema a título de tutela de evidência. (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 106).

O instituto da antecipação de tutela, que encontrava regulamentação legal no art. 273, CPC, vai ser mais bem estruturado no novo CPC. Incluem-se as medidas satisfativas fundadas no perigo de dano como espécie do gênero tutelas de urgência, juntamente com as cautelares. Ao passo que as demais hipóteses, consideradas desvinculadas da urgência (abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu e a incontrovérsia parcial do pedido), passaram a ser denominadas Tutelas de Evidência.

Portanto, aparentemente, a Tutela de Evidência seria novidade trazida pelo novo CPC, mas, na verdade, trata-se apenas de ampliação de casos já existentes no ordenamento jurídico, atendendo a uma melhor sistematização e simplificação (SAMPAIO JÚNIOR, 2011, p. 62).

5.3 Os pressupostos para a concessão da medida satisfativa

5.3.1 Requerimento

Antes mesmo de se pensar em um novo código, discutia-se a possibilidade de concessão de ofício da tutela antecipada. No entanto, quando se analisava as disposições do art. 273, CPC, prevalecia o entendimento pela necessidade de requerimento.

De fato, a interpretação literal do art. 273, CPC leva o aplicador da norma a compreender pela possibilidade de concessão apenas via requerimento da parte autora, apesar de posicionamentos doutrinários em contrário, conforme já esclarecido no Capítulo 2.

O debate a respeito dessa temática retorna com mais força a partir da previsão inicial do art. 284, do PL 166/2010: “Em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o juiz poderá conceder medidas de urgência de ofício.”

Logo, a necessidade de requerimento expresso para a concessão das tutelas de urgência não era um requisito sempre presente na redação original do Projeto (PL 166/2010), tendo em vista à possibilidade de concessão de ofício em casos excepcionais ou expressamente autorizado por lei.

No entanto, a reforma prevista foi objeto de críticas, pois a concessão *ex officio* permite que o magistrado, sem qualquer pedido da parte, preste uma tutela jurisdicional que pode, futuramente, acarretar prejuízos na hipótese de revogação da medida. A

responsabilidade nesses casos é objetiva, logo, revogando-se a medida e configurando-se o prejuízo para a outra parte, o beneficiário arcará com o ônus de uma tutela que não requereu:

[...] o juiz poderá, da mesma forma do que já é possível em relação a cautelar, conceder de ofício essa tutela, desde que autorizado em específico por lei, o que inclusive tem sido criticado pela questão da responsabilidade civil que gera quanto à efetivação da medida, o que concordamos. Por isso que no Senado Federal, pelo menos genericamente, essa possibilidade foi suprimida. (SAMPAIO JÚNIOR, 2011, p. 61)

Visualizando esses problemas, o dispositivo foi retirado do projeto no Senado Federal (PL 166/2010). Na redação final, após as alterações apresentadas no relatório final no Senado, que chegou para deliberação na Câmara dos Deputados, sob o número PL 8046/10, não mais se autoriza a concessão de medidas de urgência de ofício, estando condicionadas, assim com as Tutelas de Evidência, ao requerimento da parte, segundo se observa na redação do art. 269 do Projeto: “A tutela de urgência e a tutela da evidência podem ser requeridas antes ou no curso do processo, sejam essas medidas de natureza satisfativa ou cautelar.”

5.3.2 Tutelas de Urgência

Dentre as tutelas de urgência, encontram-se provimentos judiciais satisfativos ou cautelares, mantendo-se a diferença com relação à natureza da providência deferida nos §§ 1º e 2º art. 269, do Projeto (PL 8.046/10):

§ 1º São medidas satisfativas as que visam a antecipar ao autor, no todo ou em parte, os efeitos da tutela pretendida.

§ 2º São medidas cautelares as que visam a afastar riscos e assegurar o resultado útil do processo.

Na redação original do projeto (PL 166/10), não era estabelecida semelhante diferenciação. Tratavam-se as tutelas de urgência como gênero, sem especificar ou conceituar a medida como satisfativa ou cautelar. Com a alteração no Senado Federal, foram incorporados os referidos conceitos, compreendendo a medida satisfativa como aquela que antecipa ao autor, no todo ou em parte, os efeitos da tutela pretendida, enquanto a cautelar teria como objetivo afastar riscos e assegurar o resultado útil do processo.⁴⁴

⁴⁴ A manutenção dessa distinção tem sido criticada na doutrina: “A lei, como já demonstrado, daria exatamente o mesmo tratamento às tutelas satisfativas e às medidas cautelares. Ambas exigiriam nos termos do art. 276 do PLS 166/2010 “elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como a demonstração do risco de dano irreparável ou de difícil reparação” e, dessa forma, submeter-se-iam ao procedimento do art. 279 e ss. Desse modo, se os efeitos práticos da adoção de uma ou de outra medida são exatamente os mesmos, não existiriam

Observa-se que a finalidade de afastar um risco ao processo está claramente presente no conceito de cautelar, pois a medida satisfativa nem sempre se caracteriza pela urgência, sendo considerada, em alguns casos, como tutela de evidência.

Portanto, o Projeto mantém a distinção ontológica entre tais medidas, ainda que unifique o procedimento e os requisitos.

Para a concessão de tutelas de urgência são exigidos elementos que comprovem a plausibilidade do direito, bem como o risco de dano irreparável ou de difícil reparação⁴⁵, sendo fundamental, dessa forma, a existência de um perigo de dano.

Observa-se, pela redação do Projeto, que não existem requisitos diversos para a concessão da providência satisfativa ou cautelar. Ocorreu a unificação dos pressupostos, sem o estabelecimento de qualquer diferenciação. Tratando-se de medida de urgência deve estar presente a plausibilidade do direito e a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

Nesse aspecto, inova em relação à lei vigente. O CPC de 1973 define como requisitos para a concessão da tutela antecipada a prova inequívoca da verossimilhança da alegação e fundada receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Já para a tutela cautelar, seria necessário o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

De fato, de acordo com o CPC vigente, os pressupostos para o deferimento de uma tutela antecipatória acabam sendo mais rigorosos, exigindo um juízo de certeza maior fincado na análise de uma prova, divergindo do necessário para a concessão de uma tutela apenas assecuratória do provimento final (*fumus boni iuris*), conforme defendido por parte da doutrina. Parece haver um grau de cognição maior, ainda que sumário, para a medida satisfativa.

No entanto, o PL 8.046/2010, ao estabelecer os mesmos requisitos, leva a concluir que o grau de cognição não seria uma diferença entre provimentos acautelatórios ou antecipatórios:

Ou seja, unificados tais requisitos, não haverá mais espaço, uma vez aprovado o novo Código de Processo Civil, para discussões envolvendo o grau ou nível de intensidade cognitiva exigido para a concessão de provimento cautelar ou antecipatório, o primeiro a exigir mera fumaça, e o segundo, prova inequívoca. Bastará que o juiz esteja suficientemente convencido da existência de um direito a ser protegido judicialmente, seja através de uma medida de conservação ou satisfação. (BARBOSA, 2011, p. 193-194).

motivos para distingui-las. As normas indicadas acima parecem ter finalidade meramente ilustrativa, sem aplicabilidade prática ou força normativa.” (MACHADO, 2011, p. 247).

⁴⁵ Art. 283, do PL 8.046/2010: Para a concessão da tutela de urgência, serão exigidos elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

No mesmo viés:

Essa distinção desaparece no PLNCPC, que igualará o grau de probabilidade de o direito existir para a concessão de qualquer espécie de tutela de urgência, independentemente de sua natureza. Nesse sentido o art. 276, ao prever que a tutela de urgência será concedida quando forem demonstrados elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação. (NEVES, 2012, p. 1153).⁴⁶

O Projeto privilegia como critério, para escolha da medida, a análise da situação concreta levada a juízo, de modo a deferir a providência (cautelar ou antecipatória) que melhor garanta a efetividade do processo, conforme se observa na redação do art. 270, CPC: “O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.”

Apresentada a situação de risco pela parte autora e requerida à medida de urgência, à luz do caso concreto, o juiz pode definir aquela que seria mais adequada a proteger o direito da parte, mesmo que diversa da pleiteada inicialmente.

Essa possibilidade de adaptar o pedido da parte, no CPC vigente, apenas existia no processo cautelar, com base no art. 789, CPC. Com o projeto, será possível deferir medida diversa, desde que pleiteada inicialmente à proteção do judiciário, em caso de antecipação de tutela ou medida assecuratória:

Assim, o que espera o Projeto é que o magistrado, a depender da necessidade concreta de proteção manifestada pelo direito material, defira a medida capaz de atender a tal necessidade, independentemente da via eleita pela parte para a obtenção da providência jurisdicional ou mesmo da própria providência postulada, de assecuração, em sendo o caso de providência satisfativa e, ao revés, de satisfação, em se fazendo mister medida acautelatória, instrumental. É dizer, se o direito deve ter resguardada a possibilidade de sua realização futura, independentemente de ter sido postulada nominalmente tutela antecipada, deve o juiz conceder a tutela antecipada no lugar da cautelar. (BARBOSA, 2011, p. 246)

Disso decorre uma clara ampliação dos poderes do juiz que deverá proteger a situação de risco trazida a juízo com a medida judicial (cautelar ou satisfativa) mais adequada.

Por fim, cumpre tecer alguns comentários sobre a questão da fungibilidade. Conforme mencionado no Capítulo 3, muito se discutiu sobre a fungibilidade na via de mão

⁴⁶ Nota-se que na citação à referência ao art. 276, PLNCPC, visto que o texto foi redigido antes das reformas inseridas pelo relatório final no Senado Federal. Com as mudanças, o art. 283, PLNCPC passou a tratar do assunto, mantendo, praticamente, a mesma redação do antigo 276, já que os pressupostos da medida de urgência não sofreram modificações.

única ou mão dupla. O principal fundamento para não permitir na via de mão dupla era a expressa previsão legal do art. 273, §7º, CPC cumulada com a existência de uma maior cognição, ainda que também sumária, para a concessão da tutela antecipada.

Com o estabelecimento dos mesmos requisitos segundo disposição do art. 283, a discussão tende a ser resolvida:

Ao unificar os requisitos exigidos para a concessão das medidas de urgência em geral, o Projeto radicaliza a fungibilidade, que, não há mais dúvidas, passa a poder operar em duplo sentido e não mais apenas em mão única, como autoriza a redação do §7º do art. 273 do CPC atual. (BARBOSA, 2011, p. 246)

Pela ausência de critérios diversos para a concessão das medidas de urgência, a fungibilidade opera-se em via de mão dupla, já que não se falará mais em diferença de grau de cognição sumária.

Afinal, conforme já mencionado, de acordo com art. 270 do Projeto, o juiz concederá à medida suficiente para proteger a situação em análise. Caso o autor pleiteie uma medida cautelar e o juiz entende pela necessidade de conceder a antecipação de tutela, assim deferirá a providência e vice-versa.

Fixadas essas premissas básicas relacionadas à interpretação do Projeto, cumpre analisar a extensão dos conceitos jurídicos indeterminados que configuram tais pressupostos, apontando as propostas e divergências apresentadas pela doutrina.

Segundo Sampaio Júnior (2011, p. 60), a “plausividade do direito” apresenta um grau menor de cognição, o que ameniza o rigor do sentido da prova inequívoca que conduzia a verossimilhança da alegação.

De fato, a ausência da expressa menção a uma necessidade de prova, parece conduzir a uma flexibilização do requisito para a concessão da tutela antecipada, visualizando-se um grau de cognição menor, que o aproxima do *fumus boni iuris*, típico da tutela cautelar⁴⁷, facilitando, assim, a concessão das medidas satisfativas:

Sendo assim, o novo CPC, se aprovado como consta no Anteprojeto, facilitará a concessão das medidas de urgência de caráter satisfativo. Isso porque ao contrário do atual diploma processual, a mera existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* autorizará o juiz a deferir essas medidas que hoje necessitam de requisitos

⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrine (2009, p. 113) em parecer denominado “Contraditório e Prova Inequívoca para Fins de Antecipação de Tutela”, considera plausividade do direito como sinônimo de *fumus boni iuris*, no mesmo sentido da interpretação supramencionada: “Mais ainda: pelas razões, antecipação de tutela não se contenta com a mera plausividade do direito – expresso na fórmula *fumus boni iuris* – que é suficiente para a tutela cautelar (duplamente instrumental); exige, pois, “prova inequívoca” das alegações em que fundado o demandante (CPC, art. 273, caput).”

mais densos como a verossimilhança, a prova inequívoca e o risco de dano irreparável ou de difícil reparação. (SANSANA; NOGARA, 2011)

Ainda que compreenda como louvável a flexibilização do pressuposto da prova inequívoca, Sampaio Júnior (2011, p. 60) afirma que o legislador não deveria ter se utilizado de expressões iguais para definir os pressupostos das medidas de urgência, pois para antecipar deve-se exigir, necessariamente, uma prova do direito alegado, enquanto para acautelar basta que as alegações da parte conduzam a um juízo de probabilidade:

Atualmente, em que pese o rigor das expressões utilizadas para seu deferimento, como veremos, também andou bem o legislador em amenizar o rigor do sentido da prova inequívoca que conduza a verossimilhança das alegações, mas, ao trazer a expressão plausibilidade do direito com o intuito de abarcar tanto a tutela cautelar quanto a tutela satisfativa, não se houve bem, pois na prática sabemos que para a primeira não se exige prova latente do alegado direito violado ou ameaçado e, já para a tutela satisfativa, em que pese a cognição sumária, temos justamente o contrário, logo isso não pode ser desconsiderado pelo legislador, como infelizmente está sendo.

São pertinentes as afirmações do autor diante do regramento processual previsto no CPC vigente, em que há clara alusão à prova inequívoca não admite a tutela antecipada, com base no art. 273, CPC, sem uma prova que conduza a um alto grau de convencimento do magistrado.

No entanto, conforme já salientado acima, a opção legislativa, até o presente momento, foi pela unificação dos requisitos em adesão a corrente doutrinário que visualiza no grau de cognição sumária maior ou menor um critério de distinção fraco.

Muitas vezes, na ordem processual vigente, é difícil definir com precisão os limites entre a configuração dos requisitos da tutela antecipada e da tutela cautelar, ficando a critério do juiz, à luz dos conceitos jurídicos indeterminados e da necessidade do caso concreto, aduzir qual medida devia ser concedida nos casos em se visualizava a hipótese de fungibilidade do art. 273, §7º, CPC.

A adoção do projeto, pela semelhança dos requisitos, ainda que questionável, por serem ontologicamente distintas as medidas de urgência, percebe tais dificuldades e busca critérios que atendam as mais diversas situações.

A medida, ainda que cautelar, pode ser extremamente gravosa, como já demonstrou Dinamarco em lições reproduzidas no Capítulo 3. De acordo com o grau de ofensividade à outra parte, a partir do caso concreto e do direito material em análise, deve o magistrado se convencer que a plausibilidade do direito demonstrada permite à concessão da

medida satisfativa ou cautelar, sempre lembrado que há a possibilidade de reversibilidade do provimento, bem como de imposição de caução.

Essa interpretação quanto ao grau de ofensividade parece mais adequada diante da similitude dos requisitos impostos. Ainda que não prevista em lei, pode ser utilizada pelos magistrados, bem como foi bem aceita por parcela da doutrina ainda na vigência do CPC:

De fato, e completando o pensamento de Dinamarco, parece correto afirmar que quanto maior o impacto gerado pela antecipação na esfera jurídica dos destinatários do provimento – notadamente do demandado – tanto maior o cuidado na colheita dos elementos formadores da convicção, ainda que (e exatamente por ser) provisória. (GRINOVER, 2009, p. 116)

Quanto ao segundo requisito previsto, relacionado ao risco de dano irreparável ou de difícil reparação, Marinoni (2010, p. 107) expõe algumas críticas, defendendo um apuro teórico na diferenciação da tutela cautelar e da tutela antecipada com base nesse pressuposto:

O risco de dano irreparável ou de difícil reparação constitui tecnicamente requisito para a concessão da tutela cautelar. Acautela-se de um dano irreparável ou de difícil reparação que pode atingir o direito à tutela reparatória. Esta proteção tem que durar enquanto durar o perigo de dano, enquanto durar o perigo de infrutuosidade da tutela jurisdicional do direito. É temporária. De outro lado, a tutela antecipatória é devida quando não se pode esperar, ou melhor, quando existe um perigo na demora da prestação jurisdicional (*periculum in mora*). Com ela, combate-se o perigo na tardança do provimento. Quando não se pode esperar, o único remédio é antecipar-se. De nada adianta cautela. A tutela é antecipada e será substituída por outra final. Constitui proteção provisória, destinada a ser substituída por outra definitiva. Se o Projeto tivesse realizado esta distinção basilar, teríamos logrado distinguir tutela cautelar e tutela antecipatória. Haveria aí evidente apuro teórico. Mas não é só. Se o Projeto houvesse logrado falar em perigo da demora e em perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, teria proporcionado abertura suficiente para construção de tutelas contra o ilícito. Isto porque, quando se fala em perigo na demora ou perigo de ineficácia do provimento final – expressões rigorosamente sinônimas –, quer-se evidenciar que, caso a tutela jurisdicional não seja concedida imediatamente, pode ocorrer, continuar ocorrendo ou novamente ocorrer um ilícito ou um dano. Note-se que estas expressões não aludem nem à categoria do ilícito nem à categoria do dano – e justamente nesta abertura é que reside a virtude no plano do direito material. É gravíssima a sua omissão neste particular, dado que os novos direitos, característicos do Estado Constitucional, requerem de um modo geral tutela inibitória contra o ilícito, independentemente da ocorrência de qualquer espécie de dano, como de há muito alertamos.

A redação do dispositivo poderia ter distinguido tutela cautelar e tutela antecipada ao condicionar aquela ao risco de dano irreparável e de difícil reparação e esta ao perigo da

demora da prestação jurisdicional, com a finalidade de construir fundamentos para a tutela inibitória⁴⁸.

A tutela inibitória visa irradiar efeitos para frente, protegendo contra um perigo de ilícito e não contra um dano já ocorrido. Como o art. 283 do PL 8.046/2010 abarca apenas o risco de dano, não estaria abrangida a proteção do ilícito através de uma tutela preventiva:

Trata-se de tutela destinada a operar para frente, a irradiar efeitos para futuro. Essencialmente prospectiva, pois. Não se trata de modalidade de tutela contra o dano, tutela de repressão, mas de prevenção. Por conseguinte, de acordo com os mencionados autores, ao referir-se o dispositivo ao risco de dano tão somente, não teria contemplado a tutela inibitória, providência destinada a combater o perigo de ilícito e não de dano. (BARBOSA, 2011, p. 248).

Utilizando-se da expressão perigo da demora, seria possível evidenciar que o dano ou ilícito pode ocorrer ou continuar ocorrendo. Em caso de se conter a prática ou a continuação de um ilícito, ter-se-ia a proteção inibitória, com clara previsão no texto legal. Com base nisso, Marinoni (2010, p. 107) defende a seguinte redação para o dispositivo, com expressa menção “ao perigo na demora da prestação jurisdicional ou o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação”:

Art. 283, CPC: O juiz poderá prestar tutelas de urgência sempre que houver elementos que evidenciem a verossimilhança do direito e, conforme, o caso, o perigo na demora da prestação jurisdicional ou o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

Também questionando a falta de expressa previsão da tutela inibitória, apesar do art. 5º, XXXV, CF discorrer sobre a tutela preventiva, eis as lições de Sampaio Júnior (2011, p. 66-67):

O legislador processual, com tal ausência, injustificável no nosso sentir, parece não fazer qualquer distinção entre o dano e o ilícito, em total desconformidade com o art. 5º, inciso XXXV, de nossa Constituição, a qual é clara em assegurar ao indivíduo, na linha da teoria da tutela de direitos via processual que seguimos, o direito à tutela preventiva, ou seja, mesmo que não ocorra lesão efetiva a um suposto direito, deve o Poder Judiciário assegurar ao cidadão a proteção a uma ameaça de lesão a direito, ou seja, há de existir técnicas processuais a serem utilizadas pelo juiz para inibir essa ação ou omissão que esteja colocando em risco em direito das pessoas e isso infelizmente não foi previsto no anteprojeto e é simplesmente lamentável.

Em sentido contrário, compreendendo a crítica como exagerada, Barbosa (2011, p. 249) entende que não é necessário a expressa previsão legal para que uma tutela

⁴⁸ A tutela inibitória se destina a impedir a violação de um direito. Mais precisamente, ela pode se voltar a impedir a prática de ato contrário ao direito, ou mesmo a sua repetição ou continuação. (MARINONI, ARENHART, 2010, p. 71).

jurisdicional possa ser prestada. A garantia da inafastabilidade do Poder Judiciário impõe ao magistrado o dever de analisar o caso concreto e deferir a proteção correta para cada direito afirmado:

É dever do juiz prover de acordo com as necessidades específicas do direito afirmado como violado ou ameaçado, independentemente da existência, no sistema processual de ação típica predisposta à sua tutela. A ação não tem sobrenome. É a garantia genérica de proteção dos direitos. [...] A inafastabilidade do controle jurisdicional ou do acesso à justiça impõe ao magistrado delinear para cada caso concreto posto à sua análise um devido processo legal afeito às necessidades específicas, concretas de proteção de cada direito afirmado.

Apesar da posição em contrário, com respaldo na possibilidade do magistrado deferir a tutela necessária à proteção do direito, não se pode negar que a previsão da tutela inibitória no dispositivo estaria em sintonia com a Constituição Federal, com a inegável menção a proteção em caso de prática ou continuação de ilícitos.

Adotando-se a proposta de Marinoni supramencionada, a discussão terminaria com a proteção à ameaça de lesão abarcada claramente pelo dispositivo, caso configurado os pressupostos. No entanto, ainda que a alteração não seja realizada nos moldes preconizados pelo referido autor, de forma alguma, autoriza-se a inexistência de proteção aos casos de ameaça de lesão, tendo em vista previsão constitucional do art. 5º, XXXV, CF.

5.3.3 Tutelas da Evidência

O conceito de direito evidente foi bem desenvolvido por Didier Jr (apud SANSANA; NOGARA, 2011). Vejamos:

A evidência é uma situação processual em que determinados direitos se apresentam em juízo com mais facilidade do que outros. Há direitos que têm um substrato fático cuja prova pode ser feita facilmente. Esses direitos, cuja prova é mais fácil, são chamados de direitos evidentes, e por serem evidentes merecem tratamento diferenciado.

Compreendendo a situação de evidência como merecedora de tratamento diferenciado, o novo CPC prevê a Tutela de Evidência, a qual encontra fundamento em um direito facilmente comprovado. Eis as hipóteses previstas no art. 278 do PL 8.046/2010:

Art. 278. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação, quando:

- I - ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido;
- II - um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva;

III - a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; ou
 IV - a matéria for unicamente de direito e houver tese firmada em julgamento de recursos repetitivos, em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em súmula vinculante.

Analisando tais previsões, observa-se que os incisos I, III e IV são situações em que a defesa do réu mostrou-se inconsistente (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 109). Aliando-se a ausência de defesa suficiente do réu, tem-se à probabilidade do direito do autor, que, em sede de cognição sumária, possibilita a inversão do ônus do tempo e a concessão da tutela:

Todas as hipóteses arroladas no art. 278, com exceção daquela prevista em seu inc. II, podem ser sintetizadas como defesa patente ou previsivelmente inconsistente. Assim, aliada a inconsistência da defesa do réu (real ou presumida) à probabilidade da existência do direito do autor, não há razão para se aguardar o desfecho do procedimento em contraditório, para só então outorgar-se tutela à parte que provavelmente se sagrará vencedora no final. É preciso fazer recair sobre o litigante que aparenta não ter razão o peso do tempo do processo. Daí a inversão de ônus que a antecipação de tutela produz. (BARBOSA, 2011, p. 251)

Defere-se, assim, a tutela de evidência para aquele que provavelmente será vencedor diante da evidência do seu direito. A única exceção, que não pode ser visualizada como defesa inconsistente corresponde ao inciso II. Nessa disposição, encontra-se a hipótese de parte do pedido incontroverso, antiga previsão do art. 273, §6º, CPC, que também se diferencia por caracterizar uma decisão definitiva, de cognição exauriente.⁴⁹

Através de tais tutelas, o Projeto procura dividir o ônus do tempo entre as partes de forma paritária, independentemente do requisito urgência. Tem como critério para reparti-lo “a maior ou menor evidência da posição jurídica sustentada pela parte.” (MARINONI, MITIDIERO, 2010, p. 106).

A partir dos tópicos seguintes, passar-se-á a analisar cada uma dos pressupostos da tutela de evidência.

5.3.3.1 Abuso do Direito de Defesa e Manifesto Propósito Protelatório do Requerido

⁴⁹ “No art. 285 do Projeto disciplinam-se tutelas de cognição sumária e de cognição exauriente. Constituem hipóteses de tutelas fundadas em cognição sumária aquelas indicadas nos incisos I, III e IV; hipótese fundada em cognição exauriente, a do inciso II.” (MARINONI, MITIDIERO, 2010, p. 108). (O comentário dos autores utiliza-se do art. 285 do Projeto ao invés do art. 278, CPC por ser referente ao PL 166/10. Ainda que a disposição em discussão agora esteja no art. 278 na essência corresponde a anteriormente prevista no art. 285, por isso a colocação em relação à cognição continua válida e merece reprodução neste trabalho.)

Observa-se que o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do requerido, antes entendido como antecipação de tutela, agora é visualizado como tutelas da evidência. Não se trata, portanto, de novidade, já que o art. 278, I reproduz o disposto no art. 273, II, CPC vigente.

Merece repetição neste momento do trabalho todo o conteúdo disposto no Capítulo 2 em referência ao abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório do réu para onde o leitor deve voltar, a fim de compreender as definições e aplicações referentes a essa previsão.

A decisão que veiculará a concessão da tutela de evidência, com fundamento no art. 278, I, CPC, continua sendo considerada, pela maioria da doutrina, como provisória. Deve-se, portanto, prosseguir o processo, com a concessão ou não da medida, até a sentença.

Apesar de não haver menção a uma decisão definitiva como ocorre, expressamente na hipótese do inciso II, Sampaio Júnior defende que, a depender do caso concreto o juiz pode, por economia processual, decidir a lide, encerrando o processo nas situações de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu:

Acreditamos que somente as particularidades de cada caso vão poder definir essa situação, pois, dependendo da intensidade das argumentações defensivas que se amoldem ao caso de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório, poderá o juiz, por economia processual, questionar o demandado sobre as provas que tem para produzir especificadamente em cima de sua própria contestação e aí, dependendo da resposta, decidir se a decisão será meramente antecipatória dos efeitos práticos ou satisfativa, juridicamente falando, encerrando o processo por economia processual e sem desrespeito ao contraditório e a ampla defesa.

Para esse autor, a natureza jurídica da decisão que concede a tutela de evidência com base no art. 278, I do Projeto não estaria definida. Dependendo do caso, seria possível concluir a lide neste momento processual, desde que o réu seja questionado sobre as provas que pretende produzir. Caso não as apresente ou o juiz considere-as manifestadamente protelatórias, poderá julgar desde logo a lide a favor do requerente.

Desde que respeitado o contraditório como bem expõe o doutrinador, defender a tese acima parece coerente com os princípios regentes do Direito Processual Civil, já que poderia contribuir para a duração razoável do processo e a redução da morosidade, evitando a continuação de um processo que culminará com a repetição na sentença da decisão interlocutória antecipatória anteriormente proferida.

Ocorre que, atualmente, o aplicador da norma se utiliza muito pouco das multas de litigância de má-fé e da tutela sancionatória. Nem mesmo quando presentes os requisitos há a utilização do mecanismo processual vigente:

Não há sentido em manter-se o autor distante do aproveitamento fático do bem da vida pretendido se o réu não tem razões sérias para se defender, aproveitando-se do princípio da ampla defesa para arrastar o processo por tempo indefinido ou ainda atua com má-fé e deslealdade processual e material para que o processo demore ainda mais do que deve demorar. A constatação da pouca utilização dessa espécie de tutela antecipada na prática é uma tendência da timidez com que os juízes aplicam as sanções processuais previstas no ordenamento jurídico. É uma pena, ainda mais se considerando que a crise ética que o avassala nosso país também se encontra no dia-a-dia forense, de forma a ser imperioso um maior controle e respeito aos princípios da boa-fé e lealdade processual. (NEVES, 2006)

Com base nisso, surge uma preocupação constante nesta nova ordem processual civil que surge: Será que a mudança da lei é suficiente? Faz-se necessário uma mudança na mentalidade? As novas normas serão efetivamente utilizadas?

É preciso sim uma alteração na mentalidade dos aplicadores do direito, sob pena das reformas restarem infrutíferas. A maior prova disso é o próprio código vigente que apresenta diversos mecanismos de proteção da lealdade processual, mas que não são utilizados com frequência pelos sujeitos do processo.

5.3.3.2 Parcela incontroversa do pedido

No capítulo 2, muito se debateu sobre a natureza jurídica da antecipação de tutela com base no pedido incontroverso. Concluiu-se pela impossibilidade de entendê-la como resolução parcial de mérito ou julgamento parcial da lide em virtude da escolha do legislador, que optou por inseri-la no art. 273, CPC, sujeitando-a a todo regramento da tutela antecipada, qual seja: provisoriedade, revogabilidade e execução provisória.

A respeito dessa temática, o PL 8.046/2010 traz novidades. Ainda que coloque a previsão como tutela de evidência, sujeita-a ao julgamento definitivo com base em cognição exauriente, possibilitando a formação de coisa julgada material e a cisão parcial do mérito. Quebra-se, definitivamente, com o dogma da unidade do julgamento de mérito.

Em geral, as tutelas de urgência e de evidência não são aptas a formar coisa julgada, pois se baseiam em cognição sumária. Com novo CPC, elas terão mais estabilidade, mas não serão tratadas, em regra, como coisa julgada (ALVIM, 2010, p. 30). A exceção a esta

regra, encontra-se estampada no art. 285, II, do Projeto, por ser exatamente o que trata do deferimento da tutela de evidência com fundamento no pedido incontroverso⁵⁰.

Entender essa previsão como resolução parcial de mérito revela-se como a mais correta, pois se trata de tutela fundada em cognição exauriente.

Críticas, no entanto, ainda são feitas em relação ao art. 278, II, CPC, apesar do atendimento aos reclames doutrinários pela natureza de decisão definitiva. O legislador, mais uma vez, equivocou-se quanto ao título e capítulo em que deveria está prevista semelhante hipótese, uma vez que seria mais acertado discipliná-la dentro das previsões de julgamento imediato do pedido (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 108).

De acordo com o Projeto, sentença corresponde à decisão que põe fim a fase cognitiva do procedimento comum ou extingue a execução, enquanto decisão interlocutória, em caráter residual, seria todo pronunciamento judicial decisória que não se enquadre no conceito de sentença.

Com supedâneo nesses conceitos, resta patente que a decisão que resolve pela concessão da tutela de evidência com base no art. 278, II será considerada decisão interlocutória, ainda que decida definitivamente parcela do pedido, já que não encerra a atividade cognitiva do juiz:

Em vigor o novo Código de Processo Civil, não haverá dúvidas: a decisão que julgar parte incontroversa do mérito da causa será definitiva e, ademais, por não implicar o encerramento da atividade cognitiva em primeiro grau de jurisdição, não ostentará natureza de sentença, mas de interlocutória de mérito, a desafiar o recurso agravo de instrumento. (BARBOSA, 2011)

Insta, neste momento, destacar que o Projeto reduz as hipóteses em que seria possível a interposição de agravo,⁵¹ instituindo um sistema semelhante ao da Justiça do Trabalho em que, em regra, prevalece a irrecorribilidade das decisões interlocutórias. No entanto, ainda que com o papel mais reduzido, uma das situações em que é possível interpor

⁵⁰ Art. 285, II, Projeto do Novo CPC: Será dispensada a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação quando: II - um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva.

⁵¹ “De acordo com o texto do Projeto, o agravo de instrumento subsistirá, mas seu cabimento será restrito às decisões interlocutórias expressamente previstas na lei, onde se inserem aquelas que digam respeito a matérias relacionadas com tutela de urgência e de evidência; as decisões interlocutórias de mérito; as proferidas na fase de cumprimento de sentença e na execução. As demais questões, decididas por interlocutórias, não serão objeto de preclusão, e haverá de ser alegadas, para fins de devolução ao Tribunal, ao ensejo da interposição do recurso de apelação. Diante disso, foi abolida pelo PLS 166/2010 a modalidade de agravo retido nos autos.” (ALVIM, 2010, p. 314-315).

tal recurso, corresponde ao caso em análise, em se tratando de concessão ou denegação de tutela de urgência ou de evidência.⁵²

Assim, não resta mais dúvidas sobre o recurso cabível na hipótese do art. 278, II do Projeto. Com se trata de tutela de evidência, deve-se utilizar do agravo de instrumento. Parte da argumentação de Carneiro (2005, p. 66), que entendia pela impossibilidade de recorrer por tal meio de uma decisão fundada em cognição exauriente conforme já mencionado no Capítulo II, também perde o sentido. Agora, o agravo de instrumento comportará a sustentação oral⁵³, ampliando-se o contraditório neste recurso, bem como o recurso de apelação, assim como o agravo, não terá, automaticamente, efeito suspensivo.

5.3.3.3 Inicial instruída com prova documental irrefutável

O inciso III do art. 278 do Projeto faz referência a uma tutela de evidência inédita, pois não havia semelhante previsão no art. 273, CPC. Permite-se a concessão quando houver no processo prova documental forte, contra a qual o réu não oponha prova inequívoca.

Com a previsão da “prova documental”, o Projeto cria uma tutela de evidência que se aproxima bastante do direito líquido e certo típico do Mandado de Segurança, no qual a concessão fica condicionada à prova documental pré-constituída do direito alegado, já que não é possível a instrução probatória. Nesse sentido:

A prova documental irrefutável só pode ser compreendida com o mesmo rigor que se trata o chamado direito líquido e certo, requisito à concessão do mandado de segurança. Realmente, a prova documental irrefutável tem que revelar o direito líquido e certo de quem a está a invocar. E, sabidamente, direito líquido e certo não é aquele que possui complexidade jurídica menor, mas sim aquele que está acobertado por prova documental pré-constituída. Em outras palavras, o autor consegue provar o que alega por meio de prova documental, e sem necessidade de dilação probatória. (NOGUEIRA, 2011)

A diferença seria que, para a tutela de evidência, deve-se sempre oportunizar, inicialmente, a defesa do réu (ARAÚJO, 2012, p. 215), que poderá opor prova inequívoca.⁵⁴

⁵² Art. 271, PLNCPC: Na decisão que conceder ou negar a tutela de urgência ou a tutela de evidência, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. Parágrafo único: a decisão será impugnável por sentença.

⁵³ Art. 892, V, PLNCPC: Na sessão de julgamento, depois da exposição da causa pelo do relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente ou ao recorrido, pelo prazo improrrogável de quinze minutos para cada um, a fim de sustentarem as razões nas seguintes hipóteses: V – no agravo de instrumento de decisões interlocutórias sobre tutelas de urgência e de evidência.

⁵⁴ Em sentido contrário, o pensamento de Nogueira (2011): “[...] pode ocorrer que o réu já tenha exposto os seus argumentos e provas, por meio de notificação judicial ou extrajudicial, anterior ao próprio ajuizamento da ação, e

Comentando tais requisitos, a doutrina assim compreende:

São os dois elementos necessários para a sua configuração: (1) a prova documental idônea a evidenciar os fatos constitutivos do direito do autor (2) contra a qual o réu não tenha oposto outra prova documental também idônea da insubsistência do fato constitutivo ou da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. A caracterização desse provimento como sumário reside na evidência de que a prova documental poderá ceder, na instrução exaustiva, a outras provas não documentais produzidas pelo réu e suficientes para afastar a convicção judicial anteriormente formada. (ARAÚJO, 2012, p. 215)

Na interpretação desse autor, a tutela deve ser concedida se a prova documental do autor evidenciar os fatos constitutivos do direito do autor e o réu não opor prova documental idônea que torne insubsistente o direito do autor. Ou seja, a prova inequívoca em referência no dispositivo somente poderia ser documental, oposta pelo réu no momento da contestação. A cognição sumária restaria caracterizada pela possibilidade de produção de prova não documental no decorrer da instrução probatória que poderia levar a modificação da convicção do julgador, alterando a solução da demanda.

Por esse entendimento, tem-se a necessidade do réu, caso não oponha prova documental idônea, pleitear sempre a produção de outros meios de provas, pois, caso contrário, a cognição será exauriente. Ter-se-ia o julgamento antecipado da lide, sem instrução probatória, a favor do requerente, que produziu prova documental forte, contra a qual o réu não apresentou defesa suficiente.

No entanto, ao fazer uma comparação com os requisitos do art. 273, CPC, observa-se que dessa vez a expressa menção a prova documental do requerente, não servindo qualquer outro meio de prova. Já o requerido pode opor uma prova inequívoca que não seja necessariamente documental, pois não há tal delimitação no dispositivo.

Assim, a oposição de uma prova diversa da documental pode ser considerada inequívoca pelo juiz e conduzir ao indeferimento da tutela de evidência e ao prosseguimento do feito rumo à instrução probatória.

A análise desses pressupostos foi enfrentada por Marinoni e Mitidiero (2010, p. 109), ainda antes da revisão pelo Senado, por isso a referência a artigos diversos. Eis seus ensinamentos:

Para que a hipótese do inciso III do art. 285 tenha sentido dentro do sistema, ela deve ser compreendida como hipótese de tutela de cognição sumária em que há prova inequívoca do direito do autor, mas ainda não suficiente para um julgamento

de tal forma a facilitar a conclusão do magistrado de que lhe falta prova inequívoca. Ou seja, o Juiz percebe que o autor traz prova documental irrefutável, contra a qual ele já pode deduzir que o réu não tem prova inequívoca.”

de procedência sem indevida compressão do direito de defesa do réu. Nessa perspectiva, aliás, o adjetivo irrefutável parece demasiado. Se entendermos o caso do art. 285, III, como hipótese de tutela de cognição exauriente, então não há como distingui-la daquela prevista no art. 353, I – nada representaria senão caso em que é necessária a instrução da causa por prova diversa da documental.

Portanto, a prova documental irrefutável apresentada pelo autor, assim como a prova inequívoca mencionada no art. 273, CPC, levaria a um alto grau de convencimento, mas não suficiente para o julgamento final pela procedência, pois ainda haveria a possibilidade da convicção do julgador ser modificado pela defesa do réu.

De fato, caso houvesse juízo de certeza, sem necessidade de mais provas, encerrando-se o exercício do direito de defesa, não seria o caso de tutela de evidência, mas de julgamento antecipado da lide nos termos do art. 341, I do Projeto, que assim destaca: “Art. 341. O juiz conhecerá de imediato do pedido, proferindo sentença com resolução de mérito: I - quando a questão de mérito for unicamente de direito ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência.”

Mais uma vez Sampaio Júnior (2011, p. 64-65) argumenta que, nesses casos, será possível o juiz definir o resultado da lide desde que oportunize o contraditório e a ampla defesa, com fundamento na celeridade, na razoável duração do processo e na economia processual. Para o autor, nada adianta seguir formalmente com o processo, se o réu não irá se desincumbir do ônus de refutar a prova apresentada pelo autor.

Nesse caso, reitera-se, ter-se-ia o julgamento antecipado da lide e não apenas a concessão da tutela sumária de evidência.

5.3.3.4 Matéria de direito e jurisprudência consolidada

O Poder Judiciário enfrenta, diariamente, diversas ações repetitivas que atravancam o sistema processual e contribuem para a morosidade. Nesse contexto, nota-se que não é possível exigir do magistrado um “trabalho de artesão” ao enfrentar a grande quantidade de casos com objetos semelhantes. (ALVIM, 2011, p. 311).

Faz-se necessário instituir mecanismos que facilitem a análise dessas ações, diminuindo a quantidade de trabalho, bem como evitando decisões conflitantes.

O sistema *common law*, de origem anglo-saxônica, pode ser um instrumento de combate do problema da justiça de massa. Encontra-se presente na legislação brasileira através de algumas normas que demonstram a clara valorização do precedente judicial. A

previsão constitucional da súmula vinculante e o art. 285 – A (improcedência *prima facie*) exemplificam situações previstas em lei em que a força da *ratio decidendi* anterior encontra-se presente.

Partindo dessas premissas, sob a influência do *commow low*, o Projeto estabelece mecanismos para solucionar o problema da justiça de massa. Embora a grande novidade do Novo CPC corresponda ao Incidente de Demandas Repetitivas⁵⁵, no âmbito da tutela de evidência, também existe um mecanismo de inversão do ônus do tempo na esteira do sistema anglo-saxônico.

Trata-se da previsão do inciso IV, que permite a concessão da medida nos casos em que a matéria for unicamente de direito e houver tese firmada em julgamento de recursos repetitivos, em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em súmula vinculante.

Também se caracteriza como um caso de defesa inconsistente. Embora não exija, diversamente dos incisos I e III, a participação do réu para suas configurações, já que é possível concluir liminarmente pela existência de casos repetitivos e súmula vinculante. (MARINONI, MITIDIERO, 2010, p. 109)

Inclusive, a doutrina defende que a concessão só pode ser liminarmente, pois se trata de matéria unicamente do direito. Caso já tenha ocorrido a resposta do réu, visualiza-se, na verdade, hipótese de julgamento antecipado de lide, tendo em vista a desnecessidade de produção de provas em audiência:

Note-se que a hipótese do inciso IV do art. 285 não pode ser compreendida como autorização para julgamento imediato do pedido. No inciso IV, a tutela só pode ser compreendida como de cognição sumária, porque, do contrário, não teríamos como distingui-la da clássica hipótese de julgamento imediato do pedido pela desnecessidade de prova diversa da documental (art. 353, I, Projeto). E, diga-se de passagem, só tem sentido se prestada liminarmente, na medida em que, depois de estabelecido o contraditório, se a matéria é apenas de direito, cumpre ao juiz julgar imediatamente o pedido. (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 109)

Já Araújo (2012, p. 216-217) defende que a concessão só pode ser após a oitiva do réu. Haverá tutela de evidência quando o juiz, mesmo entendendo como matéria de direito, deferir o pedido de provas feito pelo réu, que compreende a matéria como uma questão de fato. Nessa situação, o juiz antecipará a tutela com base em cognição sumária, e não exauriente, uma vez que a produção de provas será realizada posteriormente:

⁵⁵ “De acordo com os dispositivos do Projeto, o incidente de demandas repetitivas é admissível sempre que identificada controvérsia potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes. (ALVIM, 2010, p. 310-311)

Só teremos tutela de evidência, verdadeiramente, quando o juiz, mesmo entendendo tratar-se de matéria de direito, deferir, em respeito ao contraditório, o pedido de provas feito pelo réu – que não reconhece a matéria como sendo somente de direito –, e, no mesmo instante, antecipar a pretensão inicial. Na hipótese, a cognição é sumária e não exaustiva. (ARAÚJO, 2012, p. 216).

Observam-se, assim, dois posicionamentos divergentes. Para alguns, a concessão apenas pode ocorrer liminarmente, já para outros é necessário sempre esperar a oitiva do réu.

O art. 10, parágrafo único do Projeto afirma que o juiz não pode decidir de ofício sobre fundamento que não tenha dado oportunidade de manifestação das partes, salvo nos casos de tutelas de urgência. Com base nisso, deve-se sim permitir, primeiramente, a oitiva da parte contrária antes de resolver sobre a tutela de evidência fundada no art. 278, IV do CPC, afinal, na tutela de evidência, não está presente o *periculum in mora*.

Caso não se requeira provas ou sendo estas eminentemente protelatórias, o juiz deve decidir desde logo a lide, aplicando o julgamento antecipado da lide.

Outra situação também ressaltada por Araújo (2012, p. 217) em que estaria presente a tutela de evidência, classificando-se a cognição como sumária, seria quando o réu traz questões inéditas, ainda não apreciadas no julgamento dos casos repetitivos. Nesse caso, o juiz pode conceder a tutela de evidência em caráter precário e prosseguir com o processo para analisar os fundamentos inéditos.

Trata-se, assim, de mais uma tutela de evidência que cumpre com a função de redistribuir o ônus do tempo no processo, permitindo a fruição imediata do direito por aquele que fundamenta a pretensão em questão já reiteradamente decidida pelos tribunais.

5.3.3.5 A tutela de evidência e a função de redistribuição do tempo no processo

Observa-se, de um modo geral, na tutela de evidência, a finalidade de redistribuir o ônus do tempo do processo, colocando-o para aquele que não comprovou, de plano, as suas alegações:

[...] podemos afirmar que a ideia dessa proteção diferenciada àquele que comprova de plano ter o direito afirmado é mais do que razoável e tem que ser prestigiada, pois o processo sempre deve assegurar que o ônus do tempo seja suportado por quem aparentemente não tem o melhor direito ou não tem direito algum, apesar de sua afirmação. (SAMPAIO JUNIOR, 2011, p. 66)

De fato, é uma proposta bastante razoável, que se devidamente aplicada pelos magistrados, poderá aumentar os índices de satisfação com a Justiça, bem como reduzir a

morosidade, pois a parte, que se desincumbiu do ônus da prova, poderá ver concretizado seu direito em menor tempo, ainda que de forma sumária.

No entanto, é imprescindível que todos os aplicadores do direito busquem entender os objetivos do novo CPC, e aprendam sobre os novos institutos para utilizá-los de forma correta:

Imprescindível, ainda, o engajamento de juízes, promotores, advogados, serventuários e do próprio Poder Público, de modo a se promover, como aponta a doutrina brasileira, uma espécie de mudança de mentalidade para melhor sintonizar os operadores do sistema processual com as ideias e objetivos que gravitam em torno do novo modelo processual que se busca implementar. (THEODORO JR, 2012, p. 57).

De fato, a mudança na lei não é suficiente, os instrumentos colocados à disposição dos operadores do direito devem ser utilizados na busca por uma maior efetividade do processo. Nada adianta a previsão legal de tantas tutelas de evidência, se estas não forem realmente instrumentos de distribuição do ônus do tempo quando presentes seus requisitos.

6 CONCLUSÃO

No CPC vigente, estão previstos os requisitos autorizadores da antecipação de tutela no art. 273, quais sejam: a) a prova inequívoca da verossimilhança da alegação somado ao perigo de dano irreparável ou de difícil reparação; b) a prova inequívoca da verossimilhança da alegação somado ao abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu; c) quando um dos pedidos ou parcela destes é incontroverso.

Desses pressupostos decorrem algumas discussões na doutrina, as quais se referem à fungibilidade, ao grau de cognição sumária da tutela antecipada e da cautelar e à natureza jurídica da decisão que resolve pela antecipação do pedido incontroverso.

Com o novo CPC, constata-se uma preocupação do legislador em resolver esses questionamentos, optando por solucionar tais divergências doutrinárias.

As cautelares e antecipatórias serão tratadas na Parte Geral do novo CPC, unificando-se o procedimento para a concessão dessas tutelas diferenciadas, as quais se dividiram em Tutelas de Urgência e Tutelas de Evidência.

As tutelas de urgência caracterizam-se pelo requisito urgência, configurando provimentos cautelares ou antecipatórios do mérito, já as tutelas de evidência passam a englobar hipóteses que antes constituíam tutelas antecipatórias desvinculadas da urgência, correspondendo aos casos de o abuso do direito de defesa ou de parcela do pedido incontroverso, além de outros previstos no Projeto.

Assim, a antecipação de tutela será mais bem estruturada com os pressupostos do art. 273, CPC divididos entre as tutelas de urgência e as tutelas de evidência.

Em relação à tutela de urgência, observa-se que não existe diferença entre os requisitos necessários a concessão de uma medida de urgência cautelar ou satisfativa, já que basta demonstrar a plausibilidade do direito e o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, cabendo ao juiz valorar qual medida é suficiente e necessária para proteger a efetividade do provimento final.

Como a fungibilidade é uma questão intrinsecamente ligada com os requisitos para o deferimento de medidas cautelares e antecipatórias, diante da semelhança desses, resta claro que passa a ser possível na via de mão dupla, cabendo ao juiz, analisando a situação de risco, deferir medida que seja adequada e necessária, ainda que seja pleiteada outra de natureza diversa.

Com o novo CPC, valorizar-se, ainda mais, a evidência do direito, já que, segundo a redação do Projeto, começa a existir quatro hipóteses legais que autorizam a antecipação

com base nesse fundamento. Além das duas já previstas no CPC de 1973, poderá ser concedida a tutela de evidência nos casos da inicial ser instruída com prova irrefutável ao qual o réu não tenha oposto prova inequívoca, bem como quando o direito estiver fundamentado em súmula vinculante, incidente de demandas repetitivas ou recursos repetitivos.

O Projeto visualiza na tutela de evidência com base na parte do pedido incontroverso verdadeira resolução parcial do mérito ao estabelecer a possibilidade de formar coisa julgada, considerando a decisão definitiva. No entanto, coloca tal situação como tutela de evidência e não como julgamento imediato do mérito.

A inversão do ônus do tempo no processo poderá ser um mecanismo de redução da morosidade, bem como de aumento da satisfação da população com a Justiça, tendo em vista a ampliação das situações de evidência do direito que autorizam a antecipação de tutela. No entanto, é preciso sempre ressaltar que a mudança da lei não é suficiente. Os instrumentos legais a disposição das partes e do juiz devem ser efetivamente utilizados na busca pela realização prática dos objetivos do novo CPC.

7 REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Ana Cecília Bezerra. O Modelo Cooperativo de Processo e o Projeto de Lei do Novo CPC. In: Branco, Janaína Soares Noletto Castelo (coord.). **O Projeto do Novo CPC: Estudos em Homenagem ao Prof. Hugo Machado Segundo**. Ceará: DIN.CE, 2012.
- ALVIM, Arruda. **Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Revista de Processo 191. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.
- ARAÚJO, José Aurélio. **Introdução ao Sistema de Tutelas Cognitivas Sumárias do Projeto do Novo Código de Processo Civil**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Revista de Processo 206. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.
- BARBOSA, Andrea Carla. **Direito em Expectativa: As Tutelas de Urgência e Evidência no Projeto de Novo Código de Processo Civil**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Revista de Processo 194. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BELLINETTI, Luiz Fernando. **Irreversibilidade do Provimento Antecipado**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.
- BERTOLDI, Marcelo M. **Tutela Antecipada, Abuso de Direito e Propósito Protelatório do Réu**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.
- BONFIM MARINS, Victor A. **Antecipação de Tutela e Tutela Cautelar**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Tutela Antecipada, Tutela Cautelar e Procedimentos Cautelares Específicos**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CAMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil Vol. 1**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da Antecipação de Tutela**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova Era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. São Paulo: Jus Podivm, 2009.
- DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVERIA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela**. São Paulo: JusPodivm, 2010.

DIDIER JR, Fredie. **Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo**. Disponível em: <http://www.academia.edu/225914/Teoria_do_Processo_e_Teoria_dos_Direitos>. Acesso em: 07.out.2012.

GRINOVER, Ada Pellegrine. Contraditório e “Prova Inequívoca” para fins de Antecipação de Tutela. In: **O processo: estudos e pareceres**. São Paulo: DPJ, 2009.

GUERRA, Marcelo Lima. **Estudos sobre o Processo Cautelar**. São Paulo: Malheiros, 1995.

LOPES, João Batista. **Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MACHADO, Marcelo Pacheco. **Simplificação, Autonomia e Estabilização das Tutelas de Urgência: Análise da proposta do Projeto de novo Código de Processo Civil**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo* 202. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo Cautelar**. VI. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutelas dos Direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação de Tutela**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC: críticas e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Saraiva, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tutela de Urgência e Efetividade do Direito**. Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/775/075/DLFE46624.pdf/Revista57Doutrina_pg_244a260.pdf> Acesso em: 08.10.2012.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Tutela Antecipatória Sancionatória**. Disponível em: <<http://www.professordanielneves.com.br/artigos/201011151814010.TAsancionatoria.pdf>> Acesso: 19. out.2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Método, 2012.

NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão. **O Projeto do Novo CPC e a Tutela de Evidência**. Disponível em: <http://www.valladao.com.br/o-projeto-do-novo-cpc-e-a-tutela-de-evidencia/>. Acesso em: 10.dez.2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais.** Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira\(6\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira(6)%20-%20formatado.pdf). Acesso em: 07.out.2012

PARENTONI, Leonardo Netto. **Brevíssimos Pensamentos sobre as Linhas Mestras do Novo Código de Processo Civil.** In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Revista de Processo 193. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Tutelas de Urgência: sistematização das liminares de acordo com o projeto de novo CPC.** São Paulo: Atlas S.A., 2011.

SANSANA, Maureen Cristina; NOGARA, Bruno Botto Portugal. **Expectativas trazidas pelo anteprojeto do novo Código De Processo Civil para o tratamento das tutelas de urgência. Jus Navigandi,** Teresina, ano 16, n. 2784, 14 fev.2011. Disponível em: <<http:jus.com.br/revista/texto/18476>>. Acesso em: 07.12.2012.

SARMENTO, Daniel. **Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.** Disponível em: <http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 08.10.2012.

THEODORO JR, HUMBERTO. **Curso de Direito Processual Civil.** V. 2. 41 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

THEODORO JR, HUMBERTO. **A Autonomia e a Estabilização da Tutela de Urgência no Projeto do CPC.** In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Revista de Processo 206. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

WATANARE, Kazuo. **A Cognição no Processo Civil.** São Paulo: dpj, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela.** São Paulo: Saraiva, 2005.