

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA II**

ANDRÉ CORDEIRO LEAL

MARIA DOS REMÉDIOS FONTES SILVA

VALESCA RAIZER BORGES MOSCHEN

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização

CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: André Cordeiro Leal, Maria Dos Remédios Fontes Silva, Valesca Raizer Borges Moschen – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-133-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetivação da justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

O XXIV Congresso do CONPEDI, realizado em parceria com os Programas de Pós-graduação em Direito da UFMG, da Universidade Fumec e da Escola Superior Dom Helder Câmara, ocorreu em Belo Horizonte, Minas Gerais, entre os dias 11 e 14 de novembro de 2015, sob a temática Direito e Política: da Vulnerabilidade à Sustentabilidade.

O Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II desenvolveu suas atividades no dia 13 de novembro, na sede da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade FUMEC, e contou com a apresentação de vinte e nove textos que, por seus diferentes enfoques e fundamentos teóricos, oportunizaram acalorados debates acerca dos seus conteúdos.

Como verá o leitor, a pluralidade das abordagens permite conjecturar sobre interfaces entre as diversas concepções de jurisdição e de processo, principalmente quanto ao novo Código de Processo Civil, seus fundamentos, exposição de motivos e desdobramentos. Aliás, os escritos que tratam dessa instigante temática vão dos negócios processuais à admissibilidade recursal, passando pela principiologia constitucional do processo e suas relações com a legitimidade decisória no estado democrático de direito. Há também considerações acerca da cooperação processual, da coisa julgada e da segurança jurídica, da proteção de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, das tutelas de urgência e de evidência e da sumarização da cognição.

Também há, nos textos apresentados, férteis discussões sobre as tensões entre o direito processual tradicional e suas insuficiências, com apresentação das controvérsias sobre aspectos procedimentais na adoção *intuitu personae* e na proteção do meio ambiente, bem como na ação de prestação de contas em face do guardião responsável pela administração dos alimentos. Tratam, ademais, do neoconstitucionalismo e do papel e atividade dos tribunais brasileiros, havendo escritos que, quanto a esse último tema, discorrem sobre a jurisprudência defensiva, sobre o ativismo judicial, sobre a inaplicabilidade do marco civil da internet pelos tribunais e sobre as súmulas vinculantes.

Não obstante a diversidade de temas, o que se colhe dos textos, além da fidelidade temática à proposta do Grupo de Trabalho, é o compromisso inegociável com o enfrentamento dos

problemas que convocam a comunidade jurídica à instigante e inafastável tarefa de teorizar o direito que, por suas bases constitucionais, precisa ser democraticamente pensado e operacionalizado.

Por fim, os coordenadores do GT - Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II agradecem aos autores dos trabalhos pela valiosa contribuição científica de cada um, permitindo assim a elaboração do presente Livro, que certamente será uma leitura interessante e útil para todos os que integram a nossa comunidade acadêmica: professores/pesquisadores, discentes da Pós-graduação, bem como aos cidadãos interessados na referida temática.

Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen - UFES

Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva - UFRN

Prof. Dr. André Cordeiro Leal - FUMEC

Coordenadores do Grupo de Trabalho

ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A SUMARIZAÇÃO DA COGNIÇÃO NAS TUTELAS DE URGÊNCIA E DA EVIDÊNCIA.

FUNDAMENTAL ASPECTS OF THE INJUNCTIVE RELIEF IN THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE: THE SUMMARIZATION OF COGNITION IN THE REMEDIES OF THE URGENCY AND THE EVIDENCE.

**Fernando Lage Tolentino
Flavio Barbosa Quinaud Pedron**

Resumo

O presente texto pretende analisar criticamente as transformações trazidas pelo novo Código de Processo Civil brasileiro (2015) no que concerne ao estudo das Tutelas Provisórias, abordando as espécies da tutela da urgência (antecipada e cautelar) e da tutela da evidência. Em um primeiro momento, será realizada um estudo da disciplina anterior, conforme normatizada pelo Código de Processo Civil brasileiro vigente (1973), destacando o atual sistema de tutela de urgência e sua divisão entre a técnica da antecipação dos efeitos da tutela e o procedimento cautelar autônomo. Em outro instante, analisa-se o atual regime trazido pelo novo Código, destacando inovações, continuidades e retrocessos.

Palavras-chave: Novo código de processo civil, Tutelas provisórias, Tutela cautelar e tutela antecipada

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to critically analyze the changes brought by the new Brazilian Civil Procedure Code (2015) concerning the study of the injunctive relief, addressing the species to the remedies of urgency (early and provisional) and protection of evidence. At first, a study of previous discipline will be held, as standardized by the current Brazilian Civil Procedure Code (1973), highlighting the current remedies of urgency system and its division between preliminary injunctions and the provisional remedies. In another moment, it analyzes the current regime brought by the new Code, highlighting innovations, continuities and setbacks.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: New civil procedure code, Injunctive relief, Provisional remedies and preliminary injunctions

1. INTRODUÇÃO.

Um dos reclames e críticas mais comuns que se ouve na atualidade quando o assunto é processo vincula-se exatamente sobre sua morosidade. Muitos inclusive interrogam se essa relação tempo/processo não se mostra como uma relação, não apenas conflitiva, como ainda, indissolúvel (TUCCI, 1997, p. 11). Se assim fosse, metaforicamente estar-se-ia obrigado a representar o tempo *do/no* processo tal qual a figura mitológica do titã *Cronos* (em grego, *Κρόνος*) que de modo voraz engolia seus próprios filhos.¹

Assim, quando a Lei n. 8.952/94, inseriu o instituto da “antecipação dos efeitos do pedido” (que ficou popularmente conhecido como “tutela antecipada”) não faltaram proferimentos exagerados de êxtase e idolatria ao instituto (MARINONI, 2008, p. 20-21). Mas o entusiasmo durou pouco e a expectativa de que mudanças radicais fossem sentidas logo deu lugar ao tradicional discurso pessimista. Voltou-se a falar da crise do Judiciário, sem, contudo, indagar sobre as raízes dessa crise.² E como no Brasil é comum a crença de que uma nova legislação pode trazer mudanças taumaturgas e radicais, não demorou para se investir em um novo Código de Processo Civil. Não que a mudança não fosse necessária; com precisão, Nunes (2008) evidencia que o Código de Processo Civil ainda vigente (Lei n. 5.869/73) foi construído sob as bases de um discurso teórico que já não responde mais satisfatoriamente.

É de amplo conhecimento da comunidade jurídica, que ainda no ano de 2010, iniciou-se no Senado Federal a tramitação de um projeto de Novo Código de Processo Civil, que após longos 5 (cinco) anos de idas e vindas entre diversas comissões das casas do legislativo federal, resultou na promulgação e sanção da Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015, instituindo um Novo Código de Processo Civil, cuja vigência irá se iniciar em 18 de março de 2016.

¹ Fato é que deve-se proceder a uma distinção fundamental entre o que se possa chamar de *tempo-calendário* e o *tempo-social*. O tempo-calendário é uma grandeza físico-astronômica desprovido da sua humanização pelo tempo-social. Fato é que as percepções humanas sobre o tempo nos mostram que este está em constante aceleração (QUINAUD PEDRON, 2012). Scheuerman (2004) inclusive questionara o significado e o impacto das dinâmicas institucionais dessa aceleração, bem como a sociedade atual passa a exigir das instituições políticas, principalmente do Legislativo e do Judiciário respostas cada vez mais rápidas.

² Apenas em raros momentos, a Teoria do Processo brasileira parece ter se atinado para o fato do problema se situar na base de uma ruptura paradigmática, que exige uma reflexão radical acerca da insuficiência teórica das propostas tradicionais e ainda ancoradas na *teoria relacionista* – ou sua versão instrumentalista (DINAMARCO, 1999) – *do processo*. Como exemplos de críticas a essa postura e que apresentam uma proposta diferenciadamente mais democrática, cita-se: GONÇALVES, 2012; FERNANDES e PEDRON, 2008; NUNES, 2008.

Várias modificações foram procedidas na estrutura dos procedimentos cíveis, bem como alguns novos institutos processuais foram criados. Talvez um dos pontos mais comentados pela comunidade jurídica quando se estuda e analisa este Novo Código de Processo Civil tenha sido a unificação dos institutos da chamada “tutela antecipada” com o “processo cautelar”.

Nesse sentido, a estrutura do Processo de Conhecimento – inclusive após a Lei n. 11.232/2005, que promoveu tamanha transformação, inclusive transpondo a satisfatividade decisória de procedimento autônomo (*processo de execução de título judicial*) para fase procedimental (*cumprimento de sentença*, art. 475-J e seguintes do Código de Processo Civil de 1973), o que inaugurou o que muitos processualistas denominaram de modelo da “ação sincrética” – passa agora a uma nova forma de sincretismo, já busca unificar, em um único procedimento, cognição, satisfatividade e cautelaridade.

O presente texto pretende, então, apresentar algumas considerações e reflexões acerca da atual disciplina da tutela antecipada e do procedimento cautelar disposta no código vigente, para em um segundo momento discutir o tratamento dado à chamada tutela provisória no Novo Código de Processo Civil. Ao fim, cabe, ainda, pensar criticamente as propostas trazidas para um novo Código de Processo Civil, principalmente para confrontá-las com o modelo constitucional de processo já normatizado pela Constituição de 1988.

2. TUTELAS DE URGÊNCIA NO ATUAL SISTEMA PROCESSUAL CIVIL.

O sistema de tutelas de urgência vigente no Brasil disciplina, atualmente, dois meios distintos para que o cidadão possa alcançar a proteção e o exercício de direitos em situações de possível ocorrência de danos: o procedimento cautelar e a técnica de antecipação dos efeitos da tutela em procedimentos de conhecimento. Com vistas a evitar equívocos e confusões terminológicas comuns nessa área, indispensável apresentar uma breve análise que distinga essas duas espécies de tutelas de urgência.

2.1. TUTELA DE URGÊNCIA PREVENTIVA - PROCEDIMENTO CAUTELAR.

Regulamentado no Livro III do Código de Processo Civil ainda vigente (arts. 796 a 889), o procedimento cautelar constitui verdadeiro meio processual auxiliar disposto em favor daquele que necessita alcançar a proteção de eventuais direitos pendentes ou de acerto

em virtude de uma indefinição sobre a titularidade de direitos ou de satisfação efetiva em via executiva.

Tradicionalmente, o procedimento cautelar permite que o interessado na atuação jurisdicional alcance de forma célere provimento jurisdicional que evite/impeça a ocorrência de eventuais danos vinculados a uma situação de risco, assegurando bens, provas e pessoas. Nos dizeres de Ovídio Araújo Baptista da Silva:

A tutela cautelar faz parte do gênero tutela preventiva e tem por fim dar proteção jurisdicional ao direito subjetivo ou a outros interesses reconhecidos pela ordem jurídica como legítimos, mas que não se identificam com os denominados direitos subjetivos. Na verdade, a tutela cautelar tem por fim proteger não apenas direitos subjetivos, mas igualmente, e, poderíamos dizer até, preponderantemente, proteger pretensões de direito material, ações e exceções, quando seus respectivos titulares aleguem que tais interesses, reconhecidos e protegidos pelo direito, encontram-se sob ameaça de um dano irreparável.

O grande móvel, portanto, a justificar a tutela cautelar é sem dúvida a urgência, ante a qual as formas convencionais de tutela jurisdicional tornem-se insuficientes e inadequadas, impedindo que o Estado cumpra seu dever de proteção do direito por ele próprio criado, dever este que decorre do monopólio da função jurisdicional. (2008, p. 5)

A atuação jurisdicional em sede cautelar exige por parte do requerente a demonstração, em juízo de probabilidade e não de certeza jurídica, de dois requisitos específicos tradicionalmente denominados de dano potencial (*periculum in mora*) e de plausibilidade do direito alegado (*fumus boni iuris*).

O dano potencial pode ser entendido como o fundado temor na proximidade de ocorrência de dano grave de difícil ou impossível reparação. Importante destacar que, afastadas as concepções meramente subjetivas na ocorrência de possível dano, o fundado temor significa a necessidade de demonstração em juízo da situação objetiva de risco ao direito através da exposição de fatos concretos passíveis de comprovação nos autos.

O dano em questão deve ser próximo, ou seja, iminente, o que significa dizer que é provável a sua ocorrência em caso de inércia dos envolvidos, antes da instauração ou, ainda, no curso de eventual procedimento principal de conhecimento ou de execução, acarretando a provável ineficiência da atuação jurisdicional. Nesse caso, ressalvadas algumas exceções, a atuação cautelar está vinculada, em termos temporais, à atuação jurisdicional desenvolvida em sede de procedimento principal.

Em sentido complementar, tem-se que dano grave é aquele que encontra difícil ou impossível reparação específica. Não obstante a doutrina civilista afirmar que todo e qualquer dano é passível de reparação, ainda que de natureza pecuniária, a preocupação a respeito de

uma possível irreparabilidade ou problemática reparabilidade do dano se vincula à busca pelo cumprimento específico de uma obrigação.

Lado outro, a plausibilidade do direito alegado significa que, em juízo de *cognição sumária*, cabe ao requerente da medida cautelar demonstrar a probabilidade de que o direito alegado exista (SILVA, 2008, p. 60). Destaca-se: não é possível (nem mesmo buscado) em via cautelar a comprovação cabal da titularidade dos direitos em análise no procedimento principal. No procedimento cautelar, exatamente pelo fato da cognição ser sumária, não se desenvolve juízo de certeza jurídica, apenas de probabilidade.

Além da necessidade do preenchimento dos requisitos acima para que a tutela cautelar seja concedida, é importante ressaltar que a eficácia de eventual medida cautelar concedida tem duração temporal *limitada*, estando diretamente vinculada à situação de risco narrada no curso do procedimento.

Isso significa dizer que não mais existindo a possibilidade de ocorrência de dano, a medida cautelar cessa seus efeitos. É comum a afirmação de que a medida cautelar seria provisória, fazendo-se clara alusão à futura substituição por alguma outra providência jurisdicional de característica definitiva. Todavia, considerando-se a diversidade de efeitos entre a medida cautelar e outra medida que venha a “substituí-la” no curso do procedimento principal, prefere-se a expressão temporariedade (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, 2009, p. 453).

Considerando-se que a situação de risco subjacente à cautelaridade sofre influxos de possíveis alterações verificadas na situação fática *sub judice*, caracteriza-se, também, a tutela jurisdicional cautelar pela mutabilidade da medida assecuratória eventualmente deferida. É possível a substituição, a modificação e até mesmo a revogação de medida cautelar já deferida pelo órgão jurisdicional. Justifica-se tal característica em virtude da necessidade de atuação eficiente e pontual do judiciário com vistas a evitar a ocorrência do dano. Todavia, essa mutabilidade não desconhece ou descuida da necessidade de observância do contraditório (BUENO, 2009, p. 162).

2.1.1. TIPOLOGIA DO PROCEDIMENTO CAUTELAR.

Em termos técnicos, pode-se afirmar que o tutela jurisdicional cautelar pode ser exercida segundo duas categorias procedimentais distintas: os procedimentos cautelares nominados e a ação cautelar inominada (também denominada de *poder geral de cautela*).

Em primeiro plano, verifica-se um sistema de previsão normativa expressa e específica, prevista no Código de Processo Civil ainda vigente, de possíveis situações fáticas que caracterizariam a necessidade de utilização de determinada medida cautelar específica. Ao regulamentar os procedimentos cautelares nominados, o legislador entendeu adequado que a norma processual descrevesse uma série de medidas tipificadas a serem utilizadas em hipóteses específicas.

Nessa seara, o CPC ainda vigente regula: o arresto (arts. 813 a 821); o sequestro (arts. 822 a 825); a caução (arts. 826 a 838); a busca e apreensão (arts. 839 a 843); a exibição (arts. 844 e 845); a produção antecipada de provas (arts. 846 a 851); os alimentos provisionais (arts. 852 a 854); o arrolamento de bens (arts. 855 a 860); a justificação (arts. 861 a 866); os protestos, notificações e interpelações (arts. 867 a 873); a homologação do penhor legal (arts. 874 a 876); a posse em nome do nascituro (arts. 877 e 878); o atentado (arts. 879 a 881); o protesto e a apreensão de títulos (arts. 882 a 887); e as outras medidas provisionais (arts. 888 e 889).

Já em segundo plano, e em sentido complementar, dispõe o art. 798 do CPC vigente, que além das medidas cautelares típicas arroladas acima, sempre que presente e demonstrada em juízo eventual situação de risco envolvendo a possibilidade de ocorrência de dano grave de difícil ou impossível reparação, o magistrado pode deferir medidas cautelares no exercício da função jurisdicional preventiva.

A motivação da ação cautelar inominada é simples: considerando a infindável diversidade/multiplicidade de situações fáticas que podem ser verificadas na prática, bem como a incapacidade legislativa de previsão de todas as possíveis situações de risco que demandam a atuação cautelar, o sistema processual amplia a atuação da jurisdição ao prever tal tipo inominado.

2.2. TUTELA DE URGÊNCIA SATISFATIVA - ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA.

Prevista no art. 273 do CPC ainda vigente, a antecipação dos efeitos da tutela possui caráter nitidamente satisfativo do direito pleiteado, buscando permitir ao requerente, a fruição de determinado “direito/interesse” antes mesmo do julgamento final da lide.

Assim, em situações que demandem rápida atuação da função jurisdicional, é possível que os efeitos (condenatórios, declaratórios ou constitutivos) que se buscam com a

prolação do provimento final (sentença), sejam verificados em momento prévio, dentro da estrutura do procedimento de conhecimento.

A técnica de antecipação dos efeitos da tutela foi introduzida de forma generalizada no Ordenamento Jurídico brasileiro no ano de 1994, pela Lei nº 8.952. Interessante pontuar que até esse momento, fora as “liminares satisfativas” previstas em alguns procedimentos especiais, tais como os possessórios, o sistema processual somente previa a tutela de urgência cautelar, de característica meramente preventiva e não satisfativa do direito (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, 2009, p. 465). O desenvolvimento da técnica em análise se fundamenta na ineficiência/inoperância da tutela cautelar para enfrentar situações em que a pura e simples prevenção não era suficiente para evitar o perecimento de direitos. Assim dispõe o CPC ainda vigente:

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:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 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.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 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.

Analisando o texto legal, pode-se afirmar que existem 4 (quatro) pressupostos legais cumulativos e 2 (dois) pressupostos legais alternativos para a concessão da antecipação em análise. Discorre-se, abaixo, portanto, sobre os pressupostos ou requisitos cumulativos para a concessão da antecipação.

Em primeiro plano, disciplina o *caput* do art. 273 do CPC/1973, que a antecipação pode ser deferida mediante requerimento da parte. O texto legal é claro nesse sentido, afastando em sua literalidade a possibilidade de concessão da medida em atividade oficiosa do magistrado. Entretanto, insta salientar que parte da doutrina entende possível a antecipação *ex officio* sob o argumento de que em situações de extrema urgência e com vistas à “efetividade

instrumental do processo” deve o magistrado atuar evitando a ocorrência de danos (BUENO, 2009, p. 11; BEDAQUE, 2001, p. 372).

De forma semelhante, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. TUTELA ANTECIPADA DE OFÍCIO CONCEDIDA NO ACÓRDÃO. ADMISSIBILIDADE EM HIPÓTESES EXCEPCIONAIS.

1. Trata-se, na origem, de Ação Declaratória com pedido de condenação ao pagamento de salário-maternidade movida por trabalhadora rural diarista. O acórdão confirmou a sentença de procedência e, de ofício, determinou a imediata implantação do mencionado benefício.

2. As tutelas de urgência são identificadas como reação ao sistema clássico pelo qual primeiro se julga e depois se implementa o comando, diante da demora do processo e da implementação de todos os atos processuais inerentes ao cumprimento da garantia do devido processo legal. Elas regulam situação que demanda exegese que estabeleça um equilíbrio de garantias e princípios (v.g., contraditório, devido processo legal, duplo grau de jurisdição, direito à vida, resolução do processo em prazo razoável).

3. No caso concreto, o Tribunal se vale da ideia de que se pretende conceder salário-maternidade a trabalhadora rural (boia-fria) em virtude de nascimento de criança em 2004.

4. O Superior Tribunal de Justiça reconhece haver um núcleo de direitos invioláveis essenciais à dignidade da pessoa humana, que constitui fundamento do Estado Democrático de Direito. Direitos fundamentais correlatos às liberdades civis e aos direitos prestacionais essenciais garantidores da própria vida não podem ser desprezados pelo Poder Judiciário. Afinal, "a partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais" (REsp 1.041.197/MS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16.9.2009, grifei.)

5. A doutrina admite, em hipóteses extremas, a concessão da tutela antecipada de ofício, nas "situações excepcionais em que o juiz verifique a necessidade de antecipação, diante do risco iminente de perecimento do direito cuja tutela é pleiteada e do qual existam provas suficientes de verossimilhança" (José Roberto dos Santos Bedaque, Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006, pp. 384-385).

6. A jurisprudência do STJ não destoa em situações semelhantes, ao reconhecer que a determinação de implementação imediata do benefício previdenciário tem caráter mandamental, e não de execução provisória, e independe, assim, de requerimento expresso da parte (v. AgRg no REsp 1.056.742/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 11.10.2010 e REsp 1.063.296/RS, Rel. Min. Og Fernandes, DJe de 19.12.2008).

7. Recurso Especial não provido.

(REsp 1309137/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/05/2012, DJe 22/05/2012)

Em segundo plano, a antecipação exige do requerente da medida a apresentação de prova inequívoca do alegado em juízo. Não é possível interpretar literalmente a palavra inequívoca, em sentido de prova certa, concludente e que não permite questionamentos. Prova

inequívoca deve ser interpretada como prova robusta e convincente, de grande capacidade de influência na formação do convencimento quando da valoração dos instrumentos probatórios em juízo. Interessante notar que em nenhum momento o CPC elege um ou outro meio de prova como inequívoca, abrindo, assim, espaço para a argumentação dos envolvidos.

Em terceiro plano verifica-se a necessidade de verossimilhança das alegações do requerente da antecipação. A verossimilitude vincula-se a uma aproximação da ideia de certeza, permitindo a cognição sobre ponto relevante para o deferimento da medida antecipatória. Pela dicção legal do *caput* do art. 273 do CPC/1973, a prova inequívoca é antecedente lógico que demonstra a verossimilhança da alegação (LEAL, 2005, p. 68).

Em quarto plano, ainda como pressuposto cumulativo para fins de concessão da antecipação dos efeitos da tutela, previsto no §4º do dispositivo codificado em análise, verifica-se a necessidade de possível reversibilidade da medida antecipada, ou seja, faz-se necessária a possibilidade de reversão dos efeitos produzidos pela antecipação, uma vez que após o regular desenvolvimento do procedimento, exauridas as vias de cognição sobre os pontos relevantes para o julgamento da causa, pode-se chegar à conclusão de que a medida antecipada foi indevida e deve-se retornar ao *status quo ante*.

Após a verificação dos pressupostos cumulativos acima descritos, necessária se faz a averiguação em torno ou da possibilidade de ocorrência de dano ou da atuação abusiva/protelatória da parte ré em juízo. Tratam-se dos pressupostos alternativos para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela.

Assim, a antecipação poderá ser concedida em duas hipóteses: ou resta caracterizada a possibilidade de ocorrência de dano grave, de difícil ou impossível reparação, sendo então necessária a célere intervenção jurisdicional com vistas a evitar a ocorrência ou manutenção de situações lesivas ao direito de parte (antecipação fundada no *periculum in mora*); ou resta caracterizado nos autos o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, sendo então necessária a atuação jurisdicional com vistas a se fazer observar o princípio da lealdade processual (antecipação fundada na sanção/punição).

No primeiro caso (antecipação fundada no *periculum in mora*), verifica-se a necessidade de comprovação objetiva em juízo de fatos que demonstrem efetivamente qual o possível dano iminente e sua extensão, evitando-se que meros temores infundados deem base para a atuação jurisdicional em regime de cognição sumária.

Já no segundo (antecipação fundada na sanção/punição), indispensável a análise cuidadosa do requerimento de antecipação, vez que o exercício pleno da defesa de um direito

em juízo, baseado no princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, inciso LV da CB/88), não pode ser interpretado como abuso de direito ou intuito de protelação.

2.2.1. CARÁTER PROVISÓRIO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA.

A técnica de antecipação dos efeitos da tutela é caracterizada pela provisoriedade da eficácia das decisões proferidas, ou seja, os efeitos da decisão judicial que defere a medida antecipada são provisórios. Afinal, ou se tem a revogação da medida em momento posterior, vez que não mais presentes os pressupostos legais do art. 273 do CPC/1973 ainda vigente, ou se tem a confirmação da medida que será substituída por outra decisão, essa de caráter definitivo.

Importante não confundir a temporariedade característica da tutela cautelar com a provisoriedade que marca a técnica de antecipação. Ambas possuem duração temporal limitada, todavia, o provimento cautelar não necessita ser substituído por outra decisão, gerando seus efeitos enquanto perdura a situação de risco. Já a medida de antecipação dos efeitos da tutela deve necessariamente ser vinculada a decisão futura (que confirme ou revogue) apta a se tornar definitiva na dinâmica da estrutura do procedimento de conhecimento.

2.2.2. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA DA PARCELA INCONTROVERSA DA DEMANDA (art. 273, § 6º CPC/1973).

Analisando o texto do art. 273 do CPC/1973 ainda vigente, nota-se que o legislador inseriu no parágrafo 6º, técnica de julgamento parcial da lide que em nada se parece com a antecipação dos efeitos da tutela, e sim com o julgamento antecipado da lide, previsto no art. 330 do mesmo diploma legislativo. Segundo o texto legal, é possível que o magistrado “antecipe” os efeitos da tutela quando um ou mais de um dos pedidos se tornarem incontroversos.

Não se trata de hipótese de antecipação dos efeitos da tutela com base nos requisitos legais presentes no *caput* e parágrafo 2º do artigo supracitado (requerimento de parte + prova inequívoca + verossimilhança das alegações + reversibilidade da medida + **ou** perigo de dano **ou** abuso/manifesto propósito protelatório). Trata-se, sim, de hipótese *de resolução parcial do mérito*, fundada em cognição exauriente face a não contestação especificada por parte do réu

com relação a um ou mais de um dos pedidos (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, 2009, p. 527/528).

Insta salientar, cuida-se de técnica de julgamento parcial antecipado da lide, que se baseia na incontrovérsia de pedidos e não na incontrovérsia de fatos.

2.3. TENTATIVA DE DISTINÇÃO ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA – SATISFATIVIDADE COMO CRITÉRIO DIFERENCIADOR.

Diante da existência de duas técnicas distintas de tutela da urgência, faz-se necessário traçar o critério diferenciador entre as mesmas, evitando-se, assim, a utilização incorreta das categorias processuais em análise.

A tutela cautelar desenvolve-se através da instauração de procedimento autônomo, mas vinculado ao procedimento de conhecimento e/ou de execução, buscando-se a efetividade da atuação jurisdicional sem, contudo, alcançar satisfatividade, mediante mera proteção de direitos. Já a antecipação dos efeitos da tutela desenvolve-se mediante mero requerimento formulado nos autos de um procedimento de conhecimento, buscando-se a satisfatividade antecipada do mérito.

Em síntese, pode-se afirmar que, além do distinto aspecto formal, o principal critério diferenciador entre as duas técnicas de tutela de urgência reside na busca, ou por mera prevenção ou por satisfatividade imediata de eventuais direitos.

Conforme já exposto ao longo deste artigo, o procedimento cautelar atua com vistas a oportunizar uma situação fático-jurídica de mera prevenção ao dano, atuando de forma a gerar uma “medida judicial de segurança”, buscando impedir a ocorrência de um dano de difícil ou impossível reparação. Lado outro, a técnica da antecipação dos efeitos da tutela, que pode estar vinculada ou não a uma possível situação de risco, atua de forma a permitir que o interessado possa antecipar, dentro do tempo procedimental, a fruição dos efeitos decorrentes do futuro provimento judicial a ser prolatado.

2.3.1. FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DA URGÊNCIA (art. 273, § 7º CPC/1973).

Não obstante a definição de um critério diferenciador (satisfatividade) que justifica a previsão de duas técnicas distintas de tutela de urgência, o legislador inseriu no ano de 2002, através da Lei nº 10.444, o parágrafo 7º ao art. 273 do CPC ainda vigente, que dispõe que

caso o autor, a título de antecipação de tutela, requeira providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. Trata-se de técnica que permite a fungibilidade casuística entre a antecipação dos efeitos da tutela e a tutela cautelar.

Justifica-se tal fungibilidade na possibilidade de ocorrência de eventual confusão/erro por parte do requerente que, a título de medida antecipatória, requer medida de natureza cautelar. Não existindo óbice na seara de pressupostos legais para concessão, ou seja, presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* autorizadores da atuação cautelar da função jurisdicional, pode o magistrado relevar o equívoco de ordem formal na solicitação da tutela de urgência e deferir medida cautelar no bojo de um procedimento de conhecimento que impeça a ocorrência de dano.

3. TUTELA DE URGÊNCIA E TUTELA DA EVIDÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Em um momento inicial, o texto que foi apresentado originariamente ao Senado Federal (Projeto de lei n. 166/2010), como fruto dos trabalhos e das discussões dos autores do anteprojeto, consagrava em relação a atual disciplina sobre o tema algumas novidades: unificação da tutela cautelar com a tutela antecipatória sob o título de *tutelas de urgência*, fazendo com que desaparece o atual livro do Procedimento Cautelar do CPC/1973, e permitindo o seu pleiteamento antes ou no curso do procedimento – art. 277; e criação da *tutela de evidência*, para acelerar os efeitos do provimento jurisdicional.

Sendo assim, tinha-se que o primeiro pressuposto básico para obtenção de uma tutela de urgência seria a presença de *risco de dano grave ou de difícil reparação* ao direito de uma das partes (*periculum in mora*³ – art. 278); todavia, o texto do art. 283 colocava sérias dúvidas se no curso dessa unificação, passar-se-ia exigir apenas o *fumus boni iures* das cautelares ou a verossimilhança e prova inequívoca exigidos para concessão da tutela antecipada.⁴ Uma vez

³ Fux (2011, p. 17-18) sustenta que há uma distinção entre os tipos de *periculum in mora* ainda no projeto do Senado Federal, pois, para a tutela de urgência cautelar, este se volta para o risco de inutilidade do processo (como queria Calamandrei), enquanto na tutela antecipada (satisfativa), o risco é para o direito material da parte. Com isso, supostamente, a tutela cautelar, ainda no anteprojeto de um novo CPC conservaria seu caráter instrumental, já que não seria satisfativa (PINHO, 2012, p. 482).

⁴ Pinho (2012, p. 485) lembra que no início da discussão sobre os requisitos para concessão da tutela antecipada, em 1994, propostas interpretativas afirmavam que haveria uma gradação dos juízos de probabilidade, sendo o *fumus boni iures* o menor, o mais simples, e no outro extremo, a verossimilhança fundado em prova inequívoca para a tutela antecipada o maior. Seria como dizer que no caso das cautelares, estando ainda em dúvida o magistrado, este penderia a favor do deferimento da cautelaridade; ao passo que diante do pleito de uma antecipação dos efeitos do pedido, este deveria estar – ainda que possível de mudança de entendimento

que o texto não trazia clareza, deixava a impressão de que a obtenção de uma tutela antecipada seria facilitada pela legislação por exigir-se apenas os requisitos típicos das cautelares.

Diante do risco de que medidas de natureza satisfativa pudessem vir a danificar o direito da parte requerida, previu-se que nos casos de dano, o requerente da tutela de urgência seria *objetivamente* responsável por reparar o prejuízo sofrido pelo requerido (art. 282), podendo o magistrado exigir caução prévia.

Nos casos de requerimento *preparatório* das tutelas de urgência, após o pedido, o réu seria citado para contestar no prazo de 5 dias, sob pena de revelia. Caso necessário, realizar-se-ia uma audiência de instrução e julgamento, com deferimento ou não da medida. Se a medida não fosse impugnada, ter-se-ia por *estabilizada*, dispensando-se a propositura da ação judicial.

O anteprojeto previa, ainda, que as medidas de urgência incidentais poderiam ser aplicadas *ex officio*.

A tutela de evidência passava ser uma “novidade”, pois a mesma assumia a natureza satisfativa, *sem contudo, exigir o requisito da urgência*. Na lógica do projeto legislativo, a urgência estaria vinculada à possível ocorrência de dano, ao passo que a evidência não, justificando-se apenas à luz da necessidade de celeridade. Por isso mesmo, pautava-se na incontrovéncia do pedido ou do abuso de direito processual pela outra parte. A incontrovéncia era identificada quando à similitude do atual artigo 273, § 6º do CPC ainda vigente, um ou mais pedidos se mostrarem incontroverso, quando houver prova documental irrefutável e quando a matéria já tiver sido decidida pela jurisprudência em incidente de julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante pelo STF. A outra possibilidade ficava com o caráter de sanção como anteriormente explicado no tópico sobre a atual sistemática.

Por sua vez, na Câmara dos Deputados, o projeto do novo Código de Processo Civil foi autuado e recebeu o n. 8.046/2010 (este foi unificado ao PLC n. 6.025/2005). Inicialmente, o projeto em trâmite na Câmara colocava a ideia de tutela antecipada como gênero que comportava espécies vinculadas à urgência (satisfativa ou cautelar) e à evidência (inicialmente próxima à ideia da antecipação dos efeitos da tutela da parcela incontroversa da demanda acima prevista do Código ainda vigente – acima descrita).

posterior, dado o resto das demais provas a serem produzidas na instrução – consciente e seguro do direito da parte pleiteante. Nesse sentido, afirma Pinho (2012, p. 495): “[...] para fazer valer seu direito a uma tutela antecipatória, é necessário que o requerente prove mais do que é preciso para a obtenção da tutela cautelar”. No mesmo sentido Didier Jr., Braga e Oliveira (2009, p. 462).

Todavia, após análises e propostas de emenda ao texto do projeto de lei pelos deputados federais, bem como após diversas considerações feitas por juristas que compuseram comissão instalada pela Câmara dos Deputados para auxiliar os congressistas nos trabalhos legislativos, o texto ao final aprovado e sancionado pelo Palácio do Planalto instituiu a existência de um gênero denominado tutela provisória (arts. 294 a 299 do NCPC), subdividido em duas espécies: tutela da urgência, subdividida em antecipada (de conteúdo satisfativo) e cautelar (de conteúdo meramente preventivo) (arts. 300 a 310 do NCPC), e tutela da evidência (art. 311 NCPC)

Em um primeiro título a respeito de disposições gerais, o Novo Código de Processo Civil dispõe que a tutela provisória de urgência poderá ser deferida em caráter antecedente ou incidental, sendo que o requerimento incidental independe do pagamento de custas. Em termos temporais, a tutela provisória deferida pelo magistrado conserva sua eficácia na pendência do procedimento, inclusive ao longo de eventuais hipóteses de suspensão do procedimento, podendo, entretanto, ser modificada ou revogada a qualquer momento. Com relação à efetivação da tutela provisória, o texto normativo determina a observância das regras relativas o cumprimento provisório da sentença.

A decisão que defere, indefere, modifica ou revoga a tutela provisória deve ser fundamentada (art. 489 NCPC) de forma clara e precisa, sendo que o recurso cabível será o agravo de instrumento, nos termos do art. 1.015, inciso I do NCPC. Importante destacar que o Novo Código está muito preocupado com a obediência do magistrado ao dever constitucional de *fundamentação de suas decisões*.⁵ Espera-se que com isso, que cada vez mais seja compreendido pelos processualistas brasileiros que os atos processuais não podem ficar restritos à consciência solipsista do magistrado e que é fundamental observar o modelo participativo de processo, no qual o princípio do contraditório não seja reduzido a bilateralidade de audiência, como fazem Cintra, Grinover e Dinamarco (2003, p. 55-56) – ou a um primitivo entendimento de “paridade de armas”, como deixa escapar Assumpção Neves (2009, p. 56); e sim, como um direito de co-construção do provimento, um direito de influência da decisão.⁶

⁵ Infelizmente ainda é comum a confusão feita por diversos processualistas entre a mera *motivação* e as exigências constitucionais de uma *fundamentação*. Para uma cuidadosa explicação sobre essa distinção, recomenda-se uma leitura do trabalho: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; QUINAUD PEDRÓN, Flávio. O que é uma decisão judicial fundamentada? Reflexões para uma perspectiva democrática do exercício da jurisdição no contexto da reforma do processo civil. 2010.

⁶ “Em relação às partes, o contraditório aglomera um feixe de direitos dele decorrentes, entre eles: a) direito a uma cientificação regular durante todo o procedimento, ou seja, uma citação adequada do ato introdutivo da demanda e a intimação de cada evento processual posterior que lhe permita o exercício efetivo da defesa no curso do procedimento; b) o direito à prova, possibilitando-lhe sua obtenção toda vez que esta for relevante; c)

No que tange à regra de definição de competência jurisdicional para análise do requerimento de tutela provisória, o Novo Código, repetindo a criticável⁷ regra existente no art. 800 do código ainda vigente, determina que se o requerimento for realizado em caráter incidental, compete ao juízo da causa a análise, já nas situações em que o requerimento for antecedente, compete ao juízo competente para conhecer do futuro pedido principal.

Em um segundo título, já abordando de forma específica a tutela provisória de urgência, o Novo Código descreve os requisitos legais para a concessão de tal tutela, qual seja a probabilidade do direito alegado (semelhante à plausibilidade do direito alegado exigida para a concessão da medida cautelar no sistema processual ainda vigente – *fumus boni iuris*) e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (semelhante à ideia de um fundado temor na ocorrência de um dano grave de difícil ou impossível reparação – *periculum in mora*).

Dispõe o novo texto processual que “poderá” o juiz exigir caução, real ou fidejussória, para fins de eventual ressarcimento de danos que o requerido possa sofrer em virtude do cumprimento da decisão da tutela provisória posteriormente revogada. Essa caução “poderá” ser dispensada caso o requerente seja parte economicamente hipossuficiente.

A tutela de urgência poderá ser deferida liminarmente ou após justificção prévia, sendo que no caso específico da tutela de urgência antecipada (satisfativa), o magistrado deve estar atento à exigência legal do requisito da reversibilidade da medida antecipada.

Na sistemática a ser implantada pelo Novo Código, tem-se que não apenas a tutela de natureza cautelar, como ainda a antecipada de natureza satisfativa, podem ser propostas *antecedentemente* à causa principal. Nessa situação ter-se-ia uma petição que apenas se limitaria ao requerimento e seu pedido, sem necessidade de introduzir os elementos diversos da lide a ser futuramente ajuizada. Uma vez que a lide será debatida processualmente nos mesmos autos, quando esta for proposta, caberia ao requerente *aditar* a petição inicial com a argumentação complementar, juntando novos documentos, etc. Assim não procedendo, o juiz deverá extinguir o processo *sem* resolução do mérito.

No caso do art. 303 do NCPC, que regula o procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, o magistrado, ao deferir a antecipação de tutela satisfativa,

em decorrência do anterior, o direito de assistir pessoalmente a assunção da prova e de se contrapor às alegações de fato ou às atividades probatórias da parte contrária ou, mesmo, oficiosas do julgador; e d) o direito de ser ouvido e julgado por um juiz imune à ciência privada (*private informazioni*), que decida a causa unicamente com base em provas e elementos adquiridos no debate contraditório” (NUNES, 2008, p.230).

⁷ A crítica feita ao art. 800 do código ainda vigente refere-se à ideia que a melhor definição da competência para análise de procedimentos cautelares no sistema processual atual deveria vincular-se ao juízo com melhores condições em evitar a ocorrência do dano, o que não necessariamente será verificado no juízo competente para a análise do pedido principal.

intimará o requerente, para proceder ao já aludido aditamento da petição inicial no prazo mínimo de 15 (quinze), bem como determinará a citação/intimação do requerido para comparecer em audiência de conciliação ou de mediação, sendo que na hipótese de não obtenção de eventual acordo entre as partes, o prazo de defesa seria iniciado. Caso a tutela antecipada não seja deferida pelo magistrado, o requerente será intimado para aditar sua petição inicial no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de extinção do procedimento sem a análise do mérito.

Trazendo verdadeira inovação no sistema processual civil brasileiro, o art. 304 do NCPC dispõe sobre a *estabilização* dos efeitos da tutela satisfativa deferida. Aqui, caso não seja interposto recurso de agravo de instrumento contra a decisão que concedeu a tutela antecipada satisfativa o procedimento será extinto e a decisão deferida terá seus efeitos prolongados no tempo, até eventual instauração de procedimento para discutir (rever, reformar ou invalidar) a decisão estabilizada. Importante ressaltar, a parte prejudicada dispõe de um prazo de 2 (dois) anos para exercer seu direito de revisão, reforma ou invalidação da decisão da tutela antecipada antecedente.

Para Didier Jr, estaríamos diante de uma espécie de *técnica monitoria*,⁸ em face dos efeitos práticos e conclusões adotadas a partir da inércia da parte ré (litisconsorte ou assistente).

A estabilização da tutela de urgência pressupõe, portanto, a concessão da tutela em caráter antecedente sem que sobrevenha impugnação pelo réu, litisconsorte ou assistente simples.⁹ O processo, desse modo, é *extinto*, mas a decisão permanece sendo capaz de gerar efeitos efetivos, desde que não sobrevenha feito autônomo em que seja revisada, reformada ou invalidada. Não haverá resolução do mérito quanto ao pedido definitivo, uma vez que não foi apreciado em caráter exauriente. Logo, a tutela de urgência é modalidade de tutela *sumária*, sem que o feito tenha tramitado pelas fases de instrução, de saneamento ou de sentença. O instituto pretende, em breve síntese, afastar o perigo da demora com a tutela de urgência, em atenção ao princípio da celeridade e à inércia do réu.

A subordinação da continuidade do procedimento, inclusive com aditamento e desenvolvimento do procedimento principal, à discussão em nível recursal é equivocada, pois

⁸ A figura *iures* aqui poderia ser comparada ressaltadas as devidas proporções ao procedimento previsto no *art. 701, §1º do CPC/2015*. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Pula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Salvador: JUSPODIVM, 2015, p. 604.

⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Pula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Salvador: JUSPODIVM, 2015, p. 603.

não leva em conta que o espaço argumentativo recursal é infimamente inferior ao espaço que poderia o réu ter em sede de resposta. Há aqui, portanto, inobservância do princípio da ampla defesa, já que se restringe o *locus discursivo* da demanda ao espaço de um recurso. Mais correta seria a obrigatoriedade de continuidade do procedimento, sendo dada oportunidade ao requerido apresentar argumentos e provas para o próprio magistrado que deferiu a tutela de urgência antecipada satisfativa revise seu posicionamento e, sendo o caso, entendesse por revogar, invalidar ou reformar sua decisão. Esta decisão sim, é que deveria se sujeitar ao espaço recursal, pois somente após ela, ter-se-ia como respeitado efetivamente tanto a isonomia, quanto o contraditório e a ampla defesa de ambos os litigantes (além de eventuais assistentes).

A partir do art. 305 o Novo Código dispõe a respeito do procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente. Diferente do procedimento de tutela satisfativa antecedente, no ajuizamento de uma tutela cautelar antecedente, o requerido será citado para oferecer resposta em 5 (cinco) dias. Não sendo contestado o requerimento, aplica-se a ideia da revelia com conseqüente julgamento pelo magistrado. Sendo apresentada a defesa, observa-se o procedimento comum.

Como acontece hoje, efetivada a medida cautelar pleiteada em caráter antecedente, o pedido principal deve ser apresentado em juízo em até 30 (trinta) dias da aludida efetivação, sob pena de perda da eficácia da medida, o que denota seu caráter instrumental. Apresentado o pedido a tempo e a modo, as partes serão intimadas para a realização de audiência de conciliação ou de mediação.

Insta ressaltar que fica mantida a atual lógica da fungibilidade das tutelas de urgência, admitindo a conversão de uma tutela de urgência cautelar antecedente em tutela de urgência satisfativa antecedente.

Em um terceiro título, o Novo Código, em seu art. 311, faz a previsão das modalidades de *tutela de evidência*. Aqui, cabe decisão liminar, independentemente de demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil ao procedimento, quando: (1) ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu; (2) as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; (3) se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; e (4) a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha outra prova capaz de gerar dúvida razoável.

A tutela de evidência, em alguns aspectos, acaba se aproximando muito da previsão do art. 273, § 6º do código ainda vigente, que traz, como já demonstrado acima, uma técnica de julgamento antecipação em face da não impugnação específica de pedido pelo réu. Contudo, o projeto legislativo amplia consideravelmente os seus casos de aplicação. Como alertado, o atual dispositivo atinge *pedidos* incontroversos, já o Novo Código faz referência a antecipação por incontrovérsia de *fatos/provas* (4). Tal situação certamente deve ser vista como uma ampliação de convencimento antecipado do magistrado já que o mesmo concluiria pela procedência do pedido do autor com base em provas já apresentadas, produzindo decisão sobre o mérito (pelo menos a título parcial) e prosseguindo o procedimento quanto a outros pedidos.

Outra situação controvertida aparece no item (2). Nesse caso, o magistrado estaria autorizado e julgar desde logo a lide no que toca especificadamente o pedido cujo entendimento jurisprudencial já consolidou. Há nítida supervalorização dos entendimentos sumulados e dos resultantes em julgamento de casos repetitivos, demonstrando claramente a preocupação com a técnica de julgamento de demandas de massa. Tal tendência que começou na atual sistemática com o aumento de poderes do relator em fase recursal, passou pela consagração também da possibilidade de negativa de seguimento da petição recursal quando contrária a posição dominante ou sumulada dos Tribunais Superiores e terminou com a súmulas impeditivas de recursos para recursos especiais e extraordinários.

4. CONCLUSÃO.

Ao que parece, então, o NCPC acaba por optar *apenas* por uma reestruturação procedimental das figuras da tutela antecipada e procedimento cautelar já existentes. O fim prometido das cautelares e sua fusão com a tutela antecipada não aconteceu de fato – no máximo ambas dividem espaço no Livro V da Parte Geral da futura lei – e não acontecerá.

O novo Código de Processo Civil trouxe para o procedimento de conhecimento/execução a possibilidade pleitear internamente a tutela de urgência: se esta é posterior à instauração do procedimento, será tida como incidental; caso seja anterior, será considerada antecedente e a discussão processual posterior aproveitará os mesmos autos.

A promessa de celeridade e efetividade, no que diz respeito às tutelas de urgência, já de início se mostra não realizável. Tem-se uma mudança de rótulos e de etiquetas, sem contudo, alterações substanciais no procedimento.

Se ao menos, como alertado acima, o novo CPC permitir uma reflexão sobre a importância do modelo do processo participativo e uma atualização do princípio do contraditório sob bases democráticas, aí sim, pode-se esperar mudanças sensíveis; mas diante da tendência de manutenção de uma proposta teórica herdeira de Bülow, tais mudanças acabam por perder efetividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Método, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1309137/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 08/05/2012, DJe 22/05/2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1144694&num_registro=201103068117&data=20120522&formato=HTML. Acesso em: 18/08/2015.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; QUINAUD PEDRON, Flávio. O que é uma decisão judicial fundamentada? Reflexões para uma perspectiva democrática do exercício da jurisdição no contexto da reforma do processo civil. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. (Org.). *Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Pula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Salvador: JUSPODIVM, 2015.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; QUINAUD PEDRON, Flávio. *Poder Judiciário e(m) Crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FUX, Luiz. O Novo Processo Civil. In.: FUX, Luiz (coord.). *O Novo Processo Civil Brasileiro*: Direito em Expectativa. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. Verossimilhança e inequívocidade na tutela antecipada em processo civil. In.: LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

PINHO, Humberto Dala Bernardina. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. v. 1 – Teoria Geral do Processo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

QUINAUD PEDRON, Flávio. *Mutação Constitucional na Crise do Positivismo Jurídico*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

SCHEUERMAN, William E. *Liberal Democracy and the Social Acceleration of Time*. Baltimore: John Hopkins University, 2004.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. v. 2. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *Da Ação Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.