

VALESKA ZANZELUK

AS TUTELAS DE URGÊNCIA E A TUTELA COM BASE NA EVIDÊNCIA:

Análise jurídica do CPC de 1973 e do Projeto de Lei 8046/2010

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção de grau de Bacharel em Direito, no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Clayton de Albuquerque Maranhão.

CURITIBA
2014

Dedico o presente trabalho em memória de meu pai, e a todos que me forneceram
inspiração para prosseguir em meus sonhos.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço às pessoas que me inspiraram de uma forma única. Àquelas cuja simples presença, ainda que rápida em muitos momentos, me fez discernir que alguns poucos instantes ao lado delas poderiam virar eternos na memória e no coração. Indivíduos cuja força me fez ver que eu poderia, sim, ir além, e que eu deveria ousar mais. Àquelas pessoas que simplesmente, e sem aviso prévio, chegaram e me disseram a verdade de que a minha própria verdade estaria distorcida. Palavras não as definem, porque o sentimento que elas causam, não encontra definições vernáculas. Causa-me até certa tristeza em ter apenas essa efêmera existência para contemplá-las em sua sabedoria. Agradeço por conseguirem com um simples sorriso ou abraço retirarem toda e qualquer sensação de tristeza, me alegrarem a alma e me proverem de novas esperanças, mesmo diante de inúmeras dificuldades, tornando mais suave e humano um caminho que poderia ser apenas de adversidades. Meu agradecimento, admiração e estima são inabaláveis por essas pessoas.

Agradeço também ao meu orientador, o Professor Clayton de Albuquerque Maranhão, que me forneceu forte inspiração para estudar o tema abordado neste presente trabalho, além de prontamente aceitar meu convite para orientação na monografia e, além disso, ser um grande mestre, digno de admiração e respeito.

Também sou grata à minha mãe, pelo tempo dedicado, paciência, companhia e amor.

Agradeço a Deus por ter conseguido ingressar no curso de Direito da Universidade Federal do Paraná e por conseguido cumprir com meus deveres.

Finalmente, meu agradecimento se direciona a cada um que fez parte dessa caminhada, guardarei os momentos vividos para sempre em meu coração. Muito obrigada!

Todas as vitórias ocultam uma abdicação.

Simone de Beauvoir

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é a análise jurídica dos institutos da antecipação de tutela e da medida cautelar, espécies do gênero tutelas de urgência, presente Código de Processo Civil, cuja publicação data do ano de 1973. Tais institutos ganharam força e foram sendo aperfeiçoados, à medida da necessidade de sua utilização em uma sociedade mais consciente de seus direitos. Há, ainda, considerações acerca da aplicação art. 330 do atual CPC, artigo esse que trata do julgamento antecipado da lide, cuja aplicação não é tão massiva como era no momento da publicação do CPC de 1973. Também é feita uma análise no que tange às tutelas de urgência no Anteprojeto do Novo Código de Processo civil. O novo CPC excluirá o Livro de processo cautelar, visando maior celeridade processual. Já não existirão mais as denominações “tutela antecipada” e “medida cautelar”, o código dará nomenclatura única. Portanto, haverá previsão somente das “tutelas de urgência”, o que, além de gerar discussões doutrinárias sobre o tratamento simplificado que o código traz, certamente trará divergências na aplicação de futuros casos concretos. Por fim, são feitas considerações concernentes à tutela de evidência, a qual será introduzida na ordem processual mediante aprovação do Projeto de Lei nº 8.046/2010, que trata do Novo CPC. O Novo Código de Processo civil pretende dar maior agilidade e simplificar a legislação processual do país, de forma a garantir maior efetividade e rapidez na prestação jurisdicional. É imprescindível entender o instituto da tutela antecipada, que originou a tutela de evidência. A tutela dos direitos evidentes já existe em nosso ordenamento jurídico, porém com outra nomenclatura, a suas hipóteses de aplicação são bastantes limitadas, o que o Novo CPC visa alterar, mediante novos preceitos.

Palavras-chave: Tutelas de urgência. Tutela antecipada. Medida cautelar. Projeto do Novo CPC. Julgamento antecipado da lide. Tutela de evidência.

ABSTRACT

The aim of this work is the analysis of legal institutes of preliminary injunction and restraining order, the genus tutelage of urgency, this Code of Civil Procedure, whose publication date of 1973. Such institutes have gained strength and were being perfected, as the need for their use in a more conscious of their rights society. There are also considerations about applying art. 330 of the current CPC, this article which deals with the summary judgment proceedings, the application of which is not as massive as it was at the time of publication of the CPC 1973. Also an analysis in regard to the guardianship of urgency in the draft of the new code is made civil procedure. The new CPC exclude the Book of interlocutory process, seeking greater celerity. Already be no more denominations "injunctive relief" and "precautionary measure", the code will only nomenclature. So there will be only prediction of "guardianship of urgency", which, besides generating doctrinal discussions on the simplified treatment that brings the code will certainly bring differences in the implementation of specific future cases. Finally, considerations concerning the guardianship of evidence, which will be introduced in the procedural order upon approval of Bill No. 8046/2010, which deals with New CPC are made. The New Code of Civil Procedure seeks to provide greater agility and simplify the procedural law of the country in order to ensure greater effectiveness and speed in adjudication. It is essential to understand the institution of injunctive relief, which gave the tutelage of evidence. The protection of rights is already evident in our legal system, but with other nomenclature, the chances of your application are quite limited, which seeks to amend the New CPC, upon new principles.

Keywords: Guardianship of urgency. Injunctive relief. Precautionary measure. New CPC Project. Anticipated trial of the suit. Tutelage of evidence.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 TUTELAS SUMÁRIAS URGENTES E NÃO-URGENTES NO CPC DE 1973	11
2.1 MEDIDA CAUTELAR.....	13
2.2 TUTELA ANTECIPADA.....	16
2.3 TUTELA ANTECIPADA E CAUTELAR: DISTINÇÕES E PONTOS EM COMUM.....	20
3 O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE NO CPC DE 1973	25
3.1 ANÁLISE DAS HIPÓTESES DE APLICAÇÃO DO ART. 330 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	28
3.2 INCISO I, PARTE I, ART. 330 CPC.....	31
3.3 INCISO I, PARTE II, ART. 330 CPC.....	32
3.4 CONSIDERAÇÕES E RESPEITO DA TUTELA ANTECIPADA E DA MEDIDA CAUTELAR E O JULGAMENTO IMEDIATO DE MÉRITO.....	41
4 TUTELAS SUMÁRIAS URGENTES E NÃO-URGENTES NO ANTEPROJETO DO NOVO CPC	44
4.1 TUTELA DE URGÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	45
4.2 ANÁLISE DO NOVO CPC NO QUE CONCERNE À APLICAÇÃO DAS TUTELAS EMERGENCIAIS.....	50
4.3 DIFERENÇAS ENTRE ALGUNS DOS PRINCIPAIS PONTOS NA APLICAÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA DO ATUAL E DO PROJETO DO NOVO CPC.....	55
4.1.1 O JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DA LIDE NO PROJETO NO NOVO CPC: TUTELA DE EVIDÊNCIA.....	56
4.1.2 HIPÓTESES DA TUTELA DE EVIDÊNCIA NO ANTEPROJETO DE LEI DO NOVO CPC.....	58
4.1.3 A EVIDÊNCIA ENQUANTO CONCEITO PRÁTICO.....	59
4.1.4 TUTELA DE EVIDÊNCIA EM CARÁTER PROVISIONAL.....	64
4.1.5 CARÁTER URGENTE E IMINÊNCIA QUE O DIREITO SEJA DANIFICADO..	66
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	74
REFERÊNCIAS	77

1 INTRODUÇÃO

A morosidade do Judiciário e a burocracia no tratamento das demandas levadas a tal poder podem obstar que os direitos sejam satisfeitos efetivamente. Além de um grande formalismo, diversos fatores colaboram para que empecilhos dificultem um acesso à justiça realmente garantidor de uma proteção estatal a quem busca a solução de seus conflitos.

Apesar de o Brasil ser um dos países em que o Poder Judiciário mais produz, até mais do que em nações como a Itália, por exemplo, nosso ordenamento jurídico e processual aceita o fato de que, infundáveis questões as quais não deveriam ser conduzidas às instâncias julgadoras, venham a originar um novo processo, culminando em um número ainda maior de lides cuja solução vai contra o princípio constitucional da celeridade, haja vista o grande número de demandas levadas a juízo.

O Código de Processo Civil em vigor, cuja publicação data do ano de 1973, dispõe, quando há necessidade de que um direito seja concedido de forma emergencial, acerca das tutelas de urgência. O instituto referido está disposto em diversos livros do CPC é o gênero de outros dois meios garantidores de direitos de forma célere e eficaz: as medidas cautelares, caráter a antecipação de tutela, ambas de caráter provisório, podendo ter revogabilidade a qualquer tempo, não sendo definitivas.

Uma vez que em algumas situações concretas o direito tem iminência de violação, necessitando de que seja rapidamente tutelado pelo Judiciário, de forma a não causar danos às partes, as medidas supramencionadas visam a assegurar a efetivação de um direito em risco.

Para José Herval Sampaio Júnior, no que diz respeito à efetividade na prestação jurisdicional:

“Para que no mundo real exista de fato o direito fundamental à tutela jurisdicional faz-se imprescindível que as autoridades públicas tomem várias atitudes concretas, tendo neste ponto especial destaque a atividade do legislador, no que tange a criar técnicas processuais específicas que sejam capazes de assegurar uma efetiva proteção a todos os direitos materiais, pois só assim pode-se dizer que existe direito a uma tutela jurisdicional e, por conseguinte, uma jurisdição eficaz. Alguns direitos já trazem ínsito neles o seu mecanismo processual de tutela, enquanto alguns dispositivos processuais ainda teimam em prescrever regras que não se identificam com essa nobre função de proteção dos direitos, a qual a jurisdição

contemporânea não pode se dissociar, sob pena de sua finalidade não ser atingida... Nesse sentido, verifica-se a importância dessas técnicas no cenário atual para que se possa dizer que a jurisdição efetivamente recoloca as coisas nos seus devidos lugares, ou seja, como antes da violação ou até mesmo ameaça. Quanto a esse último aspecto, a jurisdição precisa avançar muito, pois infelizmente a legislação ainda é muito tímida na previsão de tutelas inibitórias, o que aumenta a responsabilidade do juiz em assegurar essa proteção preventiva, como prevê a Constituição e alguns direitos materiais, como o da personalidade, por exemplo, que sem esta proteção especial muitas vezes são ineficientes no plano real¹.

No Anteprojeto do Novo CPC, diferente do que o ocorre com o Código de Processo Civil atual, não haverá mais um Livro específico para as medidas cautelares. O Novo CPC irá abolir o Livro do processo cautelar, visando, dessa forma, garantir maior rapidez e efetividade à prestação jurisdicional.

No Projeto do Novo CPC há uma linguagem mais acessível, visando, também, a maior simplicidade processual, celeridade e efetiva resolução da demanda, estimulando um processo moderno em seus atos procedimentais, respeitando o contraditório e a ampla defesa. O Novo Código de Processo Civil extinguiu as medidas cautelares, substituídas pela tutela de urgência, assim como a tutela antecipada, dando lugar à tutela de evidência. Importante ressaltar o fato de que nem toda medida antecipada será de urgência. Há hipóteses em que poderá haver concessão da medida referida quando houver abuso de direito por parte da defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

No primeiro capítulo deste trabalho será abordado o tema das tutelas de urgência no CPC de 1973, ou seja, as medidas cautelares e a antecipação de tutela. Apesar de existirem diversas semelhanças entre tais institutos, não como não se atentar às muitas diferenças entre ambos.

No segundo capítulo, é feita uma análise acerca do julgamento antecipado da lide no Código de Processo Civil de 1973, cuja previsão legal encontra-se no art. 330 do referido código. Tal instituto também tem grande importância no que concerne à celeridade dos atos processuais, e mesmo no momento da publicação do CPC de 1973, o julgamento antecipado da lide era o mais notável instituto para se obter rapidez no julgamento da questão levada a juízo.

Poderá haver julgamento antecipado da lide quando houver alegação unicamente de direito, quando se tratar de um caso em que dispense que mais

¹ JÚNIOR, J. H. S. **Processo Constitucional**. Nova concepção de jurisdição, Grupo Gen Método-Forense, 2008. p.122-124.

provas sejam produzidas e, ainda, após a verificação de revelia, haja reputação de incontrovérsia dos fatos legados na petição inicial.

Por fim, no terceiro capítulo, é feita uma análise concernente às tutelas de urgência no Anteprojeto do Novo CPC, cujo tratamento será mais simplificado, visando à maior celeridade e satisfação de direitos, uma vez que o processo civil moderno deve atentar menos ao extremo rigor formal que muitas vezes apenas obsta de forma desnecessária a efetividade da prestação jurídica. Também, no último capítulo deste presente trabalho, verifica-se o instituto da tutela de evidência no projeto do Novo CPC. Um direito evidente tem uma grande probabilidade de existência no plano concreto, o que gera sua evidência.

O Novo Código de Processo Civil tornará expressa a percepção da tutela de evidência, haja vista ser uma recusa do acesso à efetiva justiça dar um tratamento igual entre o instituto da evidência e outras medidas, uma vez que haveria um caráter prejudicial à parte pelo decurso do tempo em não se conceder uma tutela de direitos evidentes quando a situação permitir.

2 TUTELAS SUMÁRIAS URGENTES E NÃO-URGENTES NO CPC DE 1973

Com o Código de Processo Civil, em 1973, sendo publicado, o instituto da tutela cautelar começou a ser explorado de fato, apesar de no CPC de 1939 ele já existir. Com o tempo, tal instituto ganhou uma crescente aplicação prática, e não poderia ser diferente, com a evolução das sociedades e as demandas cada vez maiores dos indivíduos, a utilização e a busca por tutelas urgentes se faz de crucial importância.

Normas, fatores sociais, a história como um todo da mudança de pensamento e mesmo do Direito, cujo processo evolutivo se faz necessário e constante, haja vista não ser uma ciência exata, tudo isso culmina em uma maior exigência populacional ao acesso à Justiça. Entretanto, tal acesso deve ser efetivo, não apenas significando leis que funcionam muito bem no universo jurídico, e não sejam de factível aplicação.

Muitas necessidades são urgentes, e podem se perder com uma possível demora nos julgamentos das lides; e a função primordial de um Estado Democrático é atender às demandas individuais passíveis de tutela, obviamente, que atendam requisitos mínimos para que possam ser levadas ao Poder Judiciário.² De acordo com Chiovenda, jurisdição é a:

“Função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente efetiva”³.

Ainda, nas lições de Marinoni:

"Todos tem direito à adequada tutela jurisdicional, ou melhor, à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva"⁴.

² No Brasil, o legislador do CPC optou pela teoria eclética de Liebman, a qual estabelece três condições para que a ação possa existir: a possibilidade jurídica do pedido, o interesse no processo e que as partes sejam legítimas para ingressar com seu direito se ação. Para que o juiz possa identificar a presença das condições de ação, deve ser averiguado o que o autor afirmou na petição inicial, para que o processo possa então ter o seu curso normal.

³ CAPITANIO, P. (trad) **Instituições de Direito Processual Civil**. 1ª ed. Campinas: Bookseller, v.2. p.3.

⁴ AZEVEDO, J. O. Fatores determinantes da efetividade do processo (celeridade e imparcialidade). **Revista Jurídica Consulex**, Cidade, v. 134, p. 22, 2002.

Indubitavelmente, o tempo é um grande inimigo para quem busca a resolução de seus conflitos, proteção ou reparação dos direitos. A pretensão levada a juízo encontra empecilhos como o excesso de burocracia advindo do Estado-juiz, e com muitos institutos que acabam por não serem adequados à atualidade. Ainda há a litigância de má-fé do réu, que acaba por protelar o curso do processo. Todos esses fatores afetam a credibilidade do acesso à justiça, tornando-a morosa, e muitas vezes sem uma eficácia plena.

José Olivar de Azevedo conclui que:

“É dever do Estado conduzir o processo em tempo razoável, sem entraves de caráter meramente protelatório, devendo a tutela, para ser efetiva, reclamar uma decisão num lapso de tempo necessário à realização dos atos processuais, sem atropelar o rito, porém, numa proporção adequada à complexidade da causa”⁵.

O Código de Processo Civil de 1973 contribuiu para que o instituto da tutela de urgência fosse expandido. Tal contribuição se encontra na vontade do legislador e esse desejo se representa na importância massiva que o CPC ofereceu ao Processo cautelar, tendo destaque para que fosse formado um Livro especial, contendo cerca de cem artigos, sendo que o CPC de 1939 continha apenas treze.

O grande crescimento da tutela de urgência na atualidade do Direito se deve, ainda, à vontade do legislador, mas advinda de uma premissa que o legislador do CPC de 73 não teve nitidez tão clara.

Quando há um risco que tenha plausibilidade de que a tutela jurisdicional não possa garantir que seja efetivado, as tutelas de urgência precisam ser evocadas. O Direito deve encontrar medidas viáveis e imediatas para garantir a execução ou que se antecipe os efeitos da decisão final, quando há risco de que não seja possível assegurar futuramente uma justa sentença; o possuidor dos direitos não pode correr o risco de perdê-los pela demora ou falta de uma medida adequada para a efetividade da justiça no caso concreto e que exige urgência.

Entre as várias razões que criam empecilhos a uma celeridade satisfatória e requererem meios garantidores de que a tutela terá a devida utilidade no decurso do tempo, pode-se mencionar, dentre outras razões, a dilapidação do próprio bem, realizada pelo réu, o que culmina em deteriorar o equilíbrio da relação processual. Urgência em prover meios de subsistência, como por exemplo a pensão alimentícia,

⁵ *Id.*

em que há elevada emergência na concessão, uma vez que a vida e o bem estar dos indivíduos cujo direito é notório não pode simplesmente esperar toda a burocracia e demora legais, e, ainda, quando se faz necessário impedimento de que o réu se desfaça dos seus bens visando se eximir de uma futura execução.

Quando há um comprometimento da prestação jurisdicional, por risco ou perigo de dano, há a necessidade de uma tutela devida e de efeitos imediatos, para não comprometer o direito com perigo de perder a eficácia. A isso se denomina tutela de urgência.

As tutelas de urgência surgiram para evitar perda ou deterioração do direito demandado, seja pelo decurso do tempo ou outro meio que cause lesão, pois o procedimento comum, tendo um trâmite que vai de encontro à celeridade processual causava severos e permanentes danos ao direito do autor.

As tutelas de urgência são procedimentos de ritos especiais, com maior agilidade e podendo antecipar durante o processo, o objeto da ação até uma decisão final da lide. A legislação brasileira atual divide as tutelas supracitas nas modalidades cautelar e antecipatória.

2.1 MEDIDA CAUTELAR

De acordo com Ovídio Baptista:

“A tutela cautelar é uma forma particular de proteção jurisdicional predisposta a assegurar, preventivamente, a efetiva realização dos direitos subjetivos ou de outras formas de interesse reconhecidos pela ordem jurídica como legítimos, sempre que eles estejam sob ameaça de sofrer algum dano iminente e de difícil reparação, desde que tal estado de perigo não possa ser evitado através das formas normais de tutela jurisdicional. Desse pressuposto fundamental decorrem duas conseqüências: [sic] uma de caráter objetivo, que é a urgência que sempre há de estar presente, de modo a legitimar a outorga da proteção cautelar; a outra de natureza subjetiva, referente ao modo pelo qual o órgão judicial deve examinar e decidir a demanda cautelar”⁶.

Portanto, a tutela cautelar é uma maneira de obter proteção jurisdicional quando há uma situação considerada e entendida como urgente, a qual será definida por circunstâncias especiais. Deve resguardar a simples aparência de dano

⁶ SILVA, O. A. B. da. & GOMES, F. **Teoria Geral do Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000. p. 339.

ao direito, a simples iminência do dano irreparável é passível de uma cautelar de urgência.

No entendimento de Cintra, Grinover e Dinamarco, a medida cautelar:

“Foi preordenada a evitar que o dano oriundo da inobservância do direito fosse agravado pelo inevitável retardamento do remédio jurisdicional (***periculum in mora***). O provimento cautelar funda-se antecipadamente na hipótese de um futuro provimento jurisdicional favorável ao autor (***fumus boni iuris***): verificando-se os pressupostos do ***fumus boni iuris*** e do ***periculum in mora***, o provimento cautelar opera imediatamente, como instrumento provisório e antecipado do futuro provimento definitivo, para que este não seja frustrado em seus efeitos”⁷.

Há a função acessória da tutela cautelar, algo complementar, com uma função muito bem delimitada: afastar os possíveis problemas com a demora inevitável entre a proposta de demanda em juízo e a resposta final do Judiciário.

Inicialmente, a cautelar não poderia ser mais do que mera providência visando à manutenção de um direito, pois os meios de satisfação do direito da parte litigante somente seriam alcançadas após exaustão do contraditório.

Entretanto, como existiam os casos em que não se poderia evitar o ***periculum in mora*** a não ser que fosse antecipado o exercício, no todo ou em parte, do direito material subjetivo, a tutela se emergência foi ampliada, tendo dois caminhos distintos: a antecipação da tutela, por expedientes como o das liminares introduzidos com frequência pela lei nos procedimentos de caráter especial (mandado de segurança, ação popular, ADIN etc); e pela dilatação do poder geral de cautela, o qual tende a aceitar seu uso não somente para fins conservativos, mas para também, em caráter excepcional, cumprir a provisória satisfação de pretensões de mérito.⁸

Ainda, nas palavras de Humberto Theodoro Júnior:

“...a última corrente acabaria por inserir toda a tutela de emergência dentro do universo cautelar, de sorte que tudo o que se baseasse na defesa do ***fumus boni iuris*** (apreciação superficial sobre a plausibilidade ou verossimilhança do direito da parte) e na necessidade de evitar o ***periculum in mora*** (risco de dano durante o processo), seria absorvido pelas medidas de natureza cautelar. Não haveria razão, em tal conjuntura,

⁷ CINTRA, A. C. de A. & GRINOVER, A. P. & DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 317.

⁸ THEODORO Jr. H. As liminares e a tutela de urgência. **Revista da EMERJ**, v.5, n.17, p. 31, 2002.

para um tratamento jurídico diferenciado para as antecipações de tutela e as medidas de cunho conservativo”⁹.

Uma questão de suma importância em se tratando da tutela cautelar é o conceito de satisfação das pretensões, pois há a separação dogmática entre o que é a satisfação e o que é cautela propriamente dita.

Sob um entendimento jurídico processual, o termo satisfação abriga várias acepções, pois seu uso é permitido para designar satisfação do interesse processual enquanto um fator genérico. Este é apresentado em todas as demandas asseguradas pelas medidas cautelares; então, essas medidas serão satisfativas a partir do momento como um instrumento a garantir um resultado útil e efetivo do processo. Portanto, a satisfação não estaria vinculada ao direito material em si ou à pretensão de forma autônoma.¹⁰

Não se pode haver confusão entre o que é a tutela de urgência e o que é preventiva. Aquela possui um sentido bem definido. Calamandrei¹¹ identificou os casos em que se poder intervir com uma tutela jurídica em uma situação, ainda que o direito não tenha sofrido lesão, mas sendo apenas iminente o risco de um dano hipotético. Desse modo, ainda que o dano exista enquanto ameaça, ele poderá ser combatido, de maneira a prevenir o dano advindo da ameaça de lesão.

⁹ *Id.*

¹⁰ MESQUITA, E. M. de. **As Tutelas Cautelar e Antecipada**. v.52. São Paulo: RT, 2002. p. 197.

¹¹ Calamandrei identificou três tipos de medidas cautelares: há casos em que é necessário prevenir o risco de deterioração do direito, havendo necessidade do uso dos meios possíveis para não possibilitar que o risco seja efetivado; em outras situações, o perigo advém da execução do direito, ainda que não seja imediatamente fruído por quem o requer. Em ambas as possibilidades, há apenas a garantia do direito, ou seja, ele não foi satisfeito. O que se estabelece são os meios necessários pra que ele não seja danificado. Ainda que sua execução seja futura, é preciso haver a garantia que esteja resguardado de um dano possível e aparente. Há casos em que, mesmo que as hipóteses supramencionadas não se enquadrem, portanto, nem certificar o direito nem executá-lo esteja passível de risco, satisfazê-lo de forma imediata se faz necessário, uma vez que, se houver demora na fruição, há perigo de dano. A primeira situação em que cabe tutela emergencial analisada por Calamandrei se constitui por procedimentos instrutórios antecipados, “em vista de um possível futuro processo de conhecimento, se objetiva fixar e deixar de lado certos resultados probatórios, positivos ou negativos, que poderão ser depois utilizados naquele processo no momento oportuno”. Na segunda situação descrita pelo processualista italiano, encontram-se os meios cujo objetivo é garantir um resultado prático em uma execução futura, de maneira a não haver dispersão de bens direcionados ao procedimento executivo. O terceiro caso contempla medidas que vão antecipar as decisões, pois o juiz, ao analisar que uma das partes poderá vir a ser prejudicada pela controversa relação, regula a lide de maneira provisória, aguardando que a decisão seja aperfeiçoada no decorrer do procedimento ordinário. (CALAMANDREI, P. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Tradução Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000. p. 54-55, 59 e 64; ZAVASCKI, T. A. **Antecipação da tutela**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 49)

A tutela de preventiva não é oposta à definitiva, portanto, em casos que a exigem, não cabe a tutela de urgência ou provisória, pois a definitiva é ordinária, e seus efeitos não são temporários, até que a ameaça de lesão seja sanada.

2.2 TUTELA ANTECIPADA

Incluída no processo de conhecimento (Título VII – Do Processo e do Procedimento, do Livro I – Do Processo de Conhecimento) do Código de Processo Civil pela lei 8.952/94,¹² significou uma representativa renovação para o processo civil, pois não há a necessidade de que haja o julgamento definitivo da demanda para que o requerente possa ter o pedido julgado total ou parcialmente, podendo o autor fruir do direito parcial ou completa.

Para Nelson Nery:

¹² BRASIL. Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994. Alteração do Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 13 dez. 1994: “Art. 270. Este Código regula o processo de conhecimento (Livro I), de execução (Livro II), cautelar (Livro III) e os procedimentos especiais (Livro IV).

Art. 271. Aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei especial.

Art. 272. O procedimento comum é ordinário ou sumário. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

Parágrafo único. 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. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 7º Se o autor, a 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. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)”

“É providência que tem natureza jurídica mandamental, que se efetiva mediante execução *lato sensu*, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos”¹³.

O CPC passou a tratar da antecipação de tutela a partir do ano de 1994. Entretanto, antes desse período já eram previstas legalmente as liminares com natureza de tutela antecipatória, porém não assim denominadas. Em ações de rito especial, como por exemplo a concessão provisória de alimentos, o autor poderia ter uma antecipação do direito. Portanto, a afirmação de alguns doutrinadores de que o instituto da tutela antecipada foi criada apenas em 1994 não está de acordo com as práticas já existentes antes de tal ano.

Destarte, a maior inovação no art. 273 do Código de Processo Civil, com mudanças posteriores advindas Lei n. 10.444/0214, foi estender os efeitos da tutela antecipada a qualquer espécie de ação de conhecimento; portanto, no procedimento ordinário. Nas palavras de Lobo:

“Antecipar a tutela nada mais é do que dar a gozar dos efeitos do bem da vida perseguido, de modo precoce e provisório, antes mesmo de ter sido levada a efeito a tutela em sua plenitude, e antes da prestação imediata – sentença”¹⁵.

A antecipação de tutela significa, dessa forma, deferir de maneira provisória o pedido do autor, ainda que seja um deferimento do pedido como um todo, ou apenas em parte. O juiz, quando concede a antecipação tutelar, poderá, na decisão definitiva da lide, manter a medida antecipatória ou mesmo revogá-la, pois no momento em que faz uso de tal medida, não está solucionando definitivamente a causa, não se pode entender como efeitos de uma sentença de mérito. Por conseguinte, antecipar a tutela significa adiantar os resultados da sentença, de maneira satisfativa, porém em um modo passível de revogação e transitório.

¹³ NERY JR., N. & NERY, R. M. de A. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor. São Paulo: RT, 2002. p. 612.

¹⁴ A Lei 10444/02 modificou o sistema da execução provisória, pois a tutela antecipada poderá ser executada de maneira definitiva, contanto que a parte que irá obter benefício com a execução possa prestar de forma idônea a caução, na possibilidade de que efetivar a medida implique em levantar depósito em dinheiro, atos de alienação de domínio ou atos que resultam em dano grave ao direito da outra parte. (NERY JR., N. & NERY, R. M. de A. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor. São Paulo: RT, 2002. p. 651).

¹⁵ LOBO, L. F. B. **A Antecipação dos Efeitos da Tutela de Conhecimento no Direito Processual Civil e do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000. p. 24.

Faz-se importante salientar que o processo seguirá seu curso, até a decisão final, ainda que a tutela não seja concedida. Sua utilização visa à asseverar efetividade jurisdicional, de forma a proteger o direito do autor.

Dessa forma, é crucial analisar se há necessidade em conceder uma medida antecipatória. O processo terá seus trâmites normais, mesmo que não haja a tutela antecipada, mas, se o princípio da necessidade não for corretamente constatado, há a possibilidade de o direito do indivíduo estar sendo danificado. Em muitos casos, esperar pela sentença de mérito far-se-ia com que o acesso à justiça de fato não fosse possível; o decurso do tempo pode deteriorar o bem da vida, que em muitas situações exige imediata na concessão, a tutela precisa ser instantânea, pois existe risco iminente da perda do direito pela demora da prestação jurisdicional.

De acordo com Humberto Theodoro Júnior:

“Estão em jogo dois grandes e fundamentais princípios, ou seja, o da *efetividade da tutela jurisdicional* e o da *segurança jurídica*”¹⁶.

Os princípios supramencionados devem existir de forma harmônica. O princípio da efetividade da tutela jurisdicional visa a proteger o direito do demandante frente à falta de celeridade da justiça, estabelecendo como necessário os meios para que possam ser acelerados os procedimentos judiciais. A segurança jurídica, enquanto princípio constitucional, oferece ao requerido a ampla defesa e o contraditório¹⁷, sem os quais ele não poderá ser parte no processo.

Com a reforma de 1994, o legislador pátrio eliminou a controvérsia sobre a legitimidade ou não para a utilização do poder cautelar atípico visando antecipar

¹⁶ THEODORO JR., H. **Curso de Direito Processual Civil**. 27ª ed., v.II. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.608.

¹⁷ De acordo com Fernando da Costa Tourinho Filho: “Com substância na velha parêmia ***audiatur et altera pars*** – a parte contrária deve ser ouvida. Traduz a idéia de que a defesa tem o direito de se pronunciar sobre tudo quanto for produzido por uma das partes caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou, ainda, de dar uma interpretação jurídica diversa daquela apresentada pela parte *ex adversa*. Assim, se o acusador requer a juntada de um documento, a parte contrária tem o direito de se manifestar a respeito. E vice-versa. Se o defensor tem o direito de produzir provas, a acusação também o tem. O texto constitucional quis apenas deixar claro que a defesa não pode sofrer restrições que não sejam extensivas à acusação (TOURINHO Filho, F. da C. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2005. p.58). Ainda, nas lições de Vicente Greco Filho: “O contraditório se efetiva assegurando-se os seguintes elementos: a) o conhecimento da demanda por meio de ato formal de citação; b) a oportunidade, em prazo razoável, de se contrariar o pedido inicial; c) a oportunidade de produzir prova e se manifestar sobre a prova produzida pelo adversário; d) a oportunidade de estar presente a todos os atos processuais orais, fazendo consignar as observações que desejar; e) a oportunidade de recorrer da decisão desfavorável (GRECO Filho, V. **Direito Processual Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 249).

tutela de mérito. A partir do ano supracitado, consagrou-se a possibilidade de serem antecipados, em qualquer processo de conhecimento, os efeitos da tutela definitiva, contanto que se atendam aos requisitos básicos enunciados pelo atual art. 273 Código de Processo Civil. O regime processual não será de ações ou cautelares; criou-se o procedimento especial, integrado ao processo de conhecimento. Desse modo, as antecipações anteriormente autorizadas somente sob a forma de liminares em algumas ações especiais, passaram regime do cabimento das medidas provisórias satisfativas em qualquer ação de conhecimento.¹⁸

Segundo Teori Albino Zavascki:

“Sua concessão está sujeita a regime próprio, inconfundível e em alguns aspectos mais rigoroso que o das medidas cautelares, a saber: a) a antecipação da tutela se dá, invariavelmente, na ação de conhecimento, mediante decisão interlocutória, enquanto as medidas cautelares continuam sujeitas à ação própria, disciplinada no Livro do processo Cautelar; b) a antecipação da tutela está sujeita a pressupostos e requisitos próprios, estabelecidos pelo art. 273 do CPC, substancialmente diferentes dos previstos no art. 798 do CPC, aplicável apenas às medidas genuinamente cautelares”¹⁹.

Tanto medidas cautelares, quanto as antecipatórias, não podem ser inseridas apenas em um único regime, que é o de tutelas urgentes. Elas se fundam no perigo de dano e no *fumus boni iuris*. Mas, sendo o regime legal diferente no procedimento e nos meios para obter as providências urgentes na cautelar e na antecipatória, não há como entender que não há diferença técnica e prática das tutelas de urgência mencionadas.

Ainda, nas palavras de Zavascki:

“O que se operou, inquestionavelmente, foi a purificação do processo cautelar, que assim readquiriu sua finalidade clássica: a de instrumento para obtenção de medidas adequadas a tutelar o direito, sem satisfazê-lo. Todas as demais medidas assecurativas, que constituam satisfação antecipada de efeitos da tutela de mérito, já não caberão em ação cautelar, podendo ser, ou melhor, devendo ser reclamadas na própria ação de conhecimento... Postulá-las em ação cautelar, onde os requisitos para a concessão da tutela são menos rigorosos, significará fraudar o art. 273 do CPC, que, para satisfazer antecipadamente, supõe cognição em nível mais aprofundado, pois exige verossimilhança construída sobre prova inequívoca”²⁰.

¹⁸ THEODORO Jr. H. As liminares e a tutela de urgência. **Revista da EMERJ**, v.5, n.17, p. 34-35, 2002.

¹⁹ ZAVASCKI, T. A. Medidas Cautelares e Medidas Antecipatórias: Técnicas diferentes, Função Constitucional semelhante. **Revista de Processo**, p. 82-56, ANO

²⁰ *Id.*

2.3 TUTELA ANTECIPADA E CAUTELAR: DISTINÇÕES E PONTOS EM COMUM

O ordenamento jurídico brasileiro prevê as tutelas de urgência, gênero das espécies antecipatória e cautelar. Existem convergências entre elas, como o fato de ambas serem regidas pela instrumentalidade, e servirem de meio para obter o direito que está em iminente perigo de dano pelo decurso de tempo.

Em que pese as semelhanças, a massiva parte dos doutrinadores aponta as distinções entre elas.

Não há como não destacar diversidade de efeitos entre a tutela cautelar e a antecipada; a primeira não vai além do preparo de execução útil de futuro provimento jurisdicional de mérito, enquanto antecipação tutelar já proporciona a provisória atribuição do bem da vida à parte, permitindo a fruição juridicamente, como se já houvesse uma sentença de mérito, a solução da lide em seu favor. Portanto, a cautela não satisfaz um direito, mas a antecipação sim.²¹

No entendimento de Marinoni:

“A tutela antecipada não tem por fim assegurar o resultado útil do processo, já que o único resultado útil que se espera do processo ocorre exatamente no momento em que a tutela antecipatória é prestada. O resultado útil do processo somente pode ser o ‘bem da vida’ que é devido ao autor, e não a sentença acobertada pela coisa julgada material, que é própria da ‘ação principal’. Porém, a tutela antecipatória sempre foi prestada sob o manto da tutela cautelar. Mas é, na verdade, uma espécie de tutela jurisdicional diferenciada”²².

No momento da concessão da tutela antecipada, há uma satisfação provisória da pretensão material do requerente. O juiz concede a antecipação de tutela para que ela seja satisfativa de direitos, diferentemente da cautelar, cujo cerne visa à assegurar, proteger um ou mais direitos, ainda que haja reconhecimento doutrinário acerca das cautelares de satisfação, nas quais o juízo não satisfaz o que é pedido, mas apenas dá proteção aos efeitos concretos de um possível deferimento judicial do pedido do demandante.

Humberto Theodoro Júnior, acerca das diferenças entre a tutela antecipada e a cautelar, expõe:

²¹ THEODORO Jr. H. As liminares e a tutela de urgência. **Revista da EMERJ**, v.5, n.17, p. 36, 2002.

²² MARINONI, L. G. A Antecipação de Tutela. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 87.

“A distinção entre as duas tutelas, a meu juízo, só contribui para a eficiência e utilidade dos importantes expedientes de prevenção contra o risco de ineficácia prática do processo. A um só tempo, valoriza-se o cabimento e o acesso à medida correspondente à hipótese discutida em juízo e evita-se o uso abusivo de providências excepcionais fora da previsão para que foram especificamente concebidas”²³.

Em resumo, para ser considerada como medida cautelar, não basta que apenas apresente alguma característica de prevenção; se tal fator fosse suficiente, todas as medidas preparatórias do provimento final do processo de execução como a penhora (na execução por quantia certa) e a busca e apreensão (na execução de obrigações de dar) seriam meramente medidas cautelares. Entretanto, como atos de execução forçada a natureza é de ato executivo, e não simplesmente o de uma medida cautelar, uma vez que a natureza do processo e de seus atos visam ao objetivo que se busca, ao fim dele, e não aos meios.

A penhora não é medida cautelar, pois, ainda que possa impedir o desvio jurídico do bem constricto, exercendo de tal modo uma forma de prevenção, sua função básica é a de iniciar a operação da expropriação executiva (ato principal da execução forçada).

Portanto, a medida que promove antecipação, no processo de conhecimento, os efeitos da solução de mérito, não é medida cautelar em nosso ordenamento jurídico, pois ultrapassa a mera prevenção da utilidade do provimento final processo e se transforma, antecipadamente, em um meio de reconhecer, de forma provisória, o direito material da parte e de propiciar-lhe o respectivo exercício. Enquanto a medida cautelar se atém a garantir uma futura e eventual execução, a antecipatória, imediatamente, estabelece condições de maneira provisória conceder o direito subjetivo ainda que não tenha sido efetuada a sentença de mérito. Destarte, realiza de maneira antecipada o que obter-se-ia na decisão final da lide.²⁴

Nas palavras de Nelson Nery:

“A tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito não é tutela cautelar, porque não se limita a assegurar o resultado prático do processo, nem a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado pelo autor, mas tem por objeto conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos. Ainda que fundada na urgência (CPC 273 I), não tem natureza cautelar, pois sua finalidade precípua é adiantar os

²³ THEODORO Jr. H. As liminares e a tutela de urgência. **Revista da EMERJ**, v.5, n.17, p. 36, 2002.

²⁴ *Ibid.*, p. 37.

efeitos da tutela de mérito, de sorte a propiciar sua imediata execução, objetivo que não se confunde com o da medida cautelar (assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução ou, ainda, a viabilidade do direito afirmado pelo autor)²⁵.

Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco:

“Não se confunde a tutela cautelar, com a tutela antecipatória, tratada separadamente pela lei nº 8.952/94 (dando nova redação ao art. 273 do CPC), de natureza satisfativa e que antecipa, total ou parcialmente, os efeitos da sentença de mérito²⁶.”

A tutela cautelar preserva os efeitos de uma tutela definitiva, já a antecipação da tutela adiantará os próprios efeitos. A cautela visa a eficácia futura da sentença de mérito, já a antecipada confere uma imediatamente e eficácia. Portanto, o caráter da tutela antecipada é meramente provisório, uma vez sanado os riscos de danos ao direito, ela é cessada; já a cautelar, garantindo que o direito não seja deteriorado na resolução definitiva da lide, reveste-se de natureza definitiva.

João Batista Lopes esclarece que:

“A liminar cautelar é caracterizada não pela satisfatividade, isto é, não pode implicar o adiantamento dos efeitos da tutela de mérito. A tutela antecipada caracteriza-se, precisamente, pelo adiantamento desses efeitos. Concede-se que, em ambas, existe *antecipação de efeitos*, mas na tutela cautelar só se antecipa a eficácia da sentença do processo cautelar, não assim do mérito do processo principal. Além disso, a liminar cautelar é marcadamente *instrumental*, isto é, tem por função garantir o resultado útil do processo principal, evitando que a demora na prestação jurisdicional possa acarretar danos irreparáveis ou de difícil reparação. Já a tutela antecipada não está relacionada a outro processo, mas traduz adiantamento de efeitos do mérito que será deslindado naquele mesmo processo²⁷.”

A tutela antecipada²⁸ dá eficácia imediata a tutela definitiva, sendo essa satisfativa de direitos ou não; ela atribui um ou mais direitos, ou os conserva.

²⁵ NERY JR., N. & NERY, R. M. de A. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor**. São Paulo: RT, 2002. p. 613.

²⁶ CINTRA, A. C. de A. & GRINOVER, A. P. & DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 319.

²⁷ LOPES, J. B. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001. p.135.

²⁸ De acordo com Cândido Rangel Dinamarco: “A técnica engendrada pelo novo art. 273 consiste em oferecer rapidamente a quem veio ao processo pedir determinada solução para situação que descreve, precisamente aquela solução que ele veio ao processo pedir. Não se trata de obter medida que impeça o perecimento do direito, ou que se assegure ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro. A medida antecipatória conceder-lhe-á o exercício do próprio direito afirmado pelo autor (DINAMARCO, C. R. A Reforma do Código de Processo Civil. Malheiros Editores, 1995. p.139).

Necessita da prova inequívoca da verossimilhança do direito, sendo a sua cognição a sumária.

A tutela cautelar visa assegurar, garantir a eficácia da sentença definitiva. Pode ser considerada como uma tutela definitiva, porém não satisfativa, uma vez que seus efeitos são antecipáveis. Sua natureza é sempre a de conservação de um direito, bastando a simples verossimilhança do direito acautelado. Sempre pressupõe urgência, diferentemente da antecipada, que pode ou não pressupor urgência.²⁹ Ela é definitiva, de cognição exauriente e eficácia temporária.

Interessante se faz mencionar o conceito de fungibilidade regressiva:³⁰ o autor requer a tutela antecipada, e o juiz pode conceder uma cautelar. Entretanto, se o litigante requeresse a tutela cautelar, não poderia haver concessão do juízo de uma tutela antecipada, ou seja, de fungibilidade regressiva, uma vez que não é previsto no § 7º, do art. 273 do Código de Processo Civil, o que faz com que haja muitas discussões doutrinárias acerca do tema.

Quem requer a tutela cautelar não tem a pretensão de antecipar efeitos que dar-se-ão apenas com a sentença; o empecilho, nesse caso, se deve ao decurso do

²⁹ Será concedida a tutela antecipada não urgente na hipótese de abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu ou, ainda, se o autor formular vários pedidos, um deles restar incontroverso.

³⁰ Se a parte requerer medida antecipatória/satisfativa via processo cautelar, e o magistrado entender que os requisitos da tutela antecipada estão preenchidos, deve ele conceder a medida, desde que determine a conversão do procedimento para o rito comum (ordinário ou sumário, conforme seja), intimando o autor para que proceda, se assim o desejar ou for necessário, às devidas adaptações em sua petição inicial, antes da citação do réu. Essa medida pode ser tomada de ofício, com base no art. 295, V, do CPC. Em hipótese alguma deve determinar a extinção do feito, sob a absurda rubrica da ausência de interesse de agir. A conversibilidade do procedimento é uma das maiores manifestações do princípio da instrumentalidade das formas, e não pode ser olvidada. Trata-se, aqui, de adaptação da fungibilidade dos provimentos de urgência, junto com uma adaptação procedimental: acaso requerida uma medida antecipatória pelo procedimento equivocado (cautelar), corrige-o o juiz – em situação contrária, como visto, não é necessária essa conversão procedimental. (...) Se a parte requerer medida antecipatória/satisfativa via processo cautelar, e o magistrado entender que os requisitos da tutela antecipada estão preenchidos, deve ele conceder a medida, desde que determine a conversão do procedimento para o rito comum (ordinário ou sumário, conforme seja), intimando o autor para que proceda, se assim o desejar ou for necessário, às devidas adaptações em sua petição inicial, antes da citação do réu. Essa medida pode ser tomada de ofício, com base no art. 295, V, do CPC. Em hipótese alguma deve determinar a extinção do feito, sob a absurda rubrica da ausência de interesse de agir. A conversibilidade do procedimento é uma das maiores manifestações do princípio da instrumentalidade das formas, e não pode ser olvidada. Trata-se, aqui, de adaptação da fungibilidade dos provimentos de urgência, junto com uma adaptação procedimental: acaso requerida uma medida antecipatória pelo procedimento equivocado (cautelar), corrige-o o juiz – em situação contrária, como visto, não é necessária essa conversão procedimental. (JORGE, F. C. & DIDIER Jr, F. & RODRIGUES, M. A. A nova reforma processual. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 85).

tempo que poderá ir ao encontro de uma decisão útil a prática, procedentes à demanda. Desse modo, é uma maneira de garantir a satisfação futura do direito.

De acordo com Zavascki:

“[...] as medidas cautelares e as antecipatórias: a) identificam-se por desempenhar função constitucional semelhante, qual seja, a de propiciar condições para a convivência harmônica dos direitos fundamentais à segurança jurídica e à efetividade da jurisdição; b) sujeitam-se, contudo, a regimes processual e procedimental diferentes: a cautelar é postulada em ação autônoma, disciplinada no Livro do Processo Cautelar; a antecipatória é requerida na própria ação destinada a obter a tutela definitiva, observados os requisitos do art. 273 do CPC; c) a medida cautelar é cabível quando, não sendo urgente a satisfação do direito, for urgente, no entanto, garantir sua futura certificação ou sua futura execução; a medida antecipatória tem lugar quando urgente é a própria satisfação do direito afirmado; d) na cautelar há medida de segurança para a certificação ou segurança para futura execução do direito; na antecipatória há o adiantamento, total ou parcial, da própria fruição do direito, ou seja, há, em sentido lato, execução antecipada, como um meio para evitar que o direito pereça ou sofra dano (execução para segurança); e) na antecipação há coincidência entre o conteúdo da medida e a conseqüência [sic] jurídica resultante do direito material afirmado pelo autor; na cautelar o conteúdo do provimento é autônomo em relação ao da tutela definitiva; f) o resultado prático da medida antecipatória é, nos limites dos efeitos antecipados, semelhante ao que se estabeleceria com o atendimento espontâneo, pelo réu, do direito afirmado pelo autor; na cautelar, o resultado prático não tem relação de pertinência com a satisfação do direito e sim com a sua garantia; g) a cautelar é medida habilitada a ter sempre duração limitada no tempo, não sendo sucedida por outra de mesmo conteúdo ou natureza (ou seja, por outra medida de garantia), razão pela qual, a situação fática por ela criada será necessariamente desfeita ao término de sua vigência; já a antecipatória pode ter seus efeitos perpetuados no tempo, pois destinada a ser sucedida por outra de conteúdo semelhante, a sentença final de procedência, cujo advento consolidará de modo definitivo a situação fática decorrente da antecipação”³¹.

³¹ ZAVASCKI, T. A. Medidas Cautelares e Medidas Antecipatórias: Técnicas diferentes, Função Constitucional semelhante. **Revista de Processo**, São Paulo, nº. 82, abr/jun, p. 68-69, 1996.

3 O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE NO CPC DE 1973

No processo civil brasileiro, como preceito geral, instituto do julgamento antecipado da lide é aplicado quando não houver necessidade de elaborar provas em audiência ou se existir a revelia, estando os autos do processo prontos e aguardando para que seja pronunciada a decisão de mérito.

A previsão legal do julgamento antecipado da lide é prevista no art. 330³² do Código de Processo Civil (Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973), Seção II, capítulo V, Título VIII, Livro I, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 5.925 de 1º de outubro de 1973.

Julgar antecipadamente a lide é o julgamento conforme o estado do processo, ou seja, o juiz o analisará a demanda conforme recebeu os autos, o que culminará com a extinção do processo, uma vez que seja prolatada a sentença que irá deferir ou indeferir o pedido do autor³³, havendo vantagens processuais, utilizando-se apenas dos atos úteis ao curso do processo, proporcionando maior celeridade³⁴ ao processo e, concomitantemente, não prejudicando o devido processo legal³⁵.

³² BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 11 jan. 1973: “Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

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; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

II - quando ocorrer a revelia (art. 319). (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

³³ Art. 269. Haverá resolução de mérito: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)

I - quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

II - quando o réu reconhecer a procedência do pedido; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

III - quando as partes transigirem; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

IV - quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

V - quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)”

³⁴ A busca pelos trâmites processuais civis céleres estão presentes no julgamento antecipado da lide (art. 330 do CPC), no procedimento sumário (arts. 275/281 do CPC), na rejeição da nulidade do ato, caso que a parte não seja prejudicada ou se o ato atinge o seu objetivo final (arts. 154, 244 e 249, § 1º do CPC) e na antecipação de tutela (art. 273 do CPC). A legislação esparsa celébra, ainda, a celeridade do processo por meio dos procedimentos do mandado de segurança (Lei nº 1.533/51), dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95), da execução fiscal (Lei nº 6.830/80), do procedimento sumaríssimo no processo do trabalho (Lei n. 9.957/00, acrescentando artigos à CLT), na tramitação prioritária de processos e procedimentos para os idosos (art. 71 da Lei nº 10.741/03).

³⁵ Apesar de tal princípio constitucional já estar previsto nas Constituições anteriores, ele surgiu de maneira expressa em nosso país apenas na CF promulgada em outubro de 1988. De acordo com o art. 5º, inciso LIV da Carta Maior:

Vicente Greco Filho esclarece que:

“Sob este aspecto, o Código de 1973, posto que, como toda obra humana, sujeita a reparos em alguns pontos, representou um grande avanço, especialmente no que se refere à preocupação de simplificação, eliminação de atos, formas e termos inúteis. Sem sacrificar a defesa das partes ou os fins do processo, atribuiu-se, especialmente pelo instituto do julgamento conforme o estado do processo, o instrumental necessário para que se impedisse o protraimento desnecessário de causas, que, em virtude do vício formal ou por estarem totalmente instruídas, não justificam a realização da audiência, revelada, *in casu*, inútil”³⁶.

O julgamento antecipado da lide, no momento em que o CPC de 1973 foi publicado, era o mais notável meio para obtenção da rapidez no processo, e esse fato foi mantido até a reforma de 1994 (Lei 8.592 de 13 de dezembro de 1994), lei essa que promoveu a alteração dos art. 273 e 461, entre outros, e introduziu o instituto da antecipação de tutela.

Ao oferecer a tutela aos cidadãos, o Estado deve buscar a resolução de conflitos de maneira pacífica e nos moldes legais. A auto-tutela é proibida em nosso

Art.5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV _ ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

O “Due Process of Law” é um princípio, antes tudo, garantidor de liberdade, a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos o celebra:

Art.8º “Todo o homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.”

Também, princípio supramencionado existe na Convenção de São José da Costa Rica, em seu art. 8º:

Art. 8o – “Garantias judiciais

1 Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (...)”

Ainda, de acordo com Paulo Henrique dos Santos Lucon: “ A cláusula genérica do devido processo legal tutela os direitos e as garantias típicas ou atípicas que emergem da ordem jurídica, desde que fundadas nas colunas democráticas eleitas pela nação e com o fim último de oferecer oportunidades efetivas e equilibradas no processo. Aliás, essa salutar atipicidade vem também corroborada pelo art. 5o, § 2o, da Constituição Federal, que estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. LUCON, P. H. S.

“Garantia do tratamento paritário das partes”, **Garantias constitucionais do processo civil**. ED São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

³⁶ FILHO, V. G. *in* RODRIGUES, M. A. **Elementos de Direito Processual Civil**. Revista dos Tribunais. Vol. 2. São Paulo: 2000. p. 158.

ordenamento jurídico, portanto cabe ao Poder Judiciário resolver as demandas que se apresentem, de forma célere e eficaz.³⁷

No entanto, como é notório, antes de uma sentença de mérito colocando fim aos atos processuais, existem os trâmites legais inerentes, com as formalidades mínimas impostas pelo legislador, que na maior parte das situações faz com que haja um decurso de tempo muito maior, atrasando a famigerada celeridade processual.

Portanto, há preocupação no que concerne ao tempo que o processo utiliza, levando à criação de mecanismos visando à garantia de prestação jurídica mais rápida.

Quando o nosso Código de Processo Civil foi publicado, o julgamento de mérito, sendo imediato, era o mais formidável meio para que se obtivesse a celeridade no processo, pois se suprimia a fase em que predominava a instrução, instaurada depois que fosse realizada as providências em caráter preliminar. Porém, pelo fato de o art. 330 do CPC, que trata do julgamento imediato de mérito, ser redigido de forma imprecisa, o instituto, mesmo atualmente, é aplicado de forma não tão vultuosa.

De acordo com Alexandre Freitas Câmara:

“(...) a denominação do instituto é criticável. Em primeiro lugar, este julgamento não é, propriamente, ‘antecipado’. O mérito estará sendo apreciado por ser este o momento adequado (o único momento adequado, frise-se) para tal julgamento. Melhor seria falar-se aqui, não em julgamento ‘antecipado’, mas em julgamento ‘imediato’. Este julgamento não corresponde à prática ‘ex abrupto’ de um ato processual que deveria ser realizado mais adiante (não sendo, pois, uma antecipação), mas se revela como prática do ato decisório no único momento adequado para sua efetivação”³⁸.

A nomenclatura dada pelo legislador ao julgamento antecipado da lide é alvo de discussões doutrinárias. Conclui-se que o julgamento não é da lide, mas sim do

³⁷ O ex presidente Fernando Henrique Cardoso, em entrevista, menciona que: “O excesso de formalismo processual, a falta de estrutura adequada dos tribunais, a escassez de juízes, promotores e defensores públicos e, principalmente, a ausência de mecanismos ágeis de homogeneização das decisões fizeram com que o Poder Judiciário não pudesse dar uma resposta ágil e segura às demandas da sociedade em busca de justiça. O ponto central do problema se encontra tanto na ausência de aparelhamento material ou humano, quanto na intrincada sistemática recursal existente, que permite, na prática, que qualquer demanda judicial alcance os tribunais superiores, obrigando essas Cortes a se pronunciarem sobre ela.” Cf. entrevista do Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, à revista *Consullex*, edição nº 21, ano II, volume I, de setembro de 1998, página 7.

mérito, pois a lide não é o objetivo do processo; o que se pretende com a demanda é análise do pedido do autor, com o consequente deferimento ou não de tal pretensão.

Nas palavras de Marcelo Abelha Rodrigues:

“(...) O vocábulo antecipado vem apenas dizer que a sentença está sendo antecipada do seu momento normal, ou seja, antecipa-se a fase decisória justamente porque não há necessidade de realização da fase instrutória. Ratificando, pois, a antecipação relaciona-se, exclusivamente, com o fato de que a sentença estará sendo antecipada do seu momento normal. A antecipação só ocorre pela desnecessidade da fase instrutória”³⁹.

Partindo-se de ideia de que o objeto processual que é julgado, portanto o mérito da causa, uma vez que o objeto do processo forma-se pela pretensão do requerente, o julgamento não será da lide, por essa não ser objeto. É um julgamento de acordo como o processo se encontra, aonde o mérito é imediatamente julgado.

3.1 ANÁLISE DAS HIPÓTESES DE APLICAÇÃO DO ART. 330 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Quando houver o convencimento do juiz, o CPC autoriza o julgamento imediato do mérito. Deverá haver a sentença de mérito, haja vista os elementos apresentados nos atos processuais se mostrarem suficientes para que o objeto da demanda seja apreciado e, por consequência, ocasionando a extinção do processo, podendo, inclusive, produzir coisa julgada material.

O inciso I do art. 330 abarca duas possibilidades, e, ainda, contém o inciso II. Portanto, nosso legislador processual foi confuso na estrutura das hipóteses, uma vez que se tem a impressão de que tanto o inciso I quanto o II celebram diferentes casos.

Art. 330. 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 houver necessidade de produzir prova em audiência;

³⁹ RODRIGUES, M. A. **Elementos de Direito Processual Civil**. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 158.

II - quando ocorrer a revelia.

Antônio Cláudio da Costa Machado, acerca do inciso I do art. 330 do CPC, menciona que "duas hipóteses autorizadoras de julgamento antecipado estão aqui previstas".⁴⁰

No momento que a matéria for única e exclusivamente de direito, tratada pelo inciso I, poderá haver o julgamento imediato do mérito, e isso não dependerá da revelia nem dos efeitos da mesma.

Em existindo a revelia⁴¹, quando seus efeitos possam ser efetivados mediante os fatos descritos na petição inicial tenham caráter incontroverso, é prescindível que as provas sejam produzidas em audiência, situação em que a segunda metade do inciso I prevê.

Antônio Cláudio da Costa Machado menciona que:

"Se antes da Lei n. 8.952/94 a revelia correspondia, em qualquer hipótese, à pior conduta que o réu poderia adotar no processo de conhecimento, de agora em diante a revelia assume a feição de uma das boas opções de que dispõe o demandado quando não possui argumentos fáticos ou jurídicos de peso para se defender"⁴².

Ainda, de acordo com José Rogério Cruz e Tucci:

"A situação processual em que se encontra o revel, portanto, é mais cômoda do que a daquele que apresenta defesa abusiva ou de cunho meramente protelatório"⁴³.

⁴⁰ **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor.** 6ª ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2002. p. 687.

⁴¹ Art. 319. Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor. Tanto autor quanto o réu poderão ser revéis, a aplicação da revelia poderá acontecer em ambos os casos; porém, na hipótese do autor, a revelia advém do mesmo não responder a reconvenção. O reconvido, em se tratando no ônus da resposta, deverá responder, e não fazer contestação. Destarte, existe a possibilidade de réu apenas reconvir ou dar qualquer outra espécie de resposta sem que os efeitos da revelia sejam aplicados, contanto que a resposta tenha suficiência ao se contrapor aos pontos expostos pelo autor. A contumácia é representada pelo instituo da revelia, ou seja, réu revel é aquele que não respondeu, o que, por consequência torna verídicos os fatos alegados. Portanto, existe a confissão ficta dos fatos alegados quando o réu não contesta nem responde. Quando o réu é considerado revel, aplicam-se o efeitos da revelia: presunção **júris tantum**, desfavorável ao reconvido, uma vez que os fatos alegados na petição inicial reputar-se-ão como verdadeiros e, também, o réu não mais será intimado dos demais atos processuais. A ausência pode ser notada pelo decurso do prazo para apresentar respostas aos processo, ou pela intempestividade da mesma, ou por não impugnar todos os pontos contidos na demanda inicial. Decorrente da relatividade de presunção dos fatos alegados na inicial serem verdadeiros, o réu poderá imediatamente afastar a suposta veracidade, mediante produção de provas que se mostrem suficientes para tanto.

⁴² (Antônio Cláudio da Costa Machado, *op. cit.*, p. 435)

⁴³ José Rogério Cruz e Tucci. **Tempo e Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 128)

No que diz respeito à antecipação de tutela, há, em nosso ordenamento jurídico, aqueles que defendem o que o término da instrução probatória é o momento derradeiro para que a tutela seja antecipada em primeiro grau, uma vez que a verossimilhança, único meio de se obter por meio de cognição sumária, previsto no *caput* do art. 273 do CPC, deixou de existir, substituído pelo juízo de certeza, advindo pelo fim da coleta de provas.

De acordo com Teresa Wambier:

"E há termo final, relativamente ao juiz de primeiro grau: após a coleta de prova é-lhe vedado antecipar os efeitos da tutela, ainda que o receio de dano (art. 273, I) ou o abuso do réu (art. 273, II) apareçam nesta oportunidade. (...) E isso, consoante dispõe o art. 273, porque a antecipação se limita a um juízo de verossimilhança. Esgotada a atividade probatória, surgirá a certeza, ultrapassando a singela plausibilidade"⁴⁴.

Oliveira Mendes ressalta:

"Atente-se para o fato de que o encerramento da audiência de instrução, seguida da apresentação de memoriais, é obstáculo à outorga da tutela antecipada, porque o juiz já está em condições de prover a tutela definitiva"⁴⁵.

Importante se faz ressaltar que todas as probabilidades de julgamento imediato encontram fundamento no livre convencimento do juiz.⁴⁶

Nelson Nery Junior, acerca da hipótese descrita no inciso II, descreve como sendo espécie do gênero contido no inciso I:

⁴⁴ (*Antecipação de Tutela*, In: Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). **Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela**. Ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 29)

⁴⁵ MENDES, O. **Tutela Antecipada**. 2º.ed. rev. São Paulo, 1999. p. 560.

⁴⁶ BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 11 jan. 1973: "Art.131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)"

Ainda, em nossa Carta Magna:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) omissis

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

"A hipótese é espécie do gênero previsto no inciso anterior, porque o principal efeito da revelia é fazerem-se presumir verdadeiros os fatos afirmados na petição inicial"⁴⁷.

Portanto, a primeira possibilidade de julgamento imediato existe quando as partes alegaram questão unicamente de direito; em segundo, se tratando de direito e de fato, a questão dispense produção de mais provas; já a terceira hipótese, depois que a revelia for verificada, os fatos alegados da demanda inicial reputem-se como incontroversos. Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior, cuja divisão das hipóteses de julgamento imediato é tripártide:

"Em todas as três hipóteses arroladas no art. 330, o juiz, logo após o encerramento da fase postulatória, já se encontra em condições de decidir sobre o mérito da causa, pois: a) se a questão controvertida é apenas de direito, não há prova a produzir, por absoluta irrelevância ou mesmo por falta de objeto, certo que a prova, de ordinário, se refere a fatos e não direitos, posto que *iura novit curia*; b) nos outros dois casos, também não se realiza a audiência por desnecessidade de outras provas, além daquelas que já se encontram nos autos (o juiz não deve, segundo o art. 130, promover diligências inúteis)"⁴⁸.

3.2 INCISO I, PARTE I, ART. 330 CPC

As demandas levadas a juízo, versando com matérias exclusivamente de direito, visando ao reconhecimento do mérito, dispensam os atos posteriores às providências preliminares⁴⁹, uma vez que as provas têm por utilidade ao processo como meio de esclarecer, causar aproximação do juiz à verdade de fato.

⁴⁷ Código de Processo Civil Interpretado. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 278.

⁴⁸ THEODORO JR., H. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume I. 24^o ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.

⁴⁹ BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 11 jan. 1973: "Art. 323. Findo o prazo para a resposta do réu, o escrivão fará a conclusão dos autos. O juiz, no prazo de 10 (dez) dias, determinará, conforme o caso, as providências preliminares, que constam das seções deste Capítulo.

Art. 324. Se o réu não contestar a ação, o juiz, verificando que não ocorreu o efeito da revelia, mandará que o autor especifique as provas que pretenda produzir na audiência. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1^o.10.1973)

Art. 325. Contestando o réu o direito que constitui fundamento do pedido, o autor poderá requerer, no prazo de 10 (dez) dias, que sobre ele o juiz profira sentença incidente, se da declaração da existência ou da inexistência do direito depender, no todo ou em parte, o julgamento da lide (art. 5^o).

Art. 326. Se o réu, reconhecendo o fato em que se fundou a ação, outro lhe opuser impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, este será ouvido no prazo de 10 (dez) dias, facultando-lhe o juiz a produção de prova documental.

Art. 327. Se o réu alegar qualquer das matérias enumeradas no art. 301, o juiz mandará ouvir o autor no prazo de 10 (dez) dias, permitindo-lhe a produção de prova documental. Verificando a existência

Ainda, presume-se que o juiz tem notório conhecimento do direito, que há o ***jura novit cúria***.⁵⁰

Destarte, realizar mais atos que posterguem o processo, que não julguem imediatamente o mérito, indo contra a própria celeridade processual, e o objetivo da demanda, é algo que vai contra o direito, contra o que o Estado, ao buscar à tutela das demandas, preceitua. Portanto, para que seja o direito efetivado, o julgamento deve ser realizado de forma imediata. Segundo José Eduardo Carneira Alvim:

“Como eu disse, se por ocasião da sentença, surgir algum obstáculo que impeça a prolação da sentença por exemplo, verificou o juiz a necessidade de uma diligência indispensável, tem o autor o direito à antecipação da tutela, presentes os pressupostos que a justifiquem. Não, porém, se, não tendo sido anteriormente deferida a antecipação da tutela, chegou-se ao clímax do processo de conhecimento, quando deve o juiz outorgar a tutela de mérito, compondo o conflito. É que existe um ponto além do qual não mais tem cabimento a tutela antecipada, como existe também um limite além do qual não cabe a concessão de tutela cautelar em primeiro grau de jurisdição”⁵¹.

O Supremo Tribunal Federal, nossa corte máxima, se posiciona a respeito de julgar imediatamente o mérito, entendendo que tal ato não culmina em cercar a defesa. Em entendimento do STF:

"O julgamento antecipado da lide, quando a questão proposta é exclusivamente de direito, não viola o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório”⁵².

3.3 INCISO I, PARTE II, ART. 330 CPC

de irregularidades ou de nulidades sanáveis, o juiz mandará supri-las, fixando à parte prazo nunca superior a 30 (trinta) dias.

Art. 328. Cumpridas as providências preliminares, ou não havendo necessidade delas, o juiz proferirá julgamento conforme o estado do processo, observando o que dispõe o capítulo seguinte.”

⁵⁰ O caráter de obrigatoriedade é a principal característica de uma lei que, a partir do momento que está vigorando, tem caráter obrigatório a todos. Segundo o art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil, ninguém se desculpa de cumprir a lei, mediante alegação do não conhecimento dela. Destarte, a ***ignorantia legis neminem excusat*** tem por fim garantir que a lei seja eficaz, eficácia essa que estaria em comprometimento se fosse admissível a alegação do não cumprimento da lei por mera ignorância, desconhecimento da mesma. Portanto, não há necessidade a prova em juízo da existência de uma norma jurídica, pois se parte do pressuposto essencial de que o juiz conhece o direito (***iura novit curia***). Entretanto, tal princípio não se aplica ao direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, conforme preceito do art. 337, CPC, em que a parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, irá provar o teor e a vigência somente se o juiz assim ordenar. GONÇALVES, C. R. Direito Civil: parte geral. 16º Ed. São Paulo: Saraiva, Coleção sinopses jurídicas, vol. I, p. 22.

⁵¹ (*Tutela Antecipada na Reforma Processual – Antecipação da Tutela na Ação de Reparação de Dano*. 2.ed. Curitiba :Juruá, 1999, p. 66)

⁵² (STF – 2ª T. – AI 2003.793-5-MG-AgRg, Rel. Min. Maurício Correa, j. 3.11.97, negaram provimento, v.u., DJU 19.12.97, p.53)

Na possibilidade de ser o de direito e de fato, e a questão dispensar produção de demais provas, existem ramificações no que concerne às interpretações advindas da terminologia imprecisa que o legislador adotou. De acordo com o que a lei dispõe, o juiz, no momento em que a questão de fato e de direito é apresentada, o juiz conhece o pedido de maneira direta, e pronuncia a sentença, uma vez que não precisariam ser produzidas provas em audiência. Porém, quando se faz necessário que a atividade probatória exista, isso já não possibilita que o julgamento de mérito seja imediato. Tal fato pode ocorrer mesmo que as provas não sejam produzidas em audiência, mas anteriormente ao saneamento processual.⁵³

Segundo Cândido Rangel Dinamarco :

"A razão pela qual se permite a antecipação do julgamento do mérito é invariavelmente a desnecessidade de produzir provas"⁵⁴.

Permite-se que o mérito seja julgado imediatamente no momento em que, anterior ao saneamento do processo, for desnecessária a dilação probatória para o fim de um convencimento fiel do juiz.

No entanto, no que diz respeito às possibilidades com previsão legal para julgar o mérito de imediato, é preciso salientar que a medida mencionada é a que necessita de muito cuidado por parte do juiz, uma vez que é crucial evitar a possibilidade de um cerceamento de defesa, diferente do que acontece em uma questão exclusiva de direito, onde a sentença não poderá ser anulada.

Theotônio Negrão afirma que:

"Não obstante, deve o juiz ser cauteloso no julgar antecipadamente a lide, pois há um grande número de sentenças anuladas, nesse caso, por cerceamento de defesa"⁵⁵.

⁵³ BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 11 jan. 1973: "Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

Entretanto, o juiz não deverá deixar de julgar imediatamente o mérito quando houver viabilidade para tanto, de modo a afastar a atividade probatória de cunho dispensável. O processo é um instrumento da convicção do julgador, o seu livre entendimento⁵⁶ é crucial para a o desfecho da questão.

O art.130 do CPC, no sentido supramencionado, proclama que:

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Faz-se se suma importância atentar ao fato de que se algum dos litigantes exigirem a dilação das provas, o juízo deve dar a faculdade à parte para dar justificativa à produção. Subentende-se que o julgador seja exímio conhecedor do direito, mas não há entendimentos exatos. O direito busca a melhor forma de resolução da lide, e dar a prestação jurisdicional mais adequada, o fim maior é um julgamento satisfatório e respeitando ao ordenamento jurídico vigente. Mas, em não ser uma ciência matemática, o direito e, por consequência, seus operadores, estão sujeitos a atos errôneos, passíveis de contestação e dúvidas. Mesmo na análise da necessidade ou não de produção de demais provas após as partes se pronunciarem, o juiz é passível de cometer enganos. O juiz tem notório conhecimento das leis, mas nosso ordenamento não se baseia em mera Exegese⁵⁷,

⁵⁶ “o princípio do livre convencimento é mais extenso do que o enunciado legal e não é tão largo”. Ainda, “não é tão largo porque esta limitado aos fatos trazidos pelas partes.” Expõe o autor que “é mais extenso que o enunciado legal. Não só em relação à prova o juiz é livre pra se convencer. Além do dado probante, o juiz é livre para se convencer quanto ao direito e justiça da solução a ser dada no caso concreto”. PORTANOVA, R. **Princípios do Processo Civil**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. (1977, p. 235, apud PORTANOVA, 1999, p. 245).

De acordo com Grinover e Dinamarco (2008, p. 74, grifos dos autores) : O Brasil também adota o princípio da persuasão racional: o juiz não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos (***quod non est in actis non est in mundo***), mas a sua apreciação não depende de critérios legais determinados *a priori*. O juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas os avalia segundo critérios críticos e racionais (CPC, arts. 131 e 436; CPP, arts. 157 e 182). Essa liberdade de convicção, porém, não equivale à sua formação arbitrária: o convencimento deve ser motivado ([...]), não podendo o juiz desprezar as regras legais por ventura existentes ([...]) e as *máximas de experiência* (CPP, art. 335).

ARAÚJO CINTRA, A. C. de. GRINOVER. A. P. DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

⁵⁷ A Escola da Exegese é, com razão, muito criticada por várias de suas características. Dentre elas, podemos destacar: a idolatria da lei, a negação da existência de lacunas no Código Napoleônico, a redução do direito à lei e a visão do Estado como única fonte do direito. Muitas das idéias dessa corrente científica foram superadas pelas idéias das correntes posteriores a ela. Entretanto, tal fato não significa que o ordenamento jurídico brasileiro não possui algum tipo contribuição advinda da Escola da Exegese. Dentre essas contribuições, podemos destacar: a ênfase na importância da lei na busca pela segurança jurídica, a importância na criação do conceito de estado democrático de direito e o fortalecimento do princípio da legalidade, que é considerado importantíssimo em muitos

os julgamentos não extravazam ao sistema legal, porém a fundamentação subjetiva de quem julga, aliada a princípios sem os quais não há possibilidade de um correto entendimento final, está dentro do caráter da essencialidade, não havendo meios de eximir-se da subjeção da pessoa do julgador.

Quando o magistrado não tiver seu convencimento a respeito dos fatos, ele tem o dever de determinar a atividade probatória, incluindo a produção de provas em audiência. Marcelo Abelha Rodrigues menciona que:

“Parece-nos, contudo, que deve ficar claro, quanto ao julgamento antecipado da lide, que a sua ocorrência é atípica e está relacionada com a desnecessidade de realização de audiência pelo simples fato de que o magistrado já está convencido acerca da lide. Nesse diapasão, não entendemos como obrigatório o julgamento antecipado da lide nas hipóteses dos incisos do art. 330 do CPC se o juiz ainda não atingiu o seu convencimento acerca dos fatos narrados no processo”⁵⁸.

O Código de Processo Civil tem previsão para a possibilidade do art. 330, em que os fatos alegados na petição inicial são considerados incontroversos. Tal hipótese é a mais facilmente identificada pelos operadores do direito, e, concomitantemente, a que se faz mais confusão acerca da nomenclatura. Há uma lacuna advinda do legislador, pois ao ler o artigo, existe a autorização do julgamento imediato do mérito quando ocorrer a revelia

No entanto, a possibilidade mencionada no inciso II, art. 330 do CPC não se condiciona apenas à revelia, há necessidade de que seja verificado e aplicado o efeito de veracidade enquanto presunção⁵⁹, ou seja, não pode haver controvérsias nos fatos descritos pelo autor do processo.

Destarte, em ocorrendo a presunção da veracidade, o magistrado poderá julgar imediatamente o mérito.

Nos ensinamentos de Ovídio Baptista da Silva, no que concerne ao art. 319 do CPC:

“O Código de 1939, como o direito brasileiro anterior, mantiveram-se fiéis ao princípio de que a revelia não eximia o autor de demonstrar a procedência

ordenamentos jurídicos da atualidade, sejam eles provenientes do sistema romano-germânico, do sistema de common law ou, até mesmo, do sistema proveniente da Sharia (Lei Islâmica). Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/23137/a-escola-da-exegese-origem-caracteristicas-e-contribuicoes#ixzz3GK7B1tbO> Acesso em: 12/10/2014.

⁵⁸ RODRIGUES, M. A. **Elementos de Direito Processual Civil**. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 159.

da demanda, não dispensando, em princípio, a realização da audiência de instrução e julgamento, quando, pela natureza das alegações do autor, se houvesse de produzir prova oral, não obstante existir o preceito do art. 209 daquele Código, a dispor que o fato alegado por uma das partes e não contestado pela outra seria admitido como verídico – presunção esta, todavia, que o juiz levaria em conta somente no caso em que a admissibilidade do fato não contestado se harmonizasse com o conjunto da prova”.

E prossegue:

“(…) Como agora a revelia acarreta a presunção de serem verdadeiros os fatos afirmados pelo autor (art. 319 do CPC), pela mesma razão torna-se supérflua a audiência de instrução e julgamento, pois os fatos que aí se provariam passam a ser admitidos como verdadeiros, ficando o juiz autorizado a julgar antecipadamente a lide (art. 330)”⁶⁰.

O juiz, ao aplicar o artigo 319, deverá ter cautela, uma vez que o intuito de tal artigo não é o de obrigar a aceitação de fatos cujo conhecimento é de que são inverídicos, ou que não haja verossimilhança ou que não encontrem compatibilidade com fatos narrados na inicial. Não é qualquer situação cuja falta de contestação acarretaria com a presunção de que o que foi alegado da petição inicial é verdadeiro.

De acordo com José Carlos Barbosa Moreira:

“(…) A despeito do teor literal do art. 319, não fica o juiz vinculado, ao nosso ver, à aceitação de fatos inverossímeis, notoriamente inverídicos ou incompatíveis com os próprios elementos ministrados pela inicial, só porque ocorra a revelia; ademais, o pedido poderá ser declarado improcedente, *v. g.*, em consequência [sic] da solução *da questão de direito* em sentido desfavorável ao autor. O resultado mais freqüente, [sic] na prática, todavia, será naturalmente a vitória deste sobre o revel”⁶¹.

A revelia teve uma mudança de status, cujo anterior era de óbice processual para o réu no processo de conhecimento, mas, uma vez que o réu tenha conhecimento de que as alegações de fato ou jurídicas não teriam consistência, a revelia mostrou-se como algo favorável. A vantagem em não apresentar contestação e esperar pelo julgamento antecipado da lide, prolatando a sentença, seria maior.

⁶⁰ SILVA, O. A. B da. **Curso de Processo Civil**. Volume 1. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 332-333.

⁶¹ MOREIRA, J. C. B. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 22 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002. p. 98.

De maneira posterior, haveria possibilidade para o réu interpor a apelação, oferecendo melhores argumentos do que os que utilizariam no momento de contestar.

O recurso apelativo iria produzir, exceto os casos do art. 520 do CPC62, o efeito suspensivo⁶³ do processo e, como consequência, o apelante se tornaria imune à possibilidade de invasão do próprio patrimônio, ordem essa advinda do julgador.

Para que os fatos descritos na petição inicial possam ser presumidos como verdadeiros, haja vista não terem sido contestados, é fundamental que tal fato seja advertido no mandado de citação, como o art. 285 do CPC⁶⁴ condiciona.

⁶² BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 11 jan. 1973: “Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

I - homologar a divisão ou a demarcação; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

II - condenar à prestação de alimentos; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

III - julgar a liquidação de sentença; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973) (Revogado pela Lei nº 11.232, de 2005)

IV - decidir o processo cautelar; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

V - julgar improcedentes os embargos opostos à execução. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

V - rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes; (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994)

VI - julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem. (Incluído pela Lei nº 9.307, de 23.9.1996)

VII - confirmar a antecipação dos efeitos da tutela; (Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

⁶³ No que diz respeito ao denominado efeito suspensivo, segundo a conceituação clássica, este seria o impedimento da eficácia (produção de efeitos) da decisão recorrida.

Por regra geral, o legislador definiu que as decisões que extinguem o processo não são dotadas de efeito imediato, ou seja, proferida uma decisão terminativa, sabe-se qual será o seu efeito, contudo a sua aplicação ficaria “suspensa”, pendente da ocorrência do trânsito em julgado, impedindo, assim, que seja realizado o cumprimento da decisão judicial.

Contudo, como no direito nada é absoluto, existem decisões que, por vontade do legislador, podem produzir os seus regulares efeitos de forma imediata, em dadas circunstâncias e presentes os requisitos específicos.

É o caso das decisões interlocutórias, previsto no §2º do artigo 162 do Código de Processo Civil, que, apesar de não possuir a função terminativa do processo, é o ato produzido pelo juiz que resolve questões incidentais.

Vale ressaltar que coube ao legislador estipular quando as decisões possuiriam efeitos imediatos.

Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/30044/o-efeito-suspensivo-das-sentencas-e-sua-influencia-sobre-a-execucao-imediata#ixzz3GKXdPLRb>> Acesso em: 13/10/2014.

⁶⁴ BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 11 jan. 1973: “Art. 285. Estando em termos a petição inicial, o juiz a despachará, ordenando a citação do réu, para responder; do mandado constará que, não sendo contestada a ação, se presumirão aceitos pelo réu, como verdadeiros, os fatos articulados pelo autor. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. (Incluído pela Lei nº 11.277, de 2006)

§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação. (Incluído pela Lei nº 11.277, de 2006)

§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso. (Incluído pela Lei nº 11.277, de 2006)

O art. 319 não esgota as possibilidades de que sejam presumidos os fatos alegados na inicial como verdadeiros, e conseqüentemente o seu julgamento imediato. O caput do art.302⁶⁵ do CPC também apresenta tal hipótese, quando, ainda que seja oferecida resposta à inicial, não é feita impugnação específica aos fatos mencionados. Portanto, tais fatos são entendidos como incontroversos, necessitando da dilação probatória, de acordo com o art. 304⁶⁶, inciso III. Esse artigo dá autorização para que haja julgamento imediato do mérito, uma vez que o magistrado deve ter seu convencimento acerca da presunção de veracidade contida nos autos; nesse momento sua livre convicção sobre a verdade deve ser suficiente para que a demanda tenha seu curso normal e conseqüente desfecho.

O art. 320⁶⁷ do Código de Processo Civil exclui o julgamento imediato, mesmo havendo revelia. As hipóteses elencadas pelo nosso CPC agrega a pluralidade de réus, em que um deles, no mínimo, conteste; ou se a lide versar sobre direitos indisponíveis; ou, ainda, se o instrumento público não acompanhar a inicial, haja vista a lei considerar imprescindível à prova do ato.

Há, ainda, a possibilidade de citação do réu por edital ou por hora certa. A citação por hora certa é ficta, uma vez que, ao se presumir que o réu está se

Art. 285-B. Nos litígios que tenham por objeto obrigações decorrentes de empréstimo, financiamento ou arrendamento mercantil, o autor deverá discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, quantificando o valor incontroverso. (Incluído pela Lei nº 12.810, de 2013)

Parágrafo único. O valor incontroverso deverá continuar sendo pago no tempo e modo contratados. (Incluído pela Lei nº 12.810, de 2013)

§ 1º O valor incontroverso deverá continuar sendo pago no tempo e modo contratados. (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 12.873, de 2013)

§ 2º O devedor ou arrendatário não se exime da obrigação de pagamento dos tributos, multas e taxas incidentes sobre os bens vinculados e de outros encargos previstos em contrato, exceto se a obrigação de pagar não for de sua responsabilidade, conforme contrato, ou for objeto de suspensão em medida liminar, em medida cautelar ou antecipação dos efeitos da tutela. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013)

⁶⁵ Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo:

I - se não for admissível, a seu respeito, a confissão;

II - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato;

III - se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

Parágrafo único. Esta regra, quanto ao ônus da impugnação especificada dos fatos, não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público.

⁶⁶ Art. 304. É lícito a qualquer das partes argüir, por meio de exceção, a incompetência (art. 112), o impedimento (art. 134) ou a suspeição (art. 135).

⁶⁷ Art. 320. A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente:

I - se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação;

II - se o litígio versar sobre direitos indisponíveis;

III - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato.

eximindo de ser citado judicialmente, após a terceira tentativa do oficial de justiça em encontrar o réu for frustrada, ele avisará algum vizinho, porteiro ou alguma pessoa que viva perto da moradia do réu, ou mesmo alguém que viva com ele, que entregará a citação em tal dia e hora. Se, ainda assim, o requerido ausentar-se, a citação será deixada com alguém que se responsabilizará de entregá-la e, portanto, considera-se o réu citado a consciente dos demais atos processuais. A citação por edital também pode ser considerada ficta, pois a possibilidade do réu saber que está sendo parte de uma demanda jurídica, apenas por seu nome se encontrar em um edital, é ínfima.

Como nos casos supramencionados não há contestação, o art. 9º⁶⁸ do CPC dispõe que, ainda que revel, será nomeado um curador especial, que poderá contestar os fatos, e, por conseguinte, impossibilitar o imediato julgamento de mérito baseando-se no art. 330, inciso II.

De acordo com Humberto Theodoro Júnior:

“Mas, por outro lado, o art. 9.º, nº II, manda dar curador especial ao revel citado por edital ou com hora certa, o que leva à conclusão de que esse curador terá a função de contestar a ação em nome do réu, o que exclui a figura da própria revelia.

(...) É bem possível, na prática, que tomando ciência do edital ou da citação por hora certa, o réu compareça e peça vista dos autos, mas deixe de produzir contestação. Nessa hipótese, o citado por edital ou com hora certa estará incurso em revelia, com todos os consectários do art. 319. Mas, quando o revel mantiver-se totalmente ausente do processo e sua citação for resultado apenas de uma presunção legal, não haverá lugar para a eficácia do art. 319”⁶⁹.

Existe, também, a possibilidade de o autor, antecedendo a sentença, ajuizar uma ação declaratória incidental⁷⁰, tornando impraticável o julgamento imediato,

⁶⁸ Art. 9º O juiz dará curador especial:

I - ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele;
II - ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa.

Parágrafo único. Nas comarcas onde houver representante judicial de incapazes ou de ausentes, a este competirá a função de curador especial.

⁶⁹ THEODORO JR., H. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume I. 24º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 397.

⁷⁰ Em regra, os limites objetivos da demanda (matéria sobre a qual o juiz se pronunciará no dispositivo da sentença, fazendo coisa julgada) são fixados no momento em que o réu responde à demanda. A ação declaratória incidental tem por objetivo permitir à parte, diante de um fato superveniente, ampliar esses limites, levando ao juiz fatos novos, referentes à mesma matéria, sobre os quais ele terá que se pronunciar, decidindo e evitando uma nova demanda que verse sobre questão que prejudicaria o julgamento da demanda inicial (art. 5º). Com a ação declaratória incidental, a relação jurídica, que não era objeto do pedido da ação principal, será alcançada pela coisa julgada. Ou seja, a questão prejudicial, que normalmente é decidida de modo a não fazer coisa julgada (art. 469, III), passa a ter essa autoridade com a propositura da ação declaratória incidental (art. 470). Ex: se o autor promove ação de despejo, pode o réu propor ação declaratória incidental

ainda que réu seja revel. Deverá haver, nessa hipótese, uma nova citação, o que fará com que os efeitos da revelia não mais existam diante do atual prazo de resposta. Se houver nova revelia, só então estará autorizado o julgamento imediato do mérito.

José Carlos Barbosa Moreira, acerca da questão, ressalta:

“Mesmo, porém, que o réu tenha permanecido revel, exclui-se a possibilidade do julgamento antecipado da lide se, antes de o juiz sentenciar, o autor requerer a declaração incidente de relação jurídica prejudicial (ação declaratória incidental). Será então necessário fazer citar de novo o réu, a quem se assegura o direito de responder no prazo de 15 dias (art. 321), desaparecendo os efeitos da revelia primitiva. O julgamento antecipado da lide somente voltará a tornar-se cabível se, diante da nova citação, o réu persistir em manter-se revel”⁷¹.

Ainda, de acordo com art. 330 do CPC, I, se o revel comparecer em juízo antes do julgamento e expressar a vontade na produção de provas, não poderá o mérito ser julgado de maneira imediata. A parte não poderá oferecer, no entanto, oposição ao julgamento imediato se não pugnar pela atividade probatória específica.

Quando houver reconvenção,⁷² também haverá obstáculo no que diz respeito ao julgamento imediato, pois no momento em que a parte reconvir e tiver o mérito analisado e depender da dilação das provas, ou a reconvenção não depende da dilação probatória, entretanto a demanda de origem depende, o magistrado não poderá julgar o mérito da reconvenção ou da demanda de origem.

Nas palavras de Ovídio Baptista da Silva:

visando a declaração da inexistência da locação. Essa relação jurídica (locação) não era objeto do pedido, embora necessariamente integrasse a causa de pedir. Assim, caso não proposta a declaratória incidental, a sentença, em sua parte dispositiva, somente poderia versar sobre a procedência ou não do despejo, mas a locação em si não faria coisa julgada. Proposta a ação declaratória incidental, também a relação locatícia integrará a coisa julgada, evitando futuras demandas sobre o mesmo tema. Disponível em: <<http://leticiaalderaro.blogspot.com.br/2007/05/ao-declaratoria-incidental.htm>> Acesso em: 17/10/2014.

⁷¹ MOREIRA, J. C. B. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 22º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 99.

⁷² BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 11 jan. 1973: “Art. 315. O réu pode reconvir ao autor no mesmo processo, toda vez que a reconvenção seja conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa.

§ 1º Não pode o réu, em seu próprio nome, reconvir ao autor, quando este demandar em nome de outrem.

§ 2º Não se admitirá reconvenção nas causas de procedimento sumaríssimo.

Art. 316. Oferecida a reconvenção, o autor reconvinado será intimado, na pessoa do seu procurador, para contestá-la no prazo de quinze (15) dias.

Art. 317. A desistência da ação, ou a existência de qualquer causa que a extinga, não obsta ao prosseguimento da reconvenção.

Art. 318. Julgar-se-ão na mesma sentença a ação e a reconvenção.

“Julgar-se-ão na mesma sentença a ação e a reconvenção, segundo dispõe o art. 318 do CPC. Pelo que se depreende do dispositivo, ainda que o juiz pudesse julgar a reconvenção sob forma de "julgamento antecipado da lide" (art. 330 do CPC), desde que, quanto a ela, fosse desnecessária a produção de provas em audiência, não poderá fazê-lo, devendo reservar-se para julgar a ação e a reconvenção na mesma sentença”⁷³.

3.4 CONSIDERAÇÕES E RESPEITO DA TUTELA ANTECIPADA E DA MEDIDA CAUTELAR E O JULGAMENTO IMADIATO DE MÉRITO

O instituto da antecipação de tutela e o julgamento imediato de mérito buscam ambos a celeridade dos atos processuais. No entanto, são diversos entre si, até mesmo à época em que foram introduzidos em nossa ordem jurídica, datando de 1973 e 1994.

A sentença de mérito, ao declarar a procedência de um pedido seja parcial ou mesmo imediatamente, não visa a satisfazer o bem da vida buscado pelo requerente, enquanto puder ser modificado advinda de provimento de recurso, caso em que, caso seja interposto recurso, não haver produção de coisa julgada material.⁷⁴ Poder-se-ia acreditar que julgar imediatamente o mérito teria mais eficácia do que a antecipação de tutela; entretanto, sem em primeiro grau o procedimento tiver rapidez, assim como a produção célere da sentença pelo juízo, não há que se aplicar a tutela antecipada.

De acordo com Kazue Watanabe:

“Mesmo julgado o mérito, o direito subjetivo da parte poderá continuar insatisfeito e terá de aguardar a solução de eventual recurso do vencido para entrar no estágio de execução forçada”⁷⁵.

O julgamento imediato do mérito não produz, na maior parte dos casos, efetivos imediatos, visando a resguardar a uma efetiva prestação jurisdicional.

O art. 273 do Código de Processo Civil busca evitar os danos que os atos do processo, e a demora advinda dos trâmites legais possam causar pela falta de uma

⁷³ SILVA, O. A. B. da. **Curso de Processo Civil**. Volume 1. 5º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 323.

⁷⁴ Encontra relação com o princípio constitucional da segurança jurídica, art. 5º, XXXVI, inerente a um Estado Democrático de Direito tal como é o Brasil. Não é sujeito à modificação em nossa Carta Maior, nem por emenda, por concernir a um direito fundamental.

⁷⁵ In **Reforma do Código de Processo Civil**, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 38.

decisão imediata, mesmo que o mérito da questão tenha sido avaliado de forma imediato logo após as providências preliminares.

De acordo com Marinoni, a tutela antecipada não pode ser proferida no mesmo ato cuja sentença foi emanada. Ela deverá, ainda que na sentença, ser proferida, porém em ato diferente, mediante uma decisão interlocutória,⁷⁶ haja vista os recursos não serem os mesmo, e os próprios efeitos são outros, tanto na sentença quanto na tutela antecipada.⁷⁷

O instituto da tutela antecipada não antecipada o provimento jurisdicional, mas sim o bem maior pretendido pelo autor, justamente o bem da vida que o provimento jurídico visa a tutelar, são antecipados os efeitos da tutela pretendida. Antecipar o julgamento não faz com que a urgência específica seja produzida. No entendimento da maior parte da doutrina, deverá ser concedida tutela antecipada na sentença, não havendo necessidade de uma decisão interlocutória separadamente, pois a antecipação da tutela no momento da sentença é justamente para provocar exclusão do efeito suspensivo⁷⁸ da apelação.

A antecipação de tutela não se enquadra como simples possibilidade de julgamento antecipado da lide, mas sim como finalidade de eliminar uma possível situação que coloque em perigo o direito, uma vez que não poderá, tal direito, sofrer algum dano advindo de atos processuais que não sejam céleres ou não oferecem a proteção esperada e imediata.

Nas palavras de Nelson Nery:

“Além de ser medida distinta das cautelares, a tutela antecipatória também não se confunde com o julgamento antecipado da lide (CPC 330). Neste, o juiz julga o próprio mérito da causa, de forma definitiva, proferindo sentença de extinção do processo com apreciação da lide (CPC 269). Nos casos do CPC 273 o juiz antecipará os efeitos da sentença de mérito, por meio de decisão interlocutória, provisória, prosseguindo-se no processo. No julgamento antecipado da lide, há sentença de mérito impugnável por apelação e sujeita à coisa julgada material; na tutela concedida

⁷⁶ BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 11 jan. 1973: “Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§ 1º Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa.

§ 2º Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.

§ 3º São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma.”

⁷⁷ MARINONI, L. G. **A antecipação da tutela**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 141.

⁷⁸ No efeito suspensivo, um recurso ataca os efeitos da sentença emanada, suspendendo-os. Tal sentença não poderá ter sua execução, até que o recurso tenha julgamento.

antecipadamente há decisão interlocutória, impugnável por agravo e não está sujeita à coisa julgada material⁷⁹.

Já no processo cautelar, poderá haver antecipação do julgamento da lide quando o réu for revel, ou, ainda que o réu tenha contestado tempestivamente, não se faça necessária realizar audiência, pela inexistência da necessidade em colher provas.

⁷⁹ NERY JR., N. & NERY, R. M. de A. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor. São Paulo: RT, 2002. p. 25.

4 TUTELAS SUMÁRIAS URGENTES E NÃO-URGENTES NO PROJETO DO NOVO CPC

Tanto a tutela antecipada quanto a medida cautelar, no Projeto do Novo Código de Processo Civil, são tratadas pelo novo CPC de forma alterada.

O CPC, publicado em 1973, já sofreu muitas alterações e reformas, visando à rapidez processual, economia, satisfação etc. O novo Código de Processo Civil terá modificações estruturais, visando melhorar nosso sistema processual, oferecendo maior agilidade e significativa desburocratização nos atos inerentes ao processo.

Humberto Theodoro Júnior ressalta que:

“[...] o texto do Código de Processo Civil sofreu, nos últimos anos, várias reformas, todas com um só e principal objetivo: acelerar a prestação jurisdicional, tornando-a mais econômica, mais desburocratizada, mais flexível e mais efetiva no alcance de resultados práticos para os jurisdicionados”⁸⁰.

O instituto da antecipação de tutela sempre foi a garantia que o direito, em uma momento em que o mesmo corre algum risco de dano, será, imediatamente tutelado, resguardado nos casos devidos, de forma a satisfazer o caráter emergencial de algumas demandas. Destarte, o direito subjetivo material poderá ser efetivado sem riscos de que toda a burocracia e tempo o façam perecer.

Nas palavras do ministro Luiz Fux:

“Nós vamos esgotar na parte geral do código uma forma específica de justiça para esses casos de tutela jurisdicional, que vai ser a tutela jurisdicional de urgência. Haverá uma previsão da possibilidade do juiz prover de forma urgente e ele vai dar a solução sob a medida que o caso reclama. Nós vamos acabar com o livro de processo cautelar. Isso passa a ser um poder que o juiz tem de defesa da jurisdição. Ele tem de prestar a Justiça, então não pode deixar que a justiça se frustrate. Ele tem de dar uma solução que permita evitar que quando ele for decidir não haja mais possibilidade de obter-se um resultado útil”⁸¹.

⁸⁰THEODORO JR, H. **Curso de Direito Processual Civil – Volume II – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência**. Páginas 14-15.

⁸¹ FUX, L. Entrevista: **Anteprojeto do novo CPC prevê recurso único**, em 24/02/2010. Disponível em :<<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 21 out. 2014.

O que nosso CPC atual traz são as duas medidas visando assegurar o cumprimento de um direito frente à de urgência: a tutela de urgência é o gênero das espécies cautelar e antecipada. Ambas exigem o perigo na demora, como preceito, assim como para que possa haver deferimento da tutela antecipando um ou mais direitos é preciso que haja um pedido incontroverso.⁸²

Humberto Theodoro Júnior, acerca dos efeitos da tutela antecipada, menciona que:

“São reclamos de justiça que fazem com que a realização do direito não possa, em determinados casos, aguardar a longa e inevitável demora da sentença final”⁸³.

Ainda, o doutrinador conclui:

“Tanto a medida cautelar propriamente dita como a medida antecipatória representam providências, de natureza emergencial, executiva e sumária, adotadas em caráter provisório”⁸⁴.

4.1 TUTELA DE URGÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

As medidas que visam acautelar um direito são meios eficazes para conservar ou garantir que o direito seja cumprido futuramente, enquanto o magistrado não emana a sentença. A lide é o objetivo maior do processo principal, sendo que a função da cautelar é de dar auxílio ao resguardo do processo principal e, por consequência, suprimindo de forma temporária o litígio.

⁸² BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 11 jan. 1973: “Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo:

I - se não for admissível, a seu respeito, a confissão;

II - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato;

III - se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

Parágrafo único. Esta regra, quanto ao ônus da impugnação especificada dos fatos, não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público.

⁸³ JUNIOR, H. T. Curso de Direito Processual Civil – Volume II – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. Páginas 376-379.

⁸⁴ *Id.*

A ação cautelar diz respeito em obter o direito de que providências jurisdicionais sejam realizadas mediante interesse do demandante, com o fim de conservação ou assegurar os elementos processuais, de forma a eliminar a iminência de algum perigo ou prejuízo de cunho irreparável ao interesse do requerente. A cautelar visa a segurança e garante eficácia no resultado das atividades cognitivas⁸⁵ e executivas.

De acordo com a art. 798 do CPC:

Art. 798 - 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.

O processo cautelar tem relatividade na independência, pois a depender da situação o processo principal, como o de conhecimento, poderá ser dispensado. A cautelar visa a garantir um resultado satisfatória, protegendo tal resultado de um processo cuja insegurança de efetividade é verificada.

Marcus Vinícius Rios Gonçalves, no que diz respeito às espécies de processos no nosso CPC:

“O Código de Processo Civil classificou os processos em três grandes categorias, cada qual relacionada a um tipo de provimento: o de conhecimento, em que há uma crise de certeza, a ser solucionada por sentença que decida qual das partes tem razão; o de execução, que supõe uma crise de inadimplemento, em que o devedor não quer cumprir, voluntariamente, a obrigação, consubstanciada em título executivo, obrigando o juiz a determinar providências satisfativas; e o cautelar, que pressupõe uma crise de segurança, em que se buscam providências que assegurem o resultado final do processo, afastando os riscos da demora. Essa a sua finalidade: afastar, por medidas preventivas, uma situação de ameaça aos demais resultados do processo”⁸⁶.

Ainda, nas palavras do supracitado autor:

“Tem sido grande a preocupação do legislador com as chamadas tutelas de urgência, imprescindíveis para a efetividade do processo. Elas preservam o resultado e evitam que o réu possa aproveitar-se da demora para auferir vantagens indevidas. A ampliação das hipóteses de cabimento é prova inequívoca dessa preocupação do legislador. As cautelares são

⁸⁵ Alexandre Freitas Câmara entende que: “Cognição é a técnica utilizada pelo juiz para, através da consideração, análise e valoração das alegações e provas produzidas pelas partes, formar juízos de valor acerca das questões suscitadas no processo, a fim de decidi-las.” CÂMARA, A. F. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2009. p. 263.

⁸⁶ GONÇALVES, M. V. R. **Novo Curso de Direito Processual Civil** – Volume 3. p. 241-272.

fundamentais para afastar o risco decorrente da demora; incluem-se com as antecipadas, entre as espécies do gênero “tutelas de urgência”⁸⁷.

No que concerne ao caráter instrumental do processo, que era obtida por um processo com autonomia, será extinta a necessidade em se propor uma ação autônoma depois que a medida tenha efetividade, além da eliminação de vários gêneros de cautelares, os quais serão resumidos em um único nome.

O processo, no ordenamento jurídico brasileiro, tem caráter individual: relação processual, provimento e objeto próprios e, ainda, quando apartado dos processos de conhecimento e execução, ele busca um fim diferenciado.

O processo cautelar, no atual Código de Processo Civil tem o caráter acessório, ou seja, as medidas cautelares não existem por si só, mas visam somente proteger o provimento existente nos autos principais, e, se não houver o processo principal, as medidas cautelares não permanecem.

O processo cautelar é, também, autônomo, formado por uma nova relação processual, com citação e sentença próprias.

Há uma nova relação processual, a qual exige citação e é julgada por sentença própria, havendo a hipótese de um julgamento uno.⁸⁸ Também tem caráter emergencial, aonde há suposição de risco ao direito. A cognição é sumária, superficial e plena, ou seja, é suficiente que o direito tenha apenas aparência e existir perigo; nesse caso, já cabe medida cautelar. O processo cautelar é provisório, ele existe até que desapareçam sanado os perigos iminentes. Tem caráter revogável, de acordo com o art. 807 do Código de Processo Civil.⁸⁹

Por fim, não existe coisa julgada material, uma cautelar não se torna de cunho definitivo.

No projeto do Novo CPC, as medidas cautelares serão abolidas abrangidas pelos artigos 276 e 277.⁹⁰

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 11 jan. 1973: “Art. 455. A audiência é una e contínua. Não sendo possível concluir, num só dia, a instrução, o debate e o julgamento, o juiz marcará o seu prosseguimento para dia próximo.

⁸⁹ Art. 807. As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas. Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a medida cautelar conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

⁹⁰ Art. 276. A tutela de urgência será concedida quando forem demonstrados elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como o risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

O pedido para tutela de urgência será feito de maneira antecipada ou durante o processo, salientando que a nomenclatura não mais terá importância. No CPC atual, por exemplo, existem as cautelares nominadas e inominadas⁹¹; no novo CPC isso já não terá destaque, bastando que os requisitos essenciais, que não foram alterados drasticamente, sejam respeitados.

No Projeto do Novo Código de Processo Civil, as condições para concessão de tutela de urgência são os mesmos para as medidas cautelares: o *fumus bonis iuris*, significando que o direito precisa ser plausível, portanto não é todo e qualquer perdido de rapidez e ameaça de direitos que terá deferimento.

É necessário que haja perigo de dano irreparável ou difícil reparação, o *periculum in mora*, ou seja, que o perigo na demora possa acarretar risco no cumprimento eficaz do direito.

Luiz Orione Neto ressalta:

“A urgência constitui, sem dúvida alguma, requisito necessário e indispensável à concessão da tutela cautelar. É, por assim dizer, o seu pressuposto *sine qua non*, na medida em que a tutela cautelar é espécie do gênero tutela urgente. Nem poderia ser de outro modo; afinal, um dano iminente exige uma providência urgente, ou seja, uma providência cautelar”⁹².

Entretanto, há mudanças nos procedimentos, celebradas nos artigos 279 a 285 do Novo CPC. A citação coincide com o prazo atual do CPC, que é de cinco dias para que seja apresentada a contestação e indicar a atividade probatória, sem grandes alterações no que diz respeito ao art. 802⁹³ do Código Processual vigente. A inicial deverá fundamentar e expor sumariamente o direito ameaçado ou com receio de lesão iminente. No que diz respeito aos prazos, à revelia e prazos para que o magistrado profira a sentença também não há mudanças significativas.

Art. 277. Em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o juiz poderá conceder medidas de urgência de ofício.”

⁹¹ As medidas cautelares típicas ou nominadas dizem respeito às medidas aquelas com previsão expressa no Código de Processo Civil; já as cautelares atípicas ou inominadas concernem às medidas sem previsão taxativa no CPC.

⁹² NETO, L. O. **Processo Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 57.

⁹³ BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 11 jan. 1973: “Art. 802. O requerido será citado, qualquer que seja o procedimento cautelar, para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido, indicando as provas que pretende produzir.

Parágrafo único. Conta-se o prazo, da juntada aos autos do mandado:

I - de citação devidamente cumprido;

II - da execução da medida cautelar, quando concedida liminarmente ou após justificação prévia.

Uma inovação no Novo CPC concerne ao art. 282, que dispõe que “Impugnada a medida liminar, o pedido principal deverá ser apresentado pelo requerente no prazo de trinta dias ou em outro prazo que o juiz fixar.”

O parágrafo 1º extinguirá o ato de propor uma nova ação principal dependente desta, sendo o pedido principal contido nos mesmos autos, o que evita que novas custas sejam recolhidas e, de acordo com o próximo parágrafo, não há necessidade de uma nova citação para que a parte intimada se manifeste, fazendo o que o procedimento cautelar ganhe mais eficácia, assim como as tutelas de urgência posteriores.

O art. 807 do CPC de 1973, sobre a eficácia das cautelares, será mantido pelo Novo Código no art. 283, com o acréscimo de que as medidas cautelares se mantêm como eficazes na pendência do processo cujo pedido principal esteja contido, sendo revogadas por uma decisão com fundamentação, exceto se um ou mais pedidos cumulados forem incontroversos, ou apenas uma parcela deles, hipótese em que a solução terá caráter definitivo.

A lei dispõe que, ainda que o processo seja suspenso, a eficácia da tutela emergencial seja mantida. Na hipótese de tal eficácia ser interrompida, isso será realizado de acordo com o que preceitua o art. 808⁹⁴ do atual CPC, tendo algumas alterações advindas do novo código em seu art.284, parágrafos 2º e 3º.⁹⁵

No que diz respeito a propor uma nova ação mesmo que a liminar não seja deferida, art. 810⁹⁶ do Código de Processo Civil vigente, tal artigo será mantido pelo art.285 do vindouro código. Haverá alteração somente no que concerne à nova ação, pois ela será dispensada, havendo necessidade apenas de apresentação do pedido principal nos mesmos autos processuais.

⁹⁴ Art. 808 - Cessa a eficácia da medida cautelar: I - se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no Art. 806; II - se não for executada dentro de 30 (trinta) dias; III - se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento do mérito. Parágrafo único - Se por qualquer motivo cessar a medida, é defeso à parte repetir o pedido, salvo por novo fundamento.

⁹⁵ Art. 284 [...]

§2º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revogar, proferida em ação ajuizada por uma das partes.

§3º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida para instruir a petição inicial da ação referida no caput.

⁹⁶ Art. 808. Cessa a eficácia da medida cautelar:

I - se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no art. 806;

II - se não for executada dentro de 30 (trinta) dias;

III - se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento do mérito.

Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a medida, é defeso à parte repetir o pedido, salvo por novo fundamento.

Serão abolidos do futuro código os artigos 811 e 812 do CPC, havendo possibilidade de medidas emergenciais em cunho acidental, tratadas pelo art.286 do Anteprojeto do Novo CPC, o qual dispõe que “as medidas de que trata este Capítulo podem ser requeridas incidentalmente no curso da causa principal, nos próprios autos, independentemente do pagamento de novas custas”.

4.2 ANÁLISE DO NOVO CPC NO QUE CONCERNE À APLICAÇÃO DAS TUTELAS EMERGENCIAIS

As tutelas de urgência, cujas espécies são as medidas cautelares e antecipação tutelar, serão tratadas, no Novo CPC, nos Capítulos I e II, Título IX. O capítulo I diz respeito às disposições comuns aos institutos e o capítulo II trata do procedimento para os requerer. Tal disposição é encontrada do art. 277 ao 293⁹⁷ do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.

⁹⁷ Art. 277. A tutela de urgência e a tutela da evidência podem ser requeridas antes ou no curso do procedimento, sejam essas medidas de natureza cautelar ou satisfativa.

Art. 278. 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.

Parágrafo único. A medida de urgência poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente.

Art. 279. Na decisão que conceder ou negar a tutela de urgência e a tutela da evidência, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

Parágrafo único. A decisão será impugnável por agravo de instrumento.

Art. 280. A tutela de urgência e a tutela da evidência serão requeridas ao juiz da causa e, quando antecedentes, ao juízo competente para conhecer do pedido principal.

Parágrafo único. Nas ações e nos recursos pendentes no tribunal, perante este será a medida requerida.

Art. 281. A efetivação da medida observará, no que couber, o parâmetro operativo do cumprimento da sentença e da execução provisória.

Art. 282. Independentemente da reparação por dano processual, o requerente responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a efetivação da medida, se:

I - a sentença no processo principal lhe for desfavorável;

II - obtida liminarmente a medida em caráter antecedente, não promover a citação do requerido dentro de cinco dias;

III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer dos casos legais;

IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou da prescrição do direito do autor.

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida.

Art. 283. Para a concessão de 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.

Parágrafo único. Na concessão liminar da tutela de urgência, o juiz poderá exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer, ressalvada a impossibilidade da parte economicamente hipossuficiente.

Art. 284. Em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o juiz poderá conceder medidas de urgência de ofício.

Art. 285. Será dispensada a 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 jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante. Parágrafo único. Independência igualmente de prévia comprovação de risco de dano a ordem liminar, sob cominação de multa diária, de entrega do objeto custodiado, sempre que o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do depósito legal ou convencional.

Art. 286. A petição inicial da medida requerida em caráter antecedente indicará a lide, seu fundamento e a exposição sumária do direito ameaçado e do receio de lesão.

Art. 287. O requerido será citado para, no prazo de cinco dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir.

§ 1º Do mandado de citação constará a advertência de que, não impugnada decisão ou medida liminar eventualmente concedida, esta continuará a produzir efeitos independentemente da formulação de um pedido principal pelo autor.

§ 2º Conta-se o prazo a partir da juntada aos autos do mandado:

I - de citação devidamente cumprido;

II - de intimação do requerido de haver-se efetivado a medida, quando concedida liminarmente ou após justificação prévia.

Art. 288. Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo requerente presumir-se-ão aceitos pelo requerido como verdadeiros, caso em que o juiz decidirá dentro de cinco dias.

§ 1º Contestada a medida no prazo legal, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, caso haja prova a ser nela produzida.

§ 2º Concedida a medida em caráter liminar e não havendo impugnação, após sua efetivação integral, o juiz extinguirá o processo, conservando a sua eficácia.

Art. 289. Impugnada a medida liminar, o pedido principal deverá ser apresentado pelo requerente no prazo de um mês ou em outro prazo que o juiz fixar.

§ 1º O pedido principal será apresentado nos mesmos autos em que tiver sido veiculado o requerimento de medida de urgência, não dependendo do pagamento de novas custas processuais.

§ 2º A apresentação do pedido principal será desnecessária se o réu, citado, não impugnar a liminar.

§ 3º Na hipótese prevista no § 2º, qualquer das partes poderá propor ação com o intuito de discutir o direito que tenha sido acautelado ou cujos efeitos tenham sido antecipados.

Art. 290. As medidas conservam a sua eficácia na pendência do processo em que esteja veiculado o pedido principal, mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas, em decisão fundamentada, exceto quando um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva.

§ 1º Salvo decisão judicial em contrário, a medida de urgência conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

§ 2º Nas hipóteses previstas no art. 289, §§ 2º e 3º, as medidas de urgência conservarão seus efeitos enquanto não revogadas por decisão de mérito proferida em ação ajuizada por qualquer das partes.

Art. 291. Cessa a eficácia da medida concedida em caráter antecedente, se:

I - tendo o requerido impugnado a medida liminar, o requerente não deduzir o pedido principal no prazo legal;

II - não for efetivada dentro de um mês;

III - o juiz julgar improcedente o pedido apresentado pelo requerente ou extinguir o processo em que esse pedido tenha sido veiculado sem resolução de mérito.

Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a eficácia da medida, é vedado à parte repetir o pedido, salvo sob novo fundamento.

Art. 292. O indeferimento da medida não obsta a que a parte deduza o pedido principal, nem influi no julgamento deste, salvo se o motivo do indeferimento for a declaração de decadência ou de prescrição.

Art. 293. A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revogar, proferida em ação ajuizada por uma das partes.

José Herval Sampaio Júnior esclarece que:

“Formalmente podemos afirmar que essa tutela é novidade trazida no anteprojeto do novo CPC, todavia sob o aspecto material não é verdade, pois o máximo que se pode falar nesse aspecto é a ampliação dos casos que a autorizam, bem como a devida sistematização do tema e na linha da simplificação que alicerça a proposta, aclara-se uma dúvida sobre a natureza jurídica do instituto.”⁹⁸

Aboliu-se o livro próprio do processo cautelar, tal como a tutela antecipada no livro I, que diz respeito ao Processo de Conhecimento, encontrando-se as tutelas de urgência na parte geral do Novo CPC. Destarte, haverá permanência conservativa de medida cautelar e satisfativa da antecipada.

Ainda, segundo José Herval Sampaio Júnior:

“A grande novidade além desse tratamento em conjunto, que no nosso entender, em que pese as técnicas, foi salutar, é a previsão de extinção do processo cautelar e isso com certeza será vantajoso, pois em nenhum momento deixaremos de ter a possibilidade de manejo da tutela cautelar, que é urgencial por natureza, mas que com esta não se confunde, como destacaremos, logo a retirada da autonomia do processo cautelar se bem compreendida não fará falta alguma, já que a agora poderemos ter a concessão desse tipo de medida em qualquer tempo e inclusive antes da instauração do dito processo principal, o que chamaremos de medida cautelar antecedente”⁹⁹.

O que caberá, de acordo com o Anteprojeto do Novo CPC, é a Tutela de Urgência, de cunho cautelar ou satisfativo de direitos. O magistrado poderá, diante da iminência de dano, determinar medidas que considere plausíveis. Como o processo cautelar será extinto, a previsão do Novo Código de Processo Civil é de somente uma tutela: a de urgência. Portanto, será o caráter da demanda que irá definir se haverá concessão de cautelar ou antecipatória.

Concernente aos requisitos para concessão da tutela de urgência, trazidos pelo art. 283 do novo Código, ou seja, demonstrar que o direito sofre risco de dano grave ou difícil reparação e que existam elementos que tragam evidências quanto à plausibilidade do direito, há críticas quanto à redação de tal artigo.

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

Parágrafo único. Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida para instruir a petição inicial da ação referida no caput.

⁹⁸ SAMPAIO JR, J. H. **O Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Salvador: JusPODIVM, 2011.

pg. 259

⁹⁹ *Ibid.*, p. 237.

“Rigorosamente, o texto já à partida confunde tutela antecipatória com tutela cautelar, na medida em que submete ambas à demonstração do “risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Esta confusão é acentuada pela quantidade de alusões ao “processo principal” ou “pedido principal” nos artigos que tratam da tutela de urgência (arts. 280, 282, I, 287, § 1º, 289, 290, 291, I, 292 e 294), terminologia obviamente ligada à tutela cautelar dada a sua referibilidade, mas não à tutela antecipatória”¹⁰⁰.

É de notório que o caráter de urgência de uma medida cautelar encontra respaldo quando existir a mera probabilidade de que ocorra dano ao direito. De acordo com José Miguel Garcia Medina:

“Havendo aparência de direito, verossimilhança ou probabilidade da cautela reclamada, o juiz a concede, pois a urgência que acode ao caso é incompatível com o tempo necessário para aprofundamento na análise das provas e alegações das partes”.¹⁰¹

Destarte, o risco de um dano irreparável ou de difícil reparação é condição para conceder uma cautelar, cujo caráter é de provisoriedade: deverá ser concedida visando proteger o direito somente enquanto se mantiver perigo de que tal direito seja danificado.

Já a tutela antecipada tem por fim maior satisfazer antecipadamente o direito pleiteado, quando não pode haver espera por existir algum perigo na falta de celeridade da prestação jurídica. Se houver demonstração ao magistrado que a defesa está abusando em seu direito ou que tal direito tutela tenha crucial importância, poderá haver concessão de que se antecipe os efeitos de decisão final.

Humberto Theodoro Júnior dispõe:

“Justifica-se a antecipação de tutela pelo princípio da necessidade, a partir da constatação de que sem ela a espera pela sentença de mérito importaria denegação e justiça, já que a efetividade da prestação jurisdicional restaria gravemente comprometida. Reconhece-se, assim a existência de casos em que a tutela somente servirá ao demandante se deferida de imediato”¹⁰².

¹⁰⁰ MARINONI, L. G. MITIDIERO, D. **O Projeto do CPC – Crítica e Propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 106-107

¹⁰¹ Medina, J. M. ARAÚJO, Fábio Caldas de. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Procedimentos Cautelares e Especiais**. 2.ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 81

¹⁰² THEODORO JR. H. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 665.

O instituto da antecipação de tutela tem efeitos reversíveis, os quais são concedidos de forma provisória. Há uma antecipação dos efeitos da sentença, porém o direito concedido por antecipação poderá, no final do curso do processo, tendo o juiz sentenciado, ser revogado ou ter sua confirmação, confirmando o caráter não irreversível dos efeitos da tutela antecipada.

Portanto, a redação do art. 283 confunde a tutela cautelar e a tutela antecipatória, uma vez que para haver concessão de tutela de urgência é necessária a comprovação de que o direito seja plausível e também que o direito esteja na iminência de dano irreparável ou de difícil reparação.

José Herval Sampaio também crítica a redação do art. 283 do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, dispondo que:

“Desta forma, não concordamos de modo algum com o tratamento uniforme dado aos requisitos de um e outro tipo de tutela, já que apesar de serem considerados espécies do gênero, justamente pela questão do risco de dano no sentido mais amplo do termo, o anteprojeto acaso tivesse especificado com detalhes mais técnicos o caso de tutela cautelar e satisfativa, não teríamos qualquer problema na prática, pois apesar de ser patente a fungibilidade entre ambas e esse não é e na realidade nunca foi o problema, mas sim a confusão que vai gerar, pois indiscutivelmente uma coisa é acautelar e outra é satisfazer, logo não podem andar juntas com relação aos pressupostos para a sua concessão, eis que para acautelar os elementos, sem sombra de dúvida, devem ser menos rigorosos do que para antecipar efeitos práticos do próprio pedido principal”¹⁰³.

Apesar de haver discussão entre os doutrinadores por não anuírem com o fato de a tutela cautelar e a antecipatória estarem previstas, no Novo CPC, para serem tratadas conjuntamente, há que se atentar que essa unificação trará maior rapidez ao processo. Uma vez que haja uma demanda emergencial, passível de tutela de urgência, tal previsão legal dará amparo aos demandantes que apresentem a necessidade urgente de terem prestação jurisdicional célere, para que o direito seja eficaz. Desse modo, seja visando um acautelamento ou antecipação do direito, somente se irá pleitear ao instituto da tutela de urgência. O fim maior é a adequada e rápida proteção a um direito em risco, é o deferimento da medida pertinente ao caso concreto de maneira célere, seja uma cautelar, antecipada ou ambas tratadas de forma única pelo novo CPC.

¹⁰³ JÚNIOR, J. H. S. **O Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Salvador: JusPODIVM, 2011. p.237.

4.3 DIFERENÇAS ENTRE ALGUNS DOS PRINCIPAIS PONTOS NA APLICAÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA DO ATUAL E DO PROJETO DO NOVO CPC

Há, de acordo com a previsão do art. 284¹⁰⁴ do Novo CPC, ampliação da hipótese de se conceder, de ofício, a tutela de urgência. Mas, na prática, os magistrados utilizam de tal previsão legal com muita moderação.

No CPC atualmente em vigor, não há um tratamento distinto entre as tutelas de urgência e as de evidência; a análise fica a critério do que a doutrina interpretar.

Há apartamento, no Novo Código de Processo Civil, entre as tutelas cautelares e as satisfativas. O Código trata das possibilidades das cautelares e das satisfativas provisionais e autônomas, mas utilizando esta última nomenclatura.

Existe, no CPC vigente, requisitos particulares para que haja concessão de tutela antecipada, sendo que, tais requisitos são mais rigorosos do que os para conceder uma medida cautelar. Já no projeto do Novo CPC, as condições para conceder as tutelas de urgência foram unificadas.

Ainda, no atual CPC, a antecipação de tutela pode ser postulada durante o processo; a cautelar, de maneira antecedente, acidental ou preparatória. No Novo Código de Processo Civil há a autonomia dos procedimentos, indistintamente, de ambas as espécies de tutelas.

As duas espécies de tutelas de urgência no CPC em vigor tem caráter revogável ou modificativo a qualquer momento do curso processual.

O Anteprojeto do Novo Código prevê que, uma vez em que há concessão da tutela de urgência, e não existindo impugnação da concessão de liminar e por consequência proposta da ação principal de maneira tempestiva, a decisão emanada será estável. Tal estabilização terá afastamento se houver uma decisão favorável nesse sentido, acerca da ação ajuizada por alguma das partes visando justamente que se rompa com a estabilidade.

O entendimento doutrinário, acerca do Código de Processo civil vigente, é o de que haja concessão de ofício da tutela de urgência. Já no Novo CPC, está explicitado no texto legal que em casos excepcionais haja, de ofício, concessão de

¹⁰⁴ Art. 284. Em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o juiz poderá conceder medidas de urgência de ofício.

urgência. Há omissão no que diz respeito ao trâmite com prioridade dos processos postulados com caráter de emergenciais no atual CPC, já no novo código há prioridade na tramitação das tutelas e urgência, ou seja, demandas em que caiba cautelares e medidas satisfativas de direitos.

4.1.1 O JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DA LIDE NO PROJETO NO NOVO CPC: TUTELA DE EVIDÊNCIA

As tutelas de urgência têm por fim diminuir os riscos decorrentes da demora em aplicar um direito diante da necessidade de rapidez. A demora do Judiciário é notória e passível de muitas discussões e apontamentos, pois a função do Estado em oferecer a tutela jurisdicional adequada na resolução das demandas é algo primordial, uma vez que o mesmo não possui apenas a alcinha, mas o dever em ser o Estado-Juiz, oferecendo, no momento de resolver os conflitos, uma prestação jurisdicional com efetividade, e no tempo adequado.

Nas palavras de Luiz Fux:

“Empreendendo função de tamanha relevância social, exprime-se como um postulado natural à exigência de uma prestação de justiça em prazo razoável que não sacrifique os interesses das partes. A justiça tardia não é justiça, é de negação de função soberana insubstituível e monopolizada, o que revela grave infração aos ditames constitucionais. O acesso à justiça significa não só a disposição de o Estado intervir como também a presteza e a segurança dessa intervenção. Ora, se o particular, caso autorizado, faria justiça incontinenti, o seu substitutivo constitucionalizado deve fazer o mesmo. Há casos em que a incerteza é evidente e há casos em que o direito é evidente. Para esses a tutela há de ser imediata como consectário do devido e “adequado processo legal”. É indevido o processo moroso diante da situação jurídica da evidência. Ademais, imaginar o “devido processo legal” com fases estanques é observá-lo com as vistas voltadas somente para os interesses do demandado, olvidando a posição do autor, que, em regra, motivado por flagrante necessidade de acesso à jurisdição reclama por justiça tão imediata quanto aquela que ele empreenderia não fosse à vedação a autotutela”¹⁰⁵.

Não há menção expressa na legislação processual vigente acerca de tutela de evidência, diferente do que ocorre no Anteprojeto do Novo CPC, em que ela é prevista. Os doutrinadores distinguem uma tutela aparente de uma evidente.

¹⁰⁵ FUX, L. **A tutela dos direitos evidentes**. Revista de Jurisprudência do STJ (Brasília), v.2, p.23-43, 2000. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/894>>. Acesso em: 15 out. 2014.

Existem situações em que o Direito tem uma probabilidade muito grande de aplicação, de existência concreta, tendo, por consequência, um caráter evidente. Em muitas situações o Direito pode ser prontamente confirmado e, o magistrado, quando acolhe um pedido de liminar tem a possibilidade, a depender do caso concreto, ter sua sentença emanada visando à geração de efeitos que venham por ser tornar de caráter irreversível.

Portanto, uma tutela que tenha somente aparência não é passível da mesma aplicação de uma tutela de evidência, em que há direitos incontroversos. O Código de Processo civil em vigor já percebe a diferença entre um direito evidente e um aparente, mas foi no Anteprojeto do Novo CPC que tal percepção se tornou contida expressamente.

O entendimento doutrinário é de que seria denegar a justiça não conceder uma forma diferenciada ao tratar da tutela de evidência, negar o caráter evidente da tutela em questão seria um ato em detrimento da parte autora, devido ao decurso de tempo processual.¹⁰⁶

A tutela de evidência é enfocada de diferenciadas maneiras. Em alguns momentos, os autores referem-se à tutela evidente apenas como diferenciada da tutela de aparência e, já em outras ocasiões a evidência é tratada com tanta plausibilidade que é quase algo irrefutável, uma certeza processual. É de crucial importância a análise acerca do tratamento que o Novo CPC oferece à tutela dos direitos evidentes, pois ainda há divergência doutrinária no que diz respeito à aplicação prática do mencionado instituto.

Fux enumera as seguintes situações para que a tutela de evidência seja concedida:

“(a) Direito demonstrável *prima facie* através de prova documental que o consubstancie líquido e certo; (b) direito baseado em fatos incontroversos ou notórios, que independam de prova; (c) direito a coibir conduta contra ordem que, segundo alegação do autor, o réu praticou ou vem praticando – v.g., a construção que viola as normas do Código Civil sobre postura e distância mínima entre prédios; (d) o direito, cuja existência o juiz precisa definir apenas com base em questões jurídicas, pois, de regra, o direito objetivo não depende de prova; (e) o direito em favor do qual milita uma presunção *jure ET iure*; (f) o direito baseado em prova emprestada, obtida em outro processo, com a observância das garantias fundamentais do processo, e que por isso não necessita ser novamente produzida; (g) o

¹⁰⁶ FUX, L. **Tutela de Segurança e Tutela de Evidência** (fundamentos da tutela antecipada). São Paulo: Saraiva, 1996, p. 321.

direito decorrente de decadência ou prescrição (sendo, nesse caso, uma evidência que pode favorecer o réu) etc”.¹⁰⁷

4.1.2 HIPÓTESES DA TUTELA DE EVIDÊNCIA NO ANTEPROJETO DE LEI DO NOVO CPC

As possibilidades de concessão de tutela de evidência, no Novo CPC, são:

I – ser caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. Nesta hipótese, é exigida que o demandado atue previamente, não podendo haver, então, liminar inaudita altera parte. Destarte, se existe improbidade no processo, com litigância da má-fé, haverá concessão da tutela para que não haja comportamento abusivo do réu, que pode vir a prejudicar o direito do autor.

II – existir um ou mais pedidos cumulados ou uma parcela se mostrar incontroverso, sendo nesta hipótese a solução de caráter definitivo. Para que haja continuidade no processo, a controvérsia é caráter indispensável, buscando-se o a apreciação advinda do pronunciamento do magistrado. Quando uma parcela da demanda é incontroversa, ela deverá ser imediatamente julgada, uma vez que procede o pedido ou parte dele. É um ato de império do juiz a concessão a tutela jurisdicional de maneira imediata.

A novidade que o Novo Código de Processo Civil traz é atribuir caráter definitivo para a decisão que concede tutela de evidência. É uma sentença, mesmo que parcial, de mérito que decorre de cognição exauriente, desse modo, ela pode ter estabilidade e propiciar atividades de caráter executivo.

III – quando a petição inicial for instruída com prova documental que não possa ser refutada do direito alegado pelo autor, que o demandado não se oponha mediante prova inequívoca. Essa possibilidade de tutela de evidência traz novidade em relação ao direito apresentado, referindo-se à espécie de prova documental que tenha suficiência e, sua eficácia, não tenha sido afastada pela atividade probatória do réu. Fica evidente o direito do autor, uma vez que esse caráter não é afastado já que as provas que a parte autora produziu são irrefutáveis e sólidas. Tal inovação encontra semelhanças que o ordenamento processual já celebra, como é a

¹⁰⁷ FUX, L. **A reforma do processo civil**. Niterói: Impetus, 2006. p. 317.

exigência do direito líquido e certo ao ser concedido mandado de segurança, mas é factível de divergências na interpretação no que diz respeito aos termos “prova documental irrefutável” e “prova inequívoca”.

Tal dispositivo também exige que o demandado participe previamente do processo, impedindo que seja concedida a liminar inaudita altera parte. Mas, se no caso concreto houver risco de lesão grave ou de difícil reparação do direito da parte autora, esse terá, mediante a posse da prova documental irrefutável, obtenção da tutela de urgência sem a oitiva do réu. Em resumo, tal dispositivo é algo limítrofe entre a tutela urgente e a evidente, dependendo da existência ou não do risco de dano advindo de demora.

IV – quando a matéria versar apenas sobre direito e houver tese firmada em julgamentos de recursos repetitivos, em incidente de resolução de casos repetitivos ou em súmula vinculante. As súmulas vinculantes, ao autorizarem a tutela de evidência, é algo essencial ao Novo CPC, pois significa valorizar os precedentes jurisprudenciais realizados pelos Tribunais brasileiros. Também deverão ser obedecidas as jurisprudências pacíficas dos tribunais.

A hipótese do inciso II tem cognição exauriente, e todas as demais terão cognição sumária, destarte, o provimento jurisdicional da tutela de direitos evidentes é de caráter de provisoriedade.

4.1.3 A EVIDÊNCIA ENQUANTO CONCEITO PRÁTICO

A tutela antecipada encontra previsão legal no art. 273 do CPC em vigor. Há requisitos, de acordo com Humberto Theodoro Júnior, para que se possa conceder a antecipação de tutela: 1) a parte precisa fazer o requerimento; 2) necessidade de haver produção de prova inequívoca dos fatos descritos na petição inicial; 3) o magistrado precisar estar convencido acerca da verossimilhança da alegação da parte; 4) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; 5) que haja abuso de direito de defesa ou proposital manifesto do réu visado ao atraso processual; 6) possibilidade de reversão de tutela antecipatória, se o resultado da ação contrariar à pretensão da parte requerente da antecipação dos direitos.¹⁰⁸

¹⁰⁸ THEODORO JR, H. **Curso de Direito Processual Civil – Volume II – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência.** p. 376-379.

A lei determina que no momento em que se defere e executa a antecipação de tutela, deve haver interpretação em conjunto do art. 273 §3º c/c art. 475-O, II e III do CPC¹⁰⁹, pois é devido o respeito à defesa de interesses eventuais do demandado, uma vez que ainda não o foi solicitado a manifestar-se nos autos processuais.

A tutela antecipada, deferida durante o curso do processo ou inicialmente, não pode assumir efeito exauriente das tutelas jurisdicionais, devendo haver seu prosseguimento até o julgamento de mérito, a respeitar o contraditório.

A tutela antecipada passará a ser chamada de tutela de evidência pelo Novo CPC, celebrada pelo art. 278.¹¹⁰

De acordo com Montenegro Filho:

“A tutela da evidência (que substitui a antecipação de tutela) não exige o preenchimento do requisito referido em linhas anteriores, o que é absolutamente diferente do sistema atual, já que a tutela antecipada exige a demonstração do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (caput do art. 273), exceto quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso (§6º do art. 273) ou quando ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (inciso II do art. 273)”¹¹¹.

Houve, ao início do vigor do art. 273 do CPC atual, uma massiva preocupação em estabelecer as diferenças entre o instituto da medida cautelar e da tutela antecipada. Foi justamente na distinção entre aparência e evidência que houve preocupação. A cautelar deveria ter deferimento quando houvesse a simples aparência de um direito e, se fosse evidente, caberia uma medida antecipatória.

¹⁰⁹ Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: (Acrescentado pela L-011.232-2005)

[...]

II – fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento;

III – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

¹¹⁰ 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.

¹¹¹ FILHO, Misaél Montenegro. **Projeto do Novo Código de Processo Civil – Confronto entre o CPC atual e o Projeto do Novo CPC**. p. 275-279.

Para que o magistrado conceda uma tutela com base em direito evidente, incontroverso, deve ser atentado se é plausível o direito alegado pelo demandante, se ele é provável de existir, assim como é um dever a apresentação da prova de verossimilhança do fato da afirmação.

Destarte, há equilíbrio processual, haja vista ser um direito evidente, não é justificável a falta de celeridade no processo, prejudicando o autor no acesso à prestação jurisdicional adequada. Justifica-se a concessão de tutela dos direitos evidentes, sob a configuração de liminar, alegando-se busca pela efetividade e tempo adequado.

O Ministro Luiz Fux, sobre o que é um direito evidente, define que:

“[...] demonstrável *prima facie* através de prova documental que o consubstancie líquido e certo, como também o é o direito assentado em fatos incontroversos, notórios, o direito a coibir um suposto atuar do *adversus* com base em „manifesta ilegalidade“, o direito calcado em questão estritamente jurídica, o direito assentado em fatos confessados noutro processo ou comprovados através de prova emprestada obtida sob contraditório ou em provas produzidas antecipadamente, bem como o direito dependente de questão prejudicial, direito calcado em fatos sobre os quais incide presunção *jure et de jure* de existência e em direitos decorrentes da consumação de decadência ou da prescrição”¹¹².

De acordo com Ovídio Baptista da Silva, se uma tutela é evidente, não tem como dar o mesmo tratamento, advindo do Estado, à tutela de aparência, como uma medida cautelar. Um exemplo mencionado pelo autor é o do mandado de segurança que, segundo ele, como há um direito nessa ação postulado tendo por base o direito líquido e certo, deve haver uma proteção estatal mais efetiva, em forma de maior celeridade processual.

Acerca da importância de regulamentação da tutela dos direitos evidentes, Herval Sampaio Júnior dispõe:

“Interessante novidade na regulamentação formal desse instituto e que até agora não está sendo criticado de maneira tão contundente como foi feito em relação às tutelas de urgência propriamente dita é a que prescreve que se na inicial houver prova documental forte, ou seja, que seja difícil de ser refutada pela parte contrária é de se antecipar a própria decisão final, eis que a continuidade do processo vai ser desnecessária, logo o que se prestigia e a economia processual e a própria celeridade já que não é razoável que o processo tenha seu seguimento normal em casos como

¹¹² FUX, L. A tutela dos Direitos Evidentes. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br.>> .Acesso em: 23.out.2014, p.8.

esse somente para que se cumpra formalmente o rito, sem qualquer atendimento específico a proteção do direito da outra parte”¹¹³.

Nas palavras de Luiz Fux:

“[...] evidência sugere sumariedade „formal“, como pretendem alguns, vale dizer: procedimento comprimido, que pode ordinarizar-se conforme considere ou não evidente o direito alegado”¹¹⁴.

E, ainda, prossegue:

“Repita-se: a liminar, in casu, é deferível mediante cognição exauriente, decorrência mesmo da evidência, diferentemente do que ocorre nos juízos de aparência (*fumus boni iuris*) peculiares à tutela de urgência cautelar ou de segurança”¹¹⁵.

Para exemplificar, Luiz Fux se utiliza da seguinte possibilidade:

“Imaginemos, por exemplo, um caso prático que nos foi dado examinar. Um cidadão adquiriu imóvel mobiliado, por escritura pública, tendo pago o preço adiantado no ato da escritura, conforme lavrado pelo notário. Sessenta dias após aguardar a mobília em seu imóvel, ingressou em juízo alegando que, por força do negócio pago adiantadamente, desfizera-se de todos os seus móveis de seu imóvel, por isso encontrava-se em dificuldades, sem dispor de uma residência mobiliada conforme o pactuado e quitado. O juízo cível deferiu uma liminar satisfativa, determinando a colocação de toda a mobília no prazo de cinco dias. Impõe-se esclarecer que o comando restou cumprido”¹¹⁶.

A evidência do direito foi demonstrada, uma vez que se apresentou prova documental, produzindo, no caso concreto mencionado no exemplo, os efeitos definitivos.

O juízo, após deferir a antecipação da tutela mediante uma liminar, examinada as provas a permitido o curso da audiência para de forma bilateral às partes, irá prolatar a decisão, a qual manterá ou revogará a tutela emergencial. Após

¹¹³ SAMPAIO JR, J. H. **O Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 262.

¹¹⁴ FUX, L. **Tutela de Segurança e Tutela de Evidência** (fundamentos da tutela antecipada). São Paulo: Saraiva, 1996, p. 310.

¹¹⁵ *Id.*

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 306-307.

a sentença ser prolatada, a revogar ou a manter a tutela, é que poderá, de fato, entender a cognição como exauriente.

Alguns autores entendem que a tutela de evidência dá-se por cognição sumária, a qual não é tão aprofundada.

De acordo com Zavascki:

“O processo sumário de conhecimento é autônomo, porque gera prestação jurisdicional definitiva, de cognição exauriente (embora, como se fez ver, não absoluta), apta a produzir coisa julgada material. A cognição sumária é própria de tutela jurisdicional não autônoma, de caráter temporário, inapta a formar coisa julgada material, sempre relacionada a uma tutela definitiva à qual serve. Nos processos sumários há cognição exauriente, embora limitada à natureza da situação controvertida e da redução – horizontal – do objeto cognoscível. E o conceito de „cognição sumária“, nos processos sumários, também há de ser buscado tomando-se por referencial a peculiar cognição exauriente que nele se exercita”¹¹⁷.

Marinoni, acerca da atividade probatória, diferencia a tutela de evidência e de aparência, uma vez que, para o autor, quando há possibilidade, prontamente, para que haja produção de provas documentais, o entendimento é de que o caso é de um direito aparente; mas, quando houver a hipótese que a prova seja mencionada seja produzida, caberá a tutela de evidência. O supramencionado autor ensina:

“Quando os fatos não podem ser evidenciados independentemente de instrução probatória, ou seja, quando as afirmações dos fatos não podem ser demonstradas através de prova documental anexa à petição inicial, estamos diante de uma situação de aparência. A situação de aparência, quando ligada a uma situação de perigo, portanto, é que legitima a tutela urgente de cognição sumária. A situação perigosa indica a necessidade de uma tutela urgente, mas é a aparência que conduz à tutela de cognição sumária. Esta tutela de cognição sumária, realmente, pode ser satisfativa ou cautelar, conforme o caso. Mas pode acontecer que a necessidade da tutela urgente se compatibilize com a cognição exauriente. Ou seja, em determinadas hipóteses, tão somente a sumariedade formal é suficiente para tornar eficaz a prestação jurisdicional”¹¹⁸.

Destarte, além de existirem níveis distintos da evidência do direito, pode se concluir que há casos que em que existe urgência no deferimento da tutela evidente.

¹¹⁷ MARINONI, L. G.. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.83.

¹¹⁸ ZAVASCKI, T. A.. **Antecipação da tutela**. 7º ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 34.

Em outras situações, não. Então, quando houver um direito com aparência de urgente, haverá a cognição sumária.

Se a tutela é de evidência, como ocorre em um mandado de segurança, que precisa ser deferida tal tutela sob o formato de liminar, faz-se crucial a prova em documentos.

Na maioria dos casos em que a antecipação de tutela é concedida, onde é evidência do direito e não apenas a aparência, poderá haver prova com base em documentos ou de outra espécie. Há amplitude acerca da utilização da nomenclatura de evidência, não havendo juízo de ponderação se é mais ou menos evidente.

De acordo com Lacerda e Oliveira:

“A cognição, portanto, continua sendo incompleta, não exauriente: nada impede, por exemplo, venha a ser provado no curso do processo que determinada alegação fática, a princípio considerada evidente, não corresponda exatamente à realidade. Mesmo a prova documental *initio litis* não retira à cognição *prima facie*, exercida na tutela antecipada, a sua condição de sumária, pois continua a trabalhar com a aparência, ainda sujeita ao crivo do contraditório, e a instrução poderá demonstrar a falsidade do elemento que serviria de base à convicção inicial do órgão judicial”¹¹⁹.

O conceito da tutela dos direitos evidentes foi se modificando. Há princípio, existia uma ideia mais vasta, visando a distinguir, na ocasião de conceder a medida cautelar ou de antecipação, qual o grau da verossimilhança para análise do juiz. Então, nem sempre a tutela de evidência nem sempre advém de um direito líquido e certo amplo, assim como não é exigida a produção de provas documentais em todos os casos em que há necessidade em deferir uma liminar, assim como a cognição é sumária para conceder a liminar, tendo por base a urgência e evidência de um direito. Há, ainda, circunstâncias em que há tutela evidência com cognição exauriente e sem o caráter de urgência.

4.1.4 TUTELA DE EVIDÊNCIA EM CARÁTER PROVISIONAL

¹¹⁹ LACERDA, G. & OLIVEIRA, C. A. A. de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. VIII, t.II, p.18

A evidência de um direito pode ser compreendida em diferentes graus, e não apenas no caráter de ele ser líquido e certo.

Quando existir a probabilidade bastante elevada de que haja o direito e ele tenha mais do que verossimilhança, ele é evidente. Para demonstração, aceita-se qualquer meio probatório, e não apenas as provas documentais.

Há ocasiões em que o direito evidente faz a exigência do documento enquanto prova, como no procedimento sumário documental, e diferente das medidas cautelares, há exigibilidade não só de mera aparência de direito. E em certos casos, vai além da verossimilhança determinada para que se possa conceder a tutela antecipatória.

O direito de caráter evidente, ao ser antecipado pode também por resolver o mérito, ainda que seu deferimento tenha sido dado inicialmente, em uma cognição superficial. Também pode ser concedido em formato de liminar, para que possam ser antecipados os resultados da sentença que possa julgar procedente o pedido.

No momento da concessão da liminar, o magistrado terá por base a análise de prova documental ou documentada, anexa à inicial ou se baseará pela atividade probatória antes da resposta do requerido, a depender se o grau de probabilidade do direito for maior ou menor na sua plausibilidade. Tal prova definirá se o direito é ou não provável e, como consequência, haverá ou não o deferimento da liminar.

Para que haja deferimento da tutela antecipada no decurso do processo, podem ser utilizadas, também, além das provas documentais, as advindas de análise de peritos e as concedidas mediante depoimento de testemunhas.

A liminar concedida em caráter provisional, partindo-se de evidência de direito, irá produzir efeitos de fato e reversíveis, tem caráter provisório e a decisão final a substituirá, sendo que a atividade do juiz será a de cognição exauriente. A liminar de caráter autônomo tem seus efeitos sem reversibilidade, definitivos causará antecipação totalmente do que foi postulado em juízo.

A medida que antecipa um direito evidente, no momento em que é concedida, terá como cognição a sumária. Caso contrário, estar-se-á frente à possibilidade de julgamento antecipado da lide.

A decisão do julgador poderá ser cassada ou ter alguma modificação durante o curso do processo, assim como há a hipótese, na sentença, de que haja manutenção ou rejeição da mesma.

Mas, há casos em que, havendo irreversibilidade do efeitos fáticos, a tutela será de evidência, satisfativa de direitos e autônoma, não havendo possibilidade de que tais efeitos não tenham os caracteres referidos, ainda que haja deferimento mediante liminar.

O que decidirá a reversibilidade ou não dos efeitos fático da tutela antecipada com base na evidência é a o caso concreto, haja vista existirem diversos graus de que o direito tenha probabilidade.

4.1.5 CARÁTER URGENTE E IMINÊNCIA QUE O DIREITO SEJA DANIFICADO

Existe a hipótese de que haja antecipação da tutela de evidência com ou sem risco de dano ao direito. Em algumas situações, há perigo de dano e os casos têm caráter emergencial.

No que diz respeito à medida cautelar, há o risco de um dano iminente e que não pode ser reparado, uma vez que a parte poderá não ter seu direito realizado, e, também, há o perigo advindo do decurso de tempo processual, perigo da demora no processo. Diante de tal demora, conceder-se-á a antecipação de tutela, tendo seu deferimento como base em direito evidentes, e não pela mera aparência, como acontece nas medidas cautelares.

Se o Estado não tem condições de oferecer uma tutela no devido tempo, e de forma efetiva, causará prejuízos ao demandante processual, uma vez que a função do Estado é oferecer proteção jurisdicional adequada. Seria afrontar princípios constitucionais e todo um ordenamento jurídico vigente oferecer uma tutela jurídica que culmine por atrapalhar, impossibilitando que o direito seja efetivado. Por isso há previsão legal de tutelas específicas a resguardar os direitos que podem ser perdidos pelo tempo ou com alguma iminência de dano.

Nessas tutelas, a depender do caso, podem ser os seus efeitos reversíveis, ou irreversíveis. O autor tem, imediatamente, o resultado que teria ao final do curso processual, uma vez que o pedido fosse procedente.

Ainda, há a possibilidade de não haver emergência enquanto algo determinante, e nem perigo de que o direito seja danificado. É o momento em que

se caracterize abuso de direito advindo da defesa ou que o réu tenha manifesto protelatório do curso do processo de maneira deliberada, proposital.

De acordo com Carlos Alberto de Oliveira:

“Não se trata aqui, à evidência, de antecipação do efeito ou efeito da sentença de mérito, pois a própria atitude do demandado já indica que, em regra, a causa encontra-se madura para julgamento, podendo o órgão judicial empregar perfeitamente o instituto do julgamento antecipado da lide, previsto no art.330”.

E prossegue:

“De tal sorte; a aplicação do inc. II do art. 273 encontrará campo propício por ocasião da prolação da sentença de primeiro grau, ou quando o processo chegar ao juízo de apelação, momentos mais adequados para aferição de estar ocorrendo abuso de defesa ou manifesto propósito protelatório”¹²⁰.

Nas palavras de com Marinoni e Mitidiero:

“[...] essa tutela antecipatória independe de perigo de dano. Baseia-se simplesmente na maior evidência das alegações da parte autora quando comparadas com as alegações da parte ré”¹²¹.

Zavascki, no que diz respeito ao abuso de direito de defesa, afirma que são raros os casos, uma vez que o magistrado pode evitar tal abuso, baseando-se nos artigos 125 e 130 do código de Processo Civil¹²². Ele afirma:

“Desse modo, os casos de abuso de direito de defesa poderão ser prevenidos ou superados, no geral das vezes, ou pelo indeferimento de providências impertinentes ou pela técnica do julgamento antecipado da lide, o que tornará desnecessária a antecipação”¹²³.

No momento que há abuso de direito advindo da defesa, é porque existe uma defesa infundada de forma absoluta. Alguns doutrinadores acreditam que o magistrado deva encontrar tal possibilidade após o momento da contestação, uma

¹²⁰ OLIVEIRA, C. A de. **Perfil dogmático da tutela de urgência**. Porto Alegre: AJURIS, 1997, p.223.

¹²¹ MARINONI, L. G. & MITIDIERO, D. *Código de Processo Civil*. Comentado art. por art.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

¹²² ZAVASCKI, T. A. **Antecipação da Tutela**, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 82.

¹²³ *Id.*

vez que apenas desse modo poderia ser concluída como de caráter abusivo a defesa. Outra parte da doutrina afirma não ser isso necessário.

Alguns doutrinadores que, para haver o atraso proposital no processo, o réu precisa de manifestar. Já outros autores afirmam que a manifestação do demandado não é obrigatória, pode haver procrastinação ainda que o réu não tenha se manifestado. A segunda hipótese mencionada é defendida por Cássio Scarpinella¹²⁴.

Para Mitidiero, a previsão do art. 273, inciso II, constitui uma sede de normas para a tutela antecipada que tenha por fundamento a evidência do posicionamento jurídico de uma das partes e pressupõe, ao ser aplicada, que seja ausente uma defesa com base na seriedade advinda do réu.¹²⁵

Para os autores Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart, para que possa ser concedida a tutela antecipada, cuja previsão legal é celebrada pelo art. 273, inciso II do CPC, existem duas técnicas de aplicação, que é a monitória e a técnica da reserva da cognição de exceção substancial infundada.

A técnica monitória concerne ao fato de o autor ter cumprido a norma do art. 333. I, produzindo prova sobre o fato constitutivo, e o demandado apresentar defesa de mérito que tenha inconsistência, mas que necessita que a prova seja produzida.

O ônus do decurso processual, na hipótese referida, não poderá ser do demandante.

Já na reserva da cognição de exceção substancial infundada, há ônus da prova ao réu, no que diz respeito à exceção indireta de mérito, como preceitua o art. 333 do Código de Processo Civil, não podendo utilizar tal ônus para ganhar mais tempo processual. Poderá haver antecipação da tutela, haja vista o decurso do tempo no processo também ser um ônus, uma vez que o autor, se houverem muitos atos protelatórios em benefício do réu, sairia prejudicado.

Marinoni e Arenhart entendem que, tanto a técnica da reserva da cognição quando na monitória, há exigência de que o direito do demandante seja evidente e a defesa seja infundada, necessitando que sejam produzidas as provas.

No Anteprojeto do Novo CPC há segregação das hipóteses de evidência elencadas no art. 285, das que o legislador entende como sendo de urgência.

¹²⁴ BUENO, C. S. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 4, p. 19.

¹²⁵ MITIDIERO, D. **Tutela antecipatória e defesa inconsistente**. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutela de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 339.

No inciso I, é tratado do que a lei prevê no inciso II do art. 273 do código processual em vigor, sendo que esse inciso aborda a concessão de tutela antecipada com fundamento na evidência de um direito. Portanto sua concessão se dá mediante a maior probabilidade de existir enquanto direito da parte autora, para que o decurso do tempo não venha a trazer empecilhos desnecessários.¹²⁶

A tutela antecipada poderá ser deferida ainda que não exista o perigo de um dano concreto. A litigância de má-fé já se aproxima de uma possibilidade de dano concreto, sendo que a lei prevê uma aceleração processual e que há probabilidade do direito tanto pela que a parte autora alega, quanto pelos argumentos utilizados na defesa. Antecipam-se provisoriamente os efeitos mediante a cognição sumária, como forma de punir atos ilícitos no processo.¹²⁷

O dano concreto não acontece, e não cabe a iminência de dano e de difícil reparação, como na cautelar, havendo, antecipação de tutela se baseando em cognição sumária, quando se trata do inciso II do art. 273 do CPC.

Há preocupação legal visando a proteger o direito do autor. Sendo o direito evidente, incontroverso, há óbices de que ele seja imediatamente efetivado se o réu intencionalmente tentar protelar o curso do processual. Uma vez que haja demora desnecessária nos atos processuais, o autor será prejudicado e, conseqüentemente, sem uma tutela jurisdicional adequada.

Destarte, com base no inciso II do art. 273 do CPC vigente, há permissão de que se defira liminar, para haver antecipação da tutela de evidência, concedida de forma a impedir um dano advindo da possível demora processual e não o dano em caráter iminente e de difícil reparação. Ao se deferir a liminar, faz-se mediante cognição sumária.

Quando houver deferimento de tutela antecipada e o conseqüente preterimento do contraditório, haverá cognição sumária. Se ocorrer o oposto, a cognição será exauriente.¹²⁸

Há possibilidade de tutela de evidência no parágrafo 6º, do art. 273 do Código de Processo Civil, que trata de que poderá haver antecipação de tutela

¹²⁶ MITIDIERO, D. **Tutela antecipatória e defesa inconsistente**. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutela de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 338.

¹²⁷ SANTOS BEDAQUE, J. R. dos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.309

¹²⁸ MARINONI, L. G. *Tutela Antecipada e Julgamento Antecipado: Parte Incontroversa da Demanda*. 5º ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 145.

quando houver cumulação de pedidos, e tais pedidos, ou uma parcela dele, forem incontroversos. Há similitude no Anteprojeto do Novo CPC, no inciso II do seu art. 285.

De Acordo com Cândido Rangel Dinamarco:

“Se nenhuma outra parcela do pedido houvesse para ser decidida depois (após a realização da prova), em vez de conceder a tutela antecipada o juiz julgaria antecipadamente o mérito (supra, n. 50), e para tanto, obviamente, não se preocuparia com os riscos da irreversibilidade. A circunstância de haver mais algum *petitum* pendente não compromete a segurança para permitir que se produzam efeitos irreversíveis”¹²⁹.

Quando há caráter incontroverso no que concerne ao total dos fatos, e não houver incidência dos efeitos da falta de contestação, o magistrado irá proferir que se julgue antecipadamente a lide. No entanto, se apenas uma parte do pedido ou um dos pedidos forem incontroversos, haverá antecipação de tutela.

Não é obrigatória a existência da cumulação de pedidos sempre. Se apenas um pedido tiver sua impugnação parcial, para que os demais sejam incontroversos.¹³⁰

O pedido, para ter um caráter efetivamente incontroverso, não poderá gerar dúvidas e nem ter sofrido impugnação.

Doutrinariamente, entende-se que a parte do pedido que seja incontroversa não possa ser, de maneira imediata, sentenciado de mérito. A posição majoritária dos autores é de que há permissão de tutela que antecipe a parte incontroversa do pedido.

Uma vez deferida a antecipação de tutela, com base na evidência, advindo da incontrovérsia, o provimento terá caráter definitivo. No caso concreto, sendo sem controvérsias o pedido, culminará coma irreversibilidade de efeitos, sendo julgado procedente na sentença final.

Baseando-se no pedido como um todo, ou apenas controverso em parte, entende-se que, no momento em que há antecipação da tutela nestas situações, há um pronunciamento da certeza do direito e, como consequência, haverá cognição exauriente para deferimento da tutela em questão.

¹²⁹ DINAMARCO, C. R. **A reforma da reforma**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p.97.

¹³⁰ GONÇALVES, M. V. R. **Novo Curso de Direito Processual Civil**, 3.ed., v.1. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 303.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart entendem que, de fato, haverá cognição exauriente no momento em que se concede a tutela para a parte do pedido que se mostra sem controvérsias. Nas palavras do referidos autores:

“Após a Emenda Constitucional 45/2004, que instituiu o direito fundamental à duração razoável do processo, uma melhor análise impõe a conclusão de que a tutela da parte incontroversa adquire estabilidade. O postulado constitucional autônomo que dá fundamento ao direito fundamental à duração razoável (art. 5º, LXXVIII, da CF), vinculando a interpretação judicial e, desta forma, a compreensão da regra do §6º do art. 273, faz obrigatoriamente surgir a interpretação de que a tutela da parte incontroversa da demanda, apesar de instrumentalizada através da técnica antecipatória, não pode ser modificada ou revogada ao final do processo”¹³¹.

Marinoni e Arenhart, ainda, mencionam duas técnicas como meio para que seja cocedida tutela antecipada, tendo por base o parágrafo 6º do art. 273 do CPC: a ausência de contestação ou reconhecimento jurídico de forma parcial ou a técnica de julgar antecipadamente parcela do pedido ou algum dos pedidos cumulados.

No que diz respeito ao tema do ônus da prova, poderá não ter sido feita a contestação ou impugnação de algum pedido e, entretanto, se não houver produção de prova do fato constitutivo do direito, não é obrigação do julgador o acolhimento do pedido.

Há, também, o questionamento se uma impugnação ausente tem por resultado, de maneira natural, uma incontrovérsia do pedido. O juiz, a despeito da não contestação, pode julgar como inadequado o deferimento do pedido, portanto a ausência de impugnação não gera automaticamente o caráter de pedido incontroverso, uma vez que pode se considerar um pedido incontroverso, ainda que contestado, no momento em que os fundamentos da contestação tenham evidência de descabimento ou não procedam.¹³² Portanto, quando não houver uma séria contestação, com fatos cabíveis ao processo, e não apenas apresentados aleatoriamente como tentativa de algum hipotético sucesso.

Zavascki, acerca da medida que causa antecipação da parte incontroversa do pedido, esclarece:

“[...] o regime a ser adotado será o mesmo da execução provisória da correspondente sentença de procedência: em se tratando de antecipação

¹³¹ MARINONI, L. G. & ARENHART, S. C. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 235.

¹³² ZAVASCKI, T. A.. **Antecipação da Tutela**, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 110-111.

de prestação de fazer, não fazer ou entregar, o procedimento e os meios executivos previstos no art. 461 e 461-A do Código de Processo Civil; e , em se tratando de prestação de pagar quantia, o da execução provisória disciplinado no art. 475-O, antecedido, se for o caso, de liquidação, caso em que a decisão interlocutória que deferiu a medida servirá como título executivo”¹³³.

Marinoni, também no que diz respeito à antecipação da parte incontroversa do pedido, faz uma análise acerca na natureza do ato que concede a medida:

“Poderia alguém dizer, contudo, que se a decisão que concede a tutela configura decisão interlocutória, e assim é impugnável por meio de agravo, que não é recebido no efeito suspensivo, esta decisão pode ser executada na pendência do recurso, o que seria contraditório em relação ao pedido que somente pode ser julgado ao final (mediante sentença, uma vez que o recuso aí cabível (apelação) deve ser recebido, em regra, nos efeitos devolutivo e suspensivo. Essa contradição é fruto de política legislativa, e também está presente em relação à tutela antecipada baseada no art. 273, inc. I, uma vez que o legislador da ‘2ª etapa da reforma’ alterou o art. 520 do CPC simplesmente para dizer que o recurso de apelação não deve ser recebido no efeito suspensivo quando confirmar a tutela antecipatória, esquecendo-se do caso em que o juiz não concede a tutela antecipatória e, ao final, está presente o perigo e evidenciado o direito”¹³⁴.

No que concerne ao recurso para atacar as decisões de cunho interlocutório que tratem do caráter urgente ou evidente, e acerca do mérito da causa, o Anteprojeto do Novo CPC, em seu art. 929, dá previsão legal ao agravo de instrumento. Em seu parágrafo único, preceitua que não haverá incidência de preclusão de outras decisões interlocutórias, as quais são emanadas antes da sentença. Contudo, há admissão de que a parte impugne em preliminar, nas razões ou nas contrarrazões advindas da apelação.

No Novo CPC, em seu art. 158, parágrafo 1º, há uma novidade no conceito de sentença, preceituando que:

“Ressalvadas as previsões expressas nos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 473 e 475, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como o que extingue a execução”.

O projeto do Novo CPC não aceitou o conceito de sentença parcial e tem um posicionamento declarado pela previsão no que diz respeito aos recursos.

¹³³ *Ibid.*, p. 116.

¹³⁴ MARINONI, L. G. *Tutela Antecipada e Julgamento Antecipado: Parte Incontroversa da Demanda*. 5º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 141.

O Novo CPC, no art. 285, acerca da tutela de evidência, ainda contém os incisos III e IV. Não há como haver interpretação literal de tais incisos. No inciso III, se o autor tiver uma prova da qual não se possa refutar do direito alegado e o demandado não opor prova inequívoca, terá o magistrado que julgar antecipadamente a lide. Isso também acontece com o inciso IV, o qual preceitua que “a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante.”

Portanto, diante do caso o caso concreto, nos dois primeiros incisos, há que se ponderar as possibilidades de uma cognição sumária. No inciso III, a prova apresentada pela parte autora não dá permissão para que haja um julgamento instantaneamente e não há provas satisfatórias apresentadas para comprovas o oposto e, no inciso IV, é necessário que a liminar seja concedida.¹³⁵

¹³⁵ MARINONI, L. G. & MITIDIERO, D. **O Projeto do CPC: Críticas e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 91.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As tutelas de urgência visam à proteção de direitos ameaçados de dano, principalmente diante do risco urgente de que seja lesionado, portanto, deve ser concedido no menor decurso de tempo possível. O Estado, por meio do Poder Judiciário, tem o dever de resguardar os direitos dos indivíduos da forma mais eficaz o possível, caso contrário, estaria denegando uma de suas funções essenciais, que é um adequado provimento jurisdicional.

Destarte, nos casos concretos, o funcionamento do acesso ao Judiciário não acontece de forma tão harmônica quanto a pretendida. Há morosidade, e formalismo em excesso dos atos processuais, lesionando ou colocando em risco de lesão muitos direitos.

Os provimentos que tenham por meio a cognição sumária, constituindo uma forma diferenciada de tutela, ganharam muito importância no processo civil da contemporaneidade, uma vez que garantem maior efetivação aos atos processuais.

De maneira simplificada, se pode entender que tanto as medidas cautelares quanto as tutelas antecipadas têm características estruturais e funcionais, como prevenir que o direito seja danificado, a caráter provisório e também instrumental. Ambas as tutelas presentes no Código de Processo Civil de 1973 visam a satisfazer um direito e oferecer resguardo para o mesmo. Entretanto, no que concerne às tutelas sumárias há um algo contrastante, haja vista uma delas ter caráter provisório e a outra, definitivo.

No presente trabalho, também foi explanado acerca do julgamento antecipado da lide no CPC de 1973, no art. 330. No ordenamento processual civil brasileiro, instituto do julgamento antecipado da lide tem sua aplicação quando não houver necessidade de elaborar provas em audiência ou se existir a revelia, estando os autos do processo prontos e aguardando para que seja emanada a decisão de mérito. Tal instituto também garante maior celeridade processual, apesar de sua utilização não ter um caráter tão vultoso quanto no momento da publicação do CPC de 1973, e em comparação às tutelas de urgência.

A comissão de juristas responsáveis pela elaboração do Anteprojeto do Novo CPC, visou uma maior informalidade do código, e não mais há as medidas cautelares e antecipação de tutela como sendo espécies do gênero tutela de urgência, agora somente existe a tutela de urgência.

Portanto, houve unificação das tutelas, assim como houve extinção completa do livro do processo cautelar. Há, indubitavelmente, menor burocracia na utilização dos instrumentos para obtenção de maior rapidez e efetividade diante de um direito com risco de dano, haja vista a finalidade maior de um tutela é proteger um ou mais direitos ameaçados, garantindo maior celeridade da justiça. Todavia, poderá haver confusão no momento de aplicação da tutela de urgência no caso concreto, afinal, em que pese as semelhanças, há diferenças entre as medidas cautelares e as tutelas antecipatórias. A doutrina já tece grandes discussões e divergências acerca do tema, e a comissão de juristas responsáveis pela elaboração do Novo CPC alega que a aplicação do instituto da tutela de urgência irá depender de análise do caso concreto para que a melhor solução seja oferecida.

O Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil traz um notável avanço: o instituto da tutela de evidência. Quando há maior probabilidade da certeza de um direito invocado, a parte poderá, prontamente, usufruí-lo. Isso acarretará com uma menor duração do curso do processo, e não excluirá, entretanto, os direitos constitucionais à ampla defesa e ao devido processo legal.

A análise tanto da tutela de urgência quanto da tutela dos direitos evidentes demonstrou que o novo cenário do processo civil influenciou de maneira direta para que as leis processuais fossem alteradas, com várias reformas e atualmente com o Projeto do Novo CPC.

Houve mudança paradigmática no direito: a demasiada e notória preocupação com a segurança jurídica cedeu lugar à busca pela celeridade do processo, tanto que as reformas visam, em suma, uma efetiva prestação judicial advinda, justamente, da rapidez concreta no processo. A morosidade judicial não pode sacrificar direitos por não oferecer uma proteção jurídica eficaz. Existem diversos dispositivos, entretanto, todos funcionam muito bem no mundo jurídico, encontrando seu maior empecilho, no momento da aplicação de tais dispositivos legais, no que diz respeito a lentidão processual.

O Novo CPC tem a pretensão de que, a despeito das decisões baseadas tanto em tutelas de urgência quanto de evidência não possuírem caráter definitivo, quando for deferida uma liminar, sem que o réu impugne a efetividade de tal medida, ela venha por se estabilizar. Para que isso seja viabilizado, é preciso que haja autonomia procedimental da tutela antecipada.

O Novo CPC também pretende que o magistrado seja mais ativo durante o curso processual, podendo deferir, ao seu entendimento, a antecipação de tutela com base em tutela de urgência ou aparência.

Um direito evidente tem um grau muito alto de probabilidade em sua existência, indo além de verossimilhança. Poderá ser demonstrado mediante provas documentais ou outros meios probatórios, havendo oscilação no nível de evidência.

O direito evidente, sendo mais do que aparente, algumas vezes, pode ser utilizado para ferimento de antecipação de tutela, tendo como base o que preceitua o art. 273 do CPC atual. Mas, também, há hipóteses como incontrovérsia do pedido, o que eleva bem muito o grau de evidência do direito.

Um direito baseado na evidência poderá ser deferido mediante liminar e resolver ou não o mérito como um todo. Ao se acolher um direito evidente, poderá haver resultados fáticos de caracteres reversíveis ou irreversíveis. Ele pode ser deferido mediante a constatação de dano ao direito, mas há outras hipóteses para sua concessão, em que não há risco de que haja danificação do direito.

Os problemas existentes no Poder Judiciário, no que concerne à falta de celeridade, não serão resolvidos somente com mudanças nos procedimentos e conceitos propostos no Anteprojeto do Novo CPC.

Existirão muitas divergências entre juristas e estudiosos do direito na aplicação dos preceitos do novo código. Isso é um fato inerente à todas as ciências, e são construtivas todas as discussões.

Destarte, o que de fato é aguardado é que as inovações legais, cujo nascimento acompanha o direito contemporâneo, tragam melhoras na prestação jurisdicional adequada, e que de fato a efetividade e celeridade funcionem em casos concretos, fornecendo maior suporte jurídico às demandas levadas ao Judiciário.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, J. O. Fatores determinantes da efetividade do processo (celeridade e imparcialidade). *Revista Jurídica Consulex*.

BRASIL. Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994. Alteração do Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 13 dez. 1994.

BUENO, C. S. **Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CALAMANDREI, P. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Tradução Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

ARAÚJO CINTRA, A. C. de. & GRINOVER, A. P. & DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. 17º ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

ARAÚJO CINTRA, A. C. de. GRINOVER, A. P. DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. 24º ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

CÂMARA, A. F. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2009.

CAPITANIO, P. (trad) **Instituições de Direito Processual Civil**. 1ª ed. Campinas: Bookseller.

Código de Processo Civil Interpretado. São Paulo: Saraiva, 1993.

Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor. 6ª ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2002.

CRUZ J. R. & Tucci. **Tempo e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DINAMARCO, C. R. **A Reforma do Código de Processo Civil**. Malheiros Editores, 1995.

DINAMARCO, C. R. **A reforma da reforma**. 3^o ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FILHO, Misael Montenegro. **Projeto do Novo Código de Processo Civil – Confronto entre o CPC atual e o Projeto do Novo CPC**.

FUX, L. **Tutela de Segurança e Tutela de Evidência** (fundamentos da tutela antecipada). São Paulo: Saraiva, 1996.

FUX, L. A tutela dos Direitos Evidentes. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>> Acesso em: 23.out.2014.

FUX, L. **A tutela dos direitos evidentes**. Revista de Jurisprudência do STJ (Brasília), v.2, p.23-43, 2000. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/894>>. Acesso em: 15 out. 2014.

FUX, L. **A reforma do processo civil**. Niterói: Impetus, 2006.

FUX, L. Entrevista: **Anteprojeto do novo CPC prevê recurso único**, em 24/02/2010. Disponível em :<<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 21 out. 2014.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil: parte geral**. 16^o Ed. São Paulo: Saraiva, Coleção sinopses jurídicas.

GONÇALVES, M. V. R. **Novo Curso de Direito Processual Civil**, 3^o ed., v.1. São Paulo: Saraiva, 2006.

JORGE, F. C. & DIDIER Jr, F. & RODRIGUES, M. A. A nova reforma processual. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

JÚNIOR, J. H. S. **Processo Constitucional** nova concepção de jurisdição, Grupo Gen Método- Forense, 2008.

JÚNIOR, J. H. S. **O Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Salvador: JusPODIVM, 2011.

LACERDA, G. & OLIVEIRA, C. A. A. de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 3^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LOBO, L. F. B. **A Antecipação dos Efeitos da Tutela de Conhecimento no Direito Processual Civil e do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.

MARINONI, L. G. & ARENHART, S. C. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. 7. ed^o São Paulo: Revista dos Tribunais.

MARINONI, L. G. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MARINONI, L. G. **A Antecipação de Tutela**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARINONI, L. G. **A antecipação da tutela**. 6^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MARINONI, L. G. *Tutela Antecipada e Julgamento Antecipado: Parte Incontroversa da Demanda*. 5. ed^o São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

MARINONI, L. G. & MITIDIERO, D. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, L. G. MITIDIERO, D. **O Projeto do CPC – Crítica e Propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Medina, J. M. A. & CALDAS GAJARDONI F. de. & FONSESA F. da. **Procedimentos Cautelares e Especiais**. 2^oed. ver., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, O. **Tutela Antecipada**. 2^o ed. rev. São Paulo, 1999.

MITIDIERO, D. **Tutela antecipatória e defesa inconsistente**. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutela de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010

MOREIRA, J. C. B. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 22 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002.

NETO, L. O. **Processo Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2004.

NERY JR., N. & NERY, R. M. de A. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor. São Paulo: RT, 2002.
PORTANOVA, R. **Princípios do Processo Civil**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

OLIVEIRA, C. A de. **Perfil dogmático da tutela de urgência**. Porto Alegre: AJURIS, 1997.

RODRIGUES, M. A. **Elementos de Direito Processual Civil**. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2000

SAMPAIO JR, J. H. **O Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Salvador: JusPODIVM, 2011.

SANTOS BEDAQUE, J. R. dos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, O. A. B. da. & GOMES, F. **Teoria Geral do Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000.

SILVA, O. A. B da. **Curso de Processo Civil**. Volume 1. 5º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

THEODORO JR, H. **Curso de Direito Processual Civil – Volume II – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência**.

THEODORO JR., H. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume I. 24º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

THEODORO JR., H. **Curso de Direito Processual Civil**. 27ª ed., v.II. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

THEODORO Jr. H. As liminares e a tutela de urgência. **Revista da EMERJ**, 2002.

THEODORO JR. H. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TOURINHO Filho, F. da C. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2005.

ZAVASCKI, T. A. **Antecipação da tutela**. 7. ed^o São Paulo: Saraiva, 2009.

ZAVASCKI, T. A. Medidas Cautelares e Medidas Antecipatórias: Técnicas diferentes, Função Constitucional semelhante. **Revista de Processo**, São Paulo, 1996.