

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

RODRIGO RAMOS

A tutela provisória de evidência no novo Código de Processo Civil

Mestrado em Direito

São Paulo
2015

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

RODRIGO RAMOS

A tutela provisória de evidência no novo Código de Processo Civil

Mestrado em Direito

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Processo Civil, sob a orientação da Professora Doutora Arlete Inês Aurelli.

São Paulo
2015

BANCA EXAMINADORA

Dedico este trabalho à Juliana, aos meus pais e à minha tia Neusa.

AGRADECIMENTOS

Só tenho a agradecer.

Aos meus pais, Maria Cristina e Antonio Carlos, à minha tia, Neusa, e, em memória, à minha avó, Maria Luiza, pelos esforços, cuidados e amor a mim dedicados, pelo incentivo aos estudos e, principalmente, pelo exemplo que representam. Os senhores terão, para sempre, o meu amor e o meu reconhecimento.

À minha esposa, Juliana, verdadeira inspiração de todo esse trabalho, pela beleza da vida, pela compreensão nos momentos de ausência e pelo amor que tudo ilumina.

Aos meus sogros, Célio Fernando e Iracema, e, em memória, à minha tia, Dalva, pela amizade e importância que têm e tiveram.

Aos amigos que percorreram comigo essa jornada, especialmente Luciana Mellario do Prado, Flávia Poyares Miranda e Maria Fernanda Pessatti Toledo, pelo incentivo, companheirismo e pela essencial amizade.

À minha orientadora, Professora Arlete Inês Aurelli, pela dedicação, generosidade e competência notáveis com que exerce seu mister e com que igualmente conduziu a orientação desse trabalho.

Aos Professores do Mestrado, Doutores Antonio Carlos Mendes, Arlete Inês Aurelli, Cassio Scarpinella Bueno, Cláudio de Cicco, Eduardo Arruda Alvim, Olavo de Oliveira Neto, Sérgio Seiji Shimura e William Santos Ferreira, pelos ensinamentos, pelos desafios e pela inspiração em prosseguir.

Não há maior graça do que chegar a esse momento e ver que há tanto a agradecer.

*“(...) dum loquimur, fugerit invida aetas:
carpe diem, quam minimum credula postero.”*

*“(...) enquanto estamos falando, foge o tempo invejoso;
colhe o dia, e não confia no amanhã.”*

(Horácio)

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar o instituto da tutela provisória de evidência, na forma como está previsto e disciplinado no novo Código de Processo Civil brasileiro (CPC), abrangendo conceituação, hipóteses de cabimento e regime jurídico. A tutela antecipada de evidência é técnica que visa a redistribuição isonômica do tempo no processo, conferindo executividade, independentemente do requisito da urgência, aos efeitos principais ou secundários da tutela final, em momento anterior ao do início de sua eficácia natural. No decorrer do trabalho, serão abordados os institutos processuais fundamentais relacionados ao tema, os aspectos gerais da tutela antecipada, o fundamento constitucional da medida e seu perfil funcional, analisando-se o ônus do tempo no processo e a possibilidade de sua redistribuição, por meio da técnica da antecipação. Buscar-se-á a fixação do conceito de evidência e de tutela de evidência e se examinarão as quatro hipóteses de cabimento previstas no art. 311 do novo CPC, bem como as estabelecidas nos procedimentos especiais. Por fim, serão analisados os diversos aspectos relacionados à sua disciplina, iniciando-se por aqueles em que aplicáveis as regras gerais relacionadas à antecipação de tutela e encerrando-se com aqueles em que a disciplina é, de alguma forma, modificada em razão da ausência de urgência. A partir da análise dos aspectos referidos, pretende-se a elaboração de um quadro geral a respeito da tutela provisória de evidência, posicionando-a em face das demais categorias teóricas do processo civil e delineando-se os aspectos práticos principais.

Palavras-chave: Processo civil. Tutela provisória. Antecipação de tutela. Tutela de evidência. Novo CPC.

ABSTRACT

The current study aims at analyzing the institute of provisional injunction of evidence, in the way it is set and ruled in the new Brazilian Civil Procedure Code (CPC), covering concepts, hypotheses of its incidence and legal discipline. The provisional injunction of evidence is a technique that aims to the isonomic redistribution of time in the process, giving enforceability, regardless of urgency, to the main or side effects of the final injunction, prior to the beginning of its natural effectiveness. In the course of this research, will be approached the fundamental procedural institutes related to the topic, the general aspects of the provisional injunction, the constitutional basis of the measures and its functional profile, analyzing the burden of time in the process and the possibility of redistribution through the anticipation technique. Shall be searched the concept of evidence and injunction of evidence, and be examined the four hypotheses set out in article 311 of the new CPC, as well as those set out in special procedures. Finally, the various aspects related to their discipline will be analyzed, beginning by those who apply the guidelines relating to the provisional injunction of urgency and ending with those in which the discipline is in some modified because of the absence of urgency. From the analysis of these aspects, it aims to draw up a general framework concerning provisional injunction of evidence, positioning it opposite to other theoretical categories of civil procedural and outlining the practical aspects of its application.

Keywords: Civil procedure. Provisional injunction. Preliminary injunction. Injunction of evidence. New Brazilian Civil Procedural Code.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	16
1.1 Ação e tutela jurisdicional	16
1.1.1 Direito de ação.....	16
1.1.2 Tutela jurisdicional	20
1.2 Classificações da tutela jurisdicional.....	22
1.2.1 Tutela cognitiva, executiva e cautelar	22
1.2.1.1 A autonomia da tutela cautelar	23
1.2.2 Tutelas declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva.....	25
1.2.3 Tutela padrão e tutela diferenciada.....	28
1.2.3.1 Sumariedade e exauriência da cognição	31
1.2.3.2 Provisoriedade e definitividade da tutela	34
1.2.3.3 Provisoriedade e temporariedade da tutela	35
1.2.4 Sistematização das tutelas provisórias no novo CPC.....	36
2 A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.....	39
2.1 Conceito	39
2.2 Distinção entre antecipação de tutela e tutela cautelar.....	42
2.2.1 Fungibilidade	46
2.3 Pressupostos: urgência e evidência.....	48
2.3.1 Urgência	49
2.3.2 Evidência	52
3 A TUTELA PROVISÓRIA DE EVIDÊNCIA.....	56
3.1 Fundamento constitucional	56
3.1.1 Princípio da efetividade da jurisdição e tutela de evidência.....	58
3.1.2 Princípio da razoável duração do processo e tutela de evidência	61
3.1.3 Princípio da isonomia e tutela de evidência	66
3.1.4 Tutela provisória de evidência e a violação ou não dos princípios do devido processo legal e contraditório	68
3.1.4.1 Devido processo legal e tutela de evidência.....	69

3.1.4.2	Contraditório e tutela de evidência.....	72
3.1.4.3	Colisão de princípios, proporcionalidade e ponderação	74
3.2	Breve notícia da origem histórica	77
3.2.1	Tutela de evidência.....	77
3.2.1.1	Considerações sobre a <i>référé</i> do direito francês	80
3.2.2	Tutela antecipada no Brasil	82
3.3	A função da tutela provisória de evidência.....	84
3.3.1	Tempo e processo. O ônus do tempo e sua distribuição.....	84
3.3.2	A tutela antecipada de evidência e a redistribuição do ônus do tempo	87
3.4	Conceito de tutela de evidência	89
3.4.1	Evidência e tutela de evidência	89
3.4.2	Tutela definitiva e tutela provisória de evidência	93
3.4.3	Tutela de evidência e o réu.....	94
3.4.4	Pressupostos da evidência	95
3.4.5	Direito evidente e direito líquido e certo.....	97
3.4.6	O pressuposto da probabilidade do direito	99
4	CABIMENTO DA TUTELA PROVISÓRIA DE EVIDÊNCIA	102
4.1	Considerações gerais	102
4.2	Abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte.....	105
4.2.1	Definição de abuso do direito de defesa.....	106
4.2.2	Definição de manifesto propósito protelatório.....	108
4.2.3	Correlação com a litigância de má-fé.....	110
4.2.4	Necessidade de plausibilidade do direito	111
4.2.5	Deferimento liminar.....	111
4.3	Tese firmada em precedentes ou súmula	112
4.3.1	Linhas gerais sobre precedentes	114
4.3.2	Espécies de precedentes exigidos.....	116
4.3.3	Interpretação extensiva.....	119
4.4	Pedido reipersecutório	120
4.4.1	Contrato de depósito.....	120
4.4.2	Procedimento especial no CPC de 1973	121
4.4.3	Requisitos e disciplina	122

4.5 Defesa não fundada em prova.....	123
4.5.1 Requisitos.....	123
4.5.1.1 Prova suficiente dos fatos constitutivos do autor.....	123
4.5.1.2 Ausência de contraprova capaz de gerar dúvida razoável.....	126
4.5.2 Extensão à defesa indireta infundada.....	128
4.5.3 Necessidade de oitiva do réu.....	129
4.6 Hipóteses de cabimento nos procedimentos especiais.....	130
4.6.1 Novo CPC.....	130
4.6.2 Legislação extravagante.....	133
4.7 Pedido parcialmente incontroverso: a separação pelo novo CPC da tutela provisória de evidência do julgamento antecipado parcial de mérito.....	135
4.7.1 Pressupostos.....	135
4.7.2 Natureza do provimento previsto no art. 273, § 6.º, do CPC de 1973.....	137
4.7.3 Tratamento da hipótese no novo CPC.....	141
5 REGIME JURÍDICO DA TUTELA PROVISÓRIA DE EVIDÊNCIA: DISTINÇÕES NA DISCIPLINA DECORRENTES DA AUSÊNCIA DE URGÊNCIA.....	143
5.1 Considerações gerais.....	143
5.2 Aspectos em que não há distinções na disciplina das tutelas antecipadas.....	144
5.2.1 Classificação do pronunciamento jurisdicional: decisão interlocutória e sentença.....	144
5.2.2 Grau de cognição e provisoriedade do provimento.....	147
5.2.3 Efeitos antecipáveis.....	149
5.2.4 Coisa julgada.....	151
5.2.5 Necessidade de requerimento.....	153
5.2.6 Responsabilidade objetiva.....	156
5.3 Aspectos em que há distinções na disciplina das tutelas antecipadas.....	157
5.3.1 Legitimidade para requerer.....	157
5.3.1.1 Distinção entre a tutela de urgência e a de evidência.....	158
5.3.1.2 Fungibilidade entre as medidas provisórias.....	160

5.3.2.1 Fungibilidade entre tutelas de urgência e evidência	163
5.3.3 Momento da concessão	165
5.3.3.1 Distinção entre a tutela de urgência e a de evidência.....	166
5.3.4 Irreversibilidade.....	168
5.3.4.1 Fundamento da vedação e conceito de irreversibilidade	168
5.3.4.2 Admissão da irreversibilidade	171
5.3.4.3 Distinção entre a tutela de urgência e a de evidência.....	173
5.3.5 Efetivação da tutela antecipada	175
5.3.5.1 Efetivação da tutela antecipada e execução provisória	175
5.3.5.2 Flexibilização nas formas de efetivação da tutela antecipada .	176
5.3.5.3 Flexibilização e tutela antecipada de evidência	178
5.3.6 Tutela antecipada em face da Fazenda Pública	179
5.3.6.1 Tutela antecipada de evidência em face da Fazenda Pública .	182
CONSIDERAÇÕES FINAIS	186
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	192

INTRODUÇÃO

A tutela provisória de evidência não é uma novidade do novo CPC; o Código de 1973 já a previa em ao menos duas hipóteses, quais sejam, a do abuso de direito de defesa e do pedido parcialmente incontroverso. Outrossim, se a classificarmos a partir da ausência de urgência, como se faz neste trabalho, ela é ainda mais antiga e presente em nosso ordenamento, pois já era prevista em diversos procedimentos especiais no CPC e na legislação extravagante, a exemplo das ações possessórias, de despejo, dos embargos de terceiro e de busca e apreensão de veículos, casos esses em que se autorizava a antecipação da tutela, independentemente de alegação e prova a respeito de perigo de dano. Desta forma, pode-se até mesmo dizer que a previsão da antecipação da tutela fundada na evidência é anterior à de urgência em nosso ordenamento.

O novo CPC, contudo, coloca a medida em um novo patamar, ao menos em termos de abrangência e disciplina. Em primeiro lugar, porque a chama pelo nome, positivando a categoria da tutela provisória de evidência (e isso não é pouco em termos práticos e didáticos), dando ensejo à intensificação do estudo, desenvolvimento e aplicação do tema. Além disso, cria novas hipóteses de cabimento da medida, algumas de incidência bem ampla, como a da existência de precedentes e da defesa não fundada em prova, o que fará com que o instituto passe a ter uma aplicação mais frequente no cotidiano forense. Por fim, insere-a na disciplina dedicada à categoria das tutelas provisórias, tornando expressos vários aspectos do regime jurídico a que ela deve se submeter.

A relevância do tema, por sua vez, é incontestável. A tutela provisória sempre recebeu da doutrina uma atenção dedicada, pois traduz e concretiza valores da efetividade e tempestividade da tutela, relevantíssimos para o nosso tempo e muito reclamados em face do nosso sistema de justiça civil.

A segurança jurídica, prestada pela tutela definitiva fundada em cognição exauriente, continua sendo um valor central do processo, mas há muito deixou de ser suficiente para satisfação do jurisdicionado e, por isso, de ser a única protagonista da cena processual. Do processo, espera-se sem dúvida que culmine num julgamento justo, fundado, se possível, na verdade, mas também se espera que seja breve, que não permita a corrosão dos direitos em jogo e que não imponha espera desnecessária aos litigantes. “O tempo sempre chega; mas

há casos em que não chega a tempo”, já advertia Camilo Castelo Branco. É preciso, assim, que se administre o tempo do processo, adaptando-se as técnicas de prestação de tutela às circunstâncias de fato que envolvem cada caso.

O direito processual tem cumprido essa tarefa e vem, paulatinamente, diferenciando as tutelas conforme as necessidades que a justificam. Para os casos, por exemplo, em que a descoberta dos fatos somente será alcançada pelo curso do tempo e do processo, prevê-se, desde há muito, a forma-padrão de tutela, definitiva e fundada em cognição exauriente. Para os casos em que, apesar de necessário, o tempo não se revela disponível, criaram-se as hipóteses de tutela de urgência. Por fim, para os casos em que o ônus do tempo não deve ficar sobre os ombros do autor, seja porque os fatos já estão devidamente revelados, seja porque se trata de um bem jurídico relevante, estabeleceram-se as hipóteses da tutela provisória de evidência. Em síntese, pode-se dizer que cada tutela tem seu tempo e no seu tempo deverá ser prestada.

Trataremos no presente trabalho da última dessas técnicas de prestação da tutela, a tutela provisória de evidência, mais especificamente dela na forma como está prevista e disciplinada no novo CPC, procurando alcançar-se a sua conceituação, tratar das hipóteses de seu cabimento e delinear o seu regime jurídico.

No primeiro capítulo, serão abordados os institutos processuais em que se funda ou com que se relaciona a tutela provisória de evidência, entre os quais a ação e a tutela jurisdicional, a classificação dos processos e das tutelas, a tutela diferenciada e a sistematização da tutela provisória no novo CPC.

O segundo capítulo tratará dos aspectos gerais da tutela antecipada, analisando-se seu conceito, sua distinção em relação à tutela cautelar e suas espécies.

No terceiro, inicia-se a análise da tutela provisória de evidência propriamente dita, tratando-se inicialmente do fundamento constitucional da medida e esboçando-se, ainda que brevemente, sua linha evolutiva e origem. Em seguida, traçar-se-á seu perfil funcional, analisando-se o ônus do tempo no processo e a possibilidade de sua distribuição entre as partes. Por fim, serão elaborados os conceitos de evidência e de tutela de evidência, fixando-se os seus pressupostos.

O quarto capítulo cuida de examinar as quatro hipóteses de cabimento da antecipação de tutela de evidência previstas no art. 311 do novo CPC, apontando-se também outras hipóteses estabelecidas no Código e na legislação extravagante. Tecem-se ainda considerações sobre a hipótese do pedido parcialmente incontroverso, analisando-se sua caracterização como tutela antecipada, tanto no Código de 1973, como no novo CPC.

No capítulo cinco, por fim, discorrer-se-á sobre o regime jurídico do instituto, analisando-se os diversos aspectos relacionados à sua disciplina, começando-se por aqueles em que se aplicam as regras gerais relacionadas à antecipação de tutela e concluindo-se com aqueles em que a disciplina é de alguma forma modificada em razão da ausência de urgência.

A partir da análise de todos os aspectos referidos e fundando-se na análise doutrinária e jurisprudencial das questões ao tema relacionadas, pretender-se-á a elaboração de um quadro-geral a respeito do instituto, posicionando-o em face das categorias teóricas do processo civil e delineando os aspectos práticos de sua aplicação.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

1.1 Ação e tutela jurisdicional

1.1.1 Direito de ação

Os contornos teóricos do direito de ação foram sendo modificados, graças ao desenvolvimento doutrinário e às mudanças político-ideológicas relacionadas ao próprio papel do Estado.

Partiu-se, inicialmente, da inexistência de separação científica entre direito material e processual. A teoria clássica, também chamada de civilista ou imanentista, que prevaleceu durante muitos séculos, concebia a ação apenas como uma face ou qualidade do direito material ou o próprio direito reagindo a uma violação. Para essa teoria, defendida por Savigny, “não há ação sem direito, não há direito sem ação; a ação segue a natureza do direito”.¹

Em 1856, ocorreu a polêmica Windscheid-Muther. O primeiro publicou na Alemanha texto em que afirmava que a *actio* romana era a faculdade de realizar a própria vontade através de uma perseguição em juízo e que a *Klagerecht* do direito alemão, que era o direito de queixa ou direito de ação voltado contra o Estado, seria um conceito criado pelos juristas sem qualquer consistência no direito romano e no direito moderno.²

Muther, em resposta, sustenta a ideia de existência de um direito de agir contra o Estado e também que a própria *actio* seria um direito do autor para que o pretor lhe outorgasse a fórmula, a tutela jurídica. O direito à concessão da fórmula nasce de um direito originário e enquanto o obrigado perante o direito originário é o particular, o obrigado diante do direito à fórmula somente pode ser o pretor ou o Estado. Existiriam, portanto, dois direitos, sendo o direito privado o pressuposto do direito contra o Estado. O direito de agir, nessa concepção, já seria autônomo, mas ainda ligado ao direito material, e se destinaria a fazer com

¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 30. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 270.

² MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do processo*. 6. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2012, v. 1, p. 163-164.

que o Estado exerça o direito material contra o obrigado.³ A partir da polêmica, pôde-se perceber a distinção entre o direito lesado e a ação.⁴

Posteriormente, Wach construiu a teoria da pretensão à tutela jurídica, segundo a qual a ação não tem como pressuposto um direito material insatisfeito, exemplificando com o caso de uma ação declaratória, que exige apenas um interesse na declaração. Como observa Eduardo Arruda Alvim, “a excelência dessa argumentação transparece de forma bem nítida quando se pensa na ação declaratória negativa”, já que nesse caso, o substrato material é a inexistência de um direito material.⁵ Assim, concluiu Wach que o direito material não é um pressuposto necessário do direito à tutela jurídica e que o réu tem direito à rejeição de uma demanda infundada e, assim, também à tutela jurídica.⁶

Chiovenda, por sua vez, em 1903, afirma que a ação se destina a provocar um efeito jurídico contra o adversário, derivado da sentença de procedência que faz atuar a lei. Assim, a ação seria um poder em face do adversário que depende de uma sentença favorável. A ação não exige obrigação alguma, pois o adversário, diante da ação, não é obrigado a nada, mas apenas fica sujeito aos efeitos jurídicos da atuação da lei, em caso de sentença favorável.⁷ Para Chiovenda, portanto, a ação era um direito potestativo do autor, que poderia influir na esfera jurídica do réu, sem depender do concurso da vontade desse último.⁸

Wach e Chiovenda, contudo, não chegaram a conceber a ação como um direito realmente autônomo ao direito material, tendo em vista que a concebiam como um poder atribuído ao titular desse último, condicionando a sua existência à dele. Nesse sentido, Chiovenda defendia que era o réu quem tinha o direito de ação, nos casos em que a ação era julgada improcedente.⁹ Esses autores consideravam, portanto, a ação como um direito autônomo, porém concreto.

³ Ibidem, p. 165-166.

⁴ Cintra, Grinover e Dinamarco observam que Windscheid acabou por aceitar algumas ideias de Muther e veem as teorias dos dois autores como complementares e não repelentes (*Teoria... cit.*, p. 270).

⁵ ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Direito processual civil*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 161-162.

⁶ MARINONI, *Curso... cit.*, p. 168-169.

⁷ Ibidem, p. 169-171.

⁸ ARRUDA ALVIM, *Direito... cit.*, p. 162.

⁹ Ibidem, p. 163.

Foram Plósz, na Hungria, e Degenkolb, na Alemanha, que compreenderam que o direito de agir não exclui a possibilidade de uma sentença desfavorável,¹⁰ ou seja, pode haver direito de ação, ainda que não haja direito material a ser reconhecido em favor do titular do direito de agir. O Estado é o sujeito passivo da obrigação correlata ao direito de ação e deve proferir a sentença, que poderá ser favorável ou desfavorável.¹¹ A partir desses autores, portanto, é que o direito de ação passou a ser visto como abstrato e independente do reconhecimento do direito material.

Couture, em meados dos anos 1940, apresentou a ação como uma forma típica do direito de petição. O direito de petição, configurado como garantia individual na maioria das Constituições escritas, é inseparável de toda organização em forma de Estado e exerce-se indistintamente diante de todas e quaisquer autoridades. É o gênero do qual a ação civil é a espécie. Quando o direito de petição é exercido contra o Poder Judiciário, esse poder jurídico resulta coativo para o demandado e para o juiz. A ação, portanto, é o direito de o cidadão exigir, sobre aquilo que afirma ser seu direito, um pronunciamento do Poder Judiciário. Mesmo aqueles que conscientemente sabem que não possuem qualquer direito têm abertas as vias de acesso à jurisdição, ou seja, o direito de ação independe de boa-fé.¹²

Liebman, em 1949, afirmou existir um direito constitucional, decorrente do *status civitatis*, que garante que todos os cidadãos podem levar as suas pretensões ao Poder Judiciário, o qual, contudo, não se confunde com o direito de ação, que guarda relação com uma situação concreta, decorrente de uma alegada lesão a direito ou a interesse legítimo do seu titular. Para ele, a ação não depende do reconhecimento do direito material e constitui apenas direito ao julgamento do mérito, sendo satisfeita com uma sentença favorável ou desfavorável. O que importa para a configuração da ação é a presença de suas condições, as quais são a legitimidade de parte, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido. Se ausentes, haverá carência da ação e não há

¹⁰ MARINONI, *Curso...* cit., p. 167.

¹¹ Essa construção teórica data de 1877 e antecede à de Chiovenda. Na Itália, foi seguida por Alfredo Rocco e Francesco Carnelutti (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *Teoria...* cit., p. 272).

¹² MARINONI, *Curso...* cit., p. 171-172.

jurisdição.¹³ É a denominada teoria eclética, por reunir elementos concretos e abstratos do conceito de ação.

Ação, portanto, é o direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou o poder de exigir esse exercício). Mediante o exercício da ação provoca-se a jurisdição, que por sua vez se exerce através daquele complexo de atos que é o processo. Constitui conquista definitiva da ciência processual o reconhecimento da autonomia do direito de ação, o qual se desprende por completo do direito subjetivo material.¹⁴

A partir da concepção de Liebman, adotada pelo Código de Processo Civil de 1973, pode-se dizer que, no plano constitucional, o direito de ação existe sempre por força do direito fundamental à inafastabilidade da jurisdição. No plano infraconstitucional, por sua vez, direito de ação pode ser limitado pelas chamadas condições da ação, que se relacionam ao caso concreto. Assim, ausentes as condições da ação, o autor terá acesso ao Judiciário e sua demanda será analisada, mas o juiz não decidirá sobre a procedência do pedido, em razão de não existir direito ao exercício do direito de ação.¹⁵

Para solução da questão a respeito da existência do direito de ação nos casos em que só ao final do processo se puder verificar que a parte não tinha interesse processual ou qualquer outra condição da ação, surgem duas teorias. Pela teoria da *apresentação*, o quanto verificado no decorrer do processo deve servir para aferição da existência das condições da ação e, portanto, as provas podem conduzir a uma extinção por carência. Pela teoria da *asserção*, por sua vez, as condições da ação devem ser verificadas a partir dos termos da narrativa apresentada pelo autor (*in statu assertionis*), independentemente de sua veracidade.¹⁶ Essa última é a que prevalece no direito brasileiro e se coaduna com a finalidade da existência das condições da ação, que é a de evitar que “o

¹³ Ibidem, p. 172-175.

¹⁴ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *Teoria...* cit., p. 269.

¹⁵ ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Direito...* cit., p. 163-165.

¹⁶ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *Teoria...* cit., p. 281. Para Cassio Scarpinella Bueno, o direito de ação é algo dinâmico, existindo e sendo exercitável, enquanto o Poder Judiciário não verificar a inexistência de alguma das condições da ação, o que poderá se dar em qualquer momento processual (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 1, p. 340).

Estado-juiz rejeite qualquer pedido que seja *manifestamente* despropositado; *manifestamente* infundado; *manifestamente* descabido”.¹⁷

Em síntese, pode-se dizer que, atualmente, considera-se que o direito de ação dá ao cidadão a possibilidade de obter a efetiva proteção do direito material violado ou ameaçado de lesão. Para que se possa obter a tutela do direito material, deve-se exercer o direito de ação, sendo as condições da ação os requisitos desse exercício.¹⁸

Ressalta-se, contudo, o aspecto da adequação da prestação jurisdicional às necessidades do caso concreto.¹⁹ A função do legislador, nesse sentido, é a de densificar o direito de ação na legislação processual, o que deve fazer por meio de normas casuísticas e também pela técnica das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, os quais repassam às partes e ao órgão judicial a função de adequar o direito de ação às necessidades evidenciadas pelo caso concreto, a partir dos valores eleitos pelo legislador.²⁰

1.1.2 Tutela jurisdicional

O fenômeno da tutela jurisdicional deve ser analisado a partir da relação de instrumentalidade entre o direito processual e o direito material. O direito material disciplina os previsíveis conflitos de interesses entre os membros de uma determinada sociedade, atribuindo direitos subjetivos e deveres a cada uma. Já “o direito processual é formado por um conjunto de regras destinadas a estabelecer meios de aplicação coercitiva das soluções previstas no plano substancial e não adotadas naturalmente pelos envolvidos no conflito de interesses”.²¹

¹⁷ BUENO, *Curso...* cit., p. 340.

¹⁸ MARINONI, *Curso...* cit., p. 184. Para Fredie Didier Jr., o novo CPC abandona a concepção das condições da ação, transferindo a legitimidade de parte e o interesse de agir para a categoria dos pressupostos processuais e a impossibilidade jurídica do pedido para a categoria do mérito (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1, p. 307).

¹⁹ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 90.

²⁰ *Ibidem*, p. 90.

²¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 11.

Há uma interdependência e interação entre os sistemas de direito material e de direito processual; sem os mecanismos de solução de controvérsia e de atuação coercitiva do direito processual, o direito material se resume à lei do mais forte; sem o direito material, o direito processual é vazio de objeto e de finalidade, perdendo totalmente o sentido.²² A tutela jurisdicional se relaciona com as duas esferas de normas, tendo natureza, origem e disciplina situados no direito processual, e objeto, finalidade e sentido no direito material.

Por isso, a tutela não pode ser confundida com a sentença, que é um fenômeno intrinsecamente processual. A tutela, ao contrário, transborda necessariamente do processo, consubstanciando-se nos resultados alcançados em relação ao direito material, a partir das técnicas implementadas pelo direito processual.

A tutela jurisdicional existe ainda que não se reconheça o direito pretendido; nesse caso, apenas não haverá tutela jurídica do direito.²³ Tal como a ação, portanto, o direito à tutela jurisdicional é abstrato (independente do direito material), sendo a tutela jurisdicional prestada em caso de procedência ou improcedência. A tutela do direito, por sua vez, só será prestada a quem o detiver.

A conceituação da tutela jurisdicional, em toda sua abrangência, passa, de toda forma, pela satisfação do direito material.²⁴ A efetividade passa a ser vista, assim, como elemento essencial do conceito de tutela, reconhecendo-se, por um lado, que haverá tutela jurisdicional ainda que não haja direito material a ser tutelado e, por outro, que não haverá tutela jurisdicional (ao menos plena), se houver direito a ser tutelado e não houver a sua efetivação no plano material.

O dever do Estado de oferecer a tutela decorre diretamente da proibição da autotutela privada. A tutela jurisdicional deve, por isso, substituir a autotutela de forma plena, garantindo ao autor o mesmo resultado que se verificaria se ele

²² Ibidem, p. 12.

²³ MARINONI, *Curso...* cit., p. 186. Dinamarco, por outro lado, afirma que tutela jurisdicional é o amparo que o Estado ministra a quem tem razão num litígio deduzido em processo, pois “só tem direito à tutela jurisdicional quem tiver razão perante o direito material” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. t. I, p. 377).

²⁴ Por isso, tem razão Cassio Scarpinella Bueno quando diz ser necessária a construção de um neoconcretismo, a fim de que se volte ao lema chiovendiano de que o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir (BUENO, *Curso...* cit., p. 271).

agisse por desforço próprio.²⁵ Isso quer dizer que não basta o reconhecimento do direito do autor, é necessária a plena eficácia do direito reconhecido, tratando-se, ao final, de fornecer ao autor o chamado “bem da vida”. O autor não quer uma sentença favorável, quer a entrega do bem que ela reconhece como devido. É isso que a tutela deve prover e todos os mecanismos, técnicas e instrumentos processuais prestam contas a esse objetivo final. Disso decorre a importância da tutela executiva e das técnicas que visam a proteger a frutuosidade da tutela.

A tutela jurisdicional pode ser vista, assim, como a “*realização concreta* do direito que foi lesado ou ameaçado”²⁶ ou, ainda, a formulação de juízo sobre a existência dos direitos reclamados e a imposição das medidas necessárias à manutenção ou reparação dos direitos reconhecidos.²⁷

Há, assim, como se pode perceber, uma estreita relação entre o direito de ação e o fenômeno da tutela jurisdicional, e, por conseguinte, uma estreita relação entre os conceitos de adequação da ação e de efetividade da tutela. A ação adequada, enfim, será aquela que permitirá ao cidadão obter, pela via do processo, a tutela efetiva.²⁸

1.2 Classificações da tutela jurisdicional

1.2.1 Tutela cognitiva, executiva e cautelar

Inicialmente, podemos classificar a tutela jurisdicional pelo critério da atividade do juiz em cognitiva e executiva.²⁹ Como afirma Luiz Fux, há dois tipos de lide: “há lide de pretensão resistida e lide de pretensão insatisfeita”.³⁰ Para a primeira, será necessária a atividade de conhecimento, para a segunda, atividade de execução.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 25.

²⁶ BUENO, *Curso...* cit., p. 266.

²⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 6.

²⁸ A ação é o “direito à tutela adequada, efetiva e tempestiva mediante processo justo” (MITIDIERO, *Antecipação...* cit., p. 59).

²⁹ Cassio Scarpinella Bueno observa que é a tutela que é de conhecimento e executiva, não o processo, pois esse não comporta tipificações, variações ou classificações, consoante o tipo de atividade jurisdicional exercida (BUENO, *Curso...* cit., p. 290).

³⁰ FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência. Fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 5.

A atividade cognitiva é considerada o núcleo mais expressivo da jurisdição e corresponde à tarefa de conhecer fatos e direito para julgar, “substituindo a inteligência dos contendores na compreensão dos fins da lei”.³¹ Pela atividade de conhecimento, portanto, o juiz formula uma regra concreta, atribuindo o direito em litígio a uma das partes.

Já na tutela de execução, preponderam os atos materiais sobre os intelectivos. O escopo final da tutela executiva é a satisfação prática dos interesses do credor, no sentido de conferir-lhe aquilo que ele obteria se a obrigação tivesse sido cumprida voluntariamente.³²

A tutela satisfativa, portanto, pode ser dividida em dois tipos: a tutela de certificação, que pode ser dividida em declaratória, constitutiva e condenatória, e a tutela de efetivação dos direitos, chamada de executiva.

Em razão do tempo necessário para a construção dos provimentos cognitivos e executivos, podem surgir circunstâncias que coloquem em risco a realização do direito pretendido, o que justifica a incidência de uma tutela diversa, de caráter temporário e não satisfativo, cuja finalidade é conservar o direito afirmado e, com isso, neutralizar os efeitos maléficos do tempo. Trata-se da tutela cautelar, que “não visa à satisfação de um direito (ressalvado, obviamente, o próprio direito à cautela), mas, sim, a assegurar a sua futura satisfação, protegendo-o”.³³

1.2.1.1 A autonomia da tutela cautelar

Inicialmente, a teorização da tutela cautelar encontrava-se vinculada ao direito material, sendo compreendida como pretensão à segurança e limitada ao

³¹ Ibidem, p. 7.

³² Ibidem, p. 15. “Destinando-se à realização prática dos direitos outorgados em qualquer provimento do juiz, ela constitui a forma mais relevante de tutela, ao menos para o jurisdicionado, destinatário e consumidor do ‘produto’ jurisdicional. De fato, à sociedade de massas importa, sobretudo, a efetividade específica das situações subjetivas, pouco interessando sua simples e solene declaração, típica da função de conhecimento, ainda que objeto de procedimento em juízo, ressalva feita à circunstância dela própria produzir a satisfação concreta deste interesse, resultado somente eventual e contingente” (ASSIS, Araken de. Fungibilidade das medidas inominadas cautelares e satisfativas. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, v. 100, p. 36, out.-dez. 2000).

³³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil. Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 2, p. 562.

âmbito da tutela executiva. A tutela cautelar era, assim, concebida como verdadeira antecipação da execução e se negava, por isso, qualquer autonomia conceitual em relação à tutela executiva.³⁴

Distanciando-se da doutrina germânica da época, Chiovenda colocou a tutela cautelar ao lado das funções de cognição e de execução, concebendo-a como uma figura geral, que encerraria a função de manutenção do *status quo* e a asseguuração da futura satisfação do direito, sendo determinante para a sua configuração o aspecto estrutural da provisoriedade do provimento.³⁵

Para Piero Calamandrei, que realizou a sistematização do tema, o provimento cautelar não deveria ser considerado uma categoria autônoma, mas encerraria um sincretismo entre conhecimento e execução.³⁶ Assinalava que a tutela cautelar se destina à polícia do processo, tratando-se, conforme a célebre expressão, de um instrumento do instrumento. Ainda segundo o autor, a separação do provimento cautelar dos provimentos cognitivo e executivo também se dá pelo critério estrutural, sendo, portanto, cautelares os provimentos antecipatórios satisfativos, pois atendiam ao critério diferenciador. Essa é a origem da compreensão de que toda tutela sumária é tutela cautelar.³⁷

Apesar da grande influência de Calamandrei sobre o pensamento de Buzaid, o CPC de 1973 reconheceu o processo cautelar como *tertium genus*, aderindo à visão de Francesco Carnelutti, para quem a tutela cautelar serviria à tutela do processo, como meio para composição *provisória* da lide através de um outro processo e que seu fim específico seria a prevenção, ou seja, evitar a alteração no equilíbrio inicial das partes, que poderia derivar da duração do processo.³⁸

Posteriormente, Ovídio Araújo Baptista da Silva compreendeu que a cautelaridade se definia pelo critério da satisfatividade. Distinguindo os institutos da cautelar e da tutela antecipada, Ovídio percebeu que essa última possibilita

³⁴ MITIDIERO, *Antecipação...* cit., p. 21-23.

³⁵ *Ibidem*, p. 24.

³⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 12-13.

³⁷ MITIDIERO, *Antecipação...* cit., p. 29-32.

³⁸ *Ibidem*, p. 36-37. O equívoco da referida teoria, segundo Araken de Assis, é o de que, diferentemente do concebido por Carnelutti, no processo cautelar o juiz não aprecia conflito idêntico ao do processo principal, de forma provisória, mas sim um outro, relacionado à “passagem da lide à satisfação”, realizando a litisregulação (ASSIS, Araken de. *Fungibilidade...* cit., p. 41-42).

a imediata realização do direito, enquanto a tutela cautelar se destina a assegurar a possibilidade de fruição eventual e futura do direito acautelado. A tutela cautelar combate o perigo de infrutuosidade do direito de forma temporária e preventiva e a tutela antecipada combate o perigo de tardança do provimento jurisdicional, compondo provisoriamente a situação litigiosa entre as partes. A satisfatividade é, assim, um requisito negativo da tutela cautelar.³⁹ Nesse sentido, o processo cautelar não seria um terceiro gênero, mas um segundo, que se contraporía à tutela satisfativa, oferecida pelas tutelas cognitiva e executiva.⁴⁰

Percebeu-se, também, que o processo cautelar não outorga tutela ao processo, mas ao próprio direito material, que será por ela protegido. A proteção ao direito em litígio é, na verdade, um direito material autônomo ao próprio direito em litígio, existindo independentemente dele.⁴¹ O direito à cautela, assim, não mantém uma relação de identidade com o direito material objeto de proteção, mas de mera referibilidade. Existirá direito à proteção se o direito a ser protegido aparentar existir, ainda que ao final, revele-se inexistente.

Vê-se, portanto, que a tutela cautelar não é senão tutela jurisdicional de um direito material específico, que se diferencia pela referibilidade a outro direito material, o direito acautelado, encerrando as atividades cognitiva e executiva, conforme elas se façam necessárias.

1.2.2 Tutelas declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva

Pelo critério da eficácia, parte da doutrina tem considerado que os tipos de tutela jurisdicional são representados por condenar, declarar, constituir, mandar ou executar, estabelecendo, assim, a classificação quinária das tutelas.⁴²

³⁹ “Lança-se Ovídio da estrutura à função: para caracterização da tutela cautelar, tira o foco da provisoriedade do provimento e coloca-o na satisfação ou simples asseguaração do direito” (MITIDIÉRO, *Antecipação...* cit., p. 40-41).

⁴⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974, p. 230.

⁴¹ MITIDIÉRO, *Antecipação...* cit., p. 38.

⁴² Marinoni critica a classificação mencionada, dizendo que ela pode servir como classificação das sentenças de procedência, mas jamais como classificação das formas de tutela jurisdicional dos direitos, pois, para ele, a sentença não pode ser confundida com a tutela jurisdicional do direito (MARINONI, *Curso...* cit., p. 305). Para Cassio Scarpinella Bueno, por sua vez, a

A tutela declaratória tem por finalidade a eliminação de um estado de incerteza a respeito da existência ou inexistência de uma relação jurídica ou de seus efeitos, da autenticidade ou da falsidade de documento e da formação de prova sobre determinadas alegações de fato. Todas as sentenças têm eficácia declaratória, pois qualquer outra eficácia deve ser antecedida pelo reconhecimento de um direito. Quando, contudo, a tutela pretendida se restringir a essa declaração, a tutela será denominada meramente declaratória, na qual o bem da vida almejado é a certeza alcançada pelo provimento jurisdicional.⁴³

A tutela constitutiva, por sua vez, se destina a criar, modificar ou extinguir situações jurídicas. É necessária para os casos em que somente o juízo pode alterar a situação jurídica existente e, nela, a própria prolação da decisão realiza integralmente o direito da parte, fazendo “exsurgir no mundo do direito um estado jurídico novo, consistente na formação, na modificação ou na extinção de uma relação jurídica”.⁴⁴

A tutela de natureza condenatória, por sua vez, reconhece a obrigação e seu inadimplemento, determinando a aplicação da sanção correspondente à lesão no plano material,⁴⁵ ou seja, àquilo que deveria ser espontaneamente acrescido ao patrimônio do credor e que não foi. Depende de atos posteriores para realização do direito, caso o condenado não observe voluntariamente o preceito assinalado judicialmente.

Como afirma Liebman, a tutela condenatória é necessária, pois

[...] as regras sancionadoras abstratas, quer expressas (como as do direito penal), quer latentes na estrutura orgânica da ordem jurídica (como as que prescrevem execução civil para o caso de falta do cumprimento da obrigação), não se tornam automaticamente concretas pela simples ocorrência do ato ilícito. Seja este um crime ou um ilícito civil, o autor do fato não é só por isso submetido à atuação da sanção: esta deve ser-lhe aplicada, imposta, determinada para o caso concreto que lhe foi imputado. A condenação representa exatamente o ato do juiz

classificação se refere à tutela realmente. Para ele, não só as sentenças prestam a tutela e possuem as referidas eficácias, as decisões interlocutórias também o fazem, quando prestam tutela antecipada. Assim, a classificação quinária serve para qualificar os efeitos possíveis da tutela jurisdicional, sendo, portanto, a ela atribuível (BUENO, *Curso...* cit., p. 293-294).

⁴³ FERREIRA, William Santos. *Tutela antecipada no âmbito recursal*. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 81.

⁴⁴ FUX, *Tutela...* cit., p. 11.

⁴⁵ BUENO, *Curso...* cit., p. 296.

que transforma a regra sancionadora de abstrata e latente em concreta, viva, eficiente.⁴⁶

A tutela mandamental, por sua vez, se efetiva por meio de uma ordem emanada a fim de que o demandado adote determinado comportamento, abstendo-se ou realizando positivamente certa conduta. Trata-se de eficácia que contém em si mesma as técnicas processuais necessárias para a coerção da vontade do demandado, de modo que a tutela mandamental conta com executividade intrínseca. Caracteriza-se no fato de que a observância da ordem depende do comportamento do próprio demandado.

Por fim, a tutela executiva, ou executiva *lato sensu*, tem por objetivo a realização de um comando condenatório independentemente do concurso da vontade do executado, por meio da tomada de medidas sub-rogatórias, possuindo também executividade intrínseca.⁴⁷

As tutelas com eficácia mandamental e executiva podem ser consideradas modalidades da tutela condenatória, pois também preveem reparação de uma lesão a um direito reconhecido. Para os defensores da classificação ternária das tutelas (ou das sentenças), tais espécies de tutela não guardam, portanto, distinção essencial com a tutela condenatória e, por isso, não possuem autonomia classificatória.

Como bem observa José Roberto dos Santos Bedaque, as tutelas condenatórias, mandamentais e executivas não parecem se distinguir entre si pela eficácia, mas quanto ao modo da efetivação do comando que elas contêm, não guardando, portanto, efetiva autonomia numa classificação que leve em consideração esse critério distintivo.⁴⁸

Os autores que adotam a classificação quinária, por seu turno, vislumbram a autonomia da categoria das tutelas mandamental e executiva, em razão de que essas não reclamariam a existência de posterior processo de

⁴⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 16.

⁴⁷ Mitidiero entende que a tutela executiva pode ter executividade intrínseca, quando a própria sentença já contiver as técnicas processuais necessárias para sua realização, ou executividade extrínseca, quando a sua emanção apenas der lugar à adoção posterior de técnicas processuais para sua concretização (MITIDIERO, *Antecipação...* cit., p. 145).

⁴⁸ Afirma o autor: "Abstração feita dessa específica diferença, no mais, poderão essas sentenças ser classificadas como condenatórias ou constitutivas, segundo tenham por escopo último uma alteração no campo dos fatos ou uma alteração exclusivamente no campo dos direitos, ou declaratórias, se tendentes à formação da certeza jurídica" (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 529).

execução, sendo aptas, por si mesmas, a levarem a efetiva satisfação do credor,⁴⁹ “pois o juiz, nestes casos, será dotado de poderes para tomar providências (determinar medidas de apoio) que acabam tendo por resultado levar o réu a cumprir o mandamento (a ordem) contido na sentença”.⁵⁰

Ao que nos parece, a mencionada distinção perdeu muito de sua força, com a modificação promovida pela Lei n. 11.232/2005, que extinguiu a autonomia do processo de execução e fez com que todas as medidas executivas passassem a ser realizadas no mesmo processo, sem a necessidade de proposição de uma nova ação. A distinção entre as referidas formas de tutela passou a ser, primordialmente, a necessidade de requerimento do credor para o início do cumprimento, ausente no caso das medidas mandamentais e executivas e presente nos casos de tutela condenatória *stricto sensu*, já que, a rigor, a tomada de medidas adicionais se faz necessária em todas elas, em maior ou menor grau, caso o devedor se recuse a cumprir a obrigação espontaneamente.⁵¹ Dessa forma, ainda que se entenda haver distinções entre as tutelas condenatória *stricto sensu*, mandamental e executiva, a conclusão mais acertada parece ser a de ausência de autonomia classificatória entre elas, quando comparadas com as tutelas declaratória e constitutiva, sendo meras subdivisões possíveis da tutela condenatória *lato sensu*.

1.2.3 Tutela padrão e tutela diferenciada

A tutela padrão é a prestada pelo provimento jurisdicional formado em procedimento ordinário e cognição exauriente, ou seja, em que as dimensões vertical e horizontal da cognição não são limitadas. Segundo Ada Pellegrini

⁴⁹ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 87.

⁵⁰ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 132.

⁵¹ Outra classificação existente é a que distingue as tutelas pela satisfatividade do provimento cognitivo, ou seja, pelo critério da necessidade de atos complementares à prolação da sentença para prestação da tutela jurisdicional, dividindo-as em autossuficientes e não autossuficientes. A rigor, porém, aqui se trata das sentenças e não da tutela: a tutela sempre deverá ser suficiente, as sentenças é que podem ser consideradas autossuficientes (satisfativas), quando contiverem em si toda a tutela pretendida, caso das tutelas declaratórias e constitutivas, ou não autossuficientes (não satisfativas), quando prestarem apenas a primeira parte da tutela e dependerem de atos materiais complementares (executivos), para que a tutela seja entregue de forma efetiva, caso das sentenças condenatória, mandamental e executiva.

Grinover, esse modelo de prestação de tutela foi considerado “o paradigma das formas processuais em boa parte do século passado, por possibilitar a solução dos conflitos de maneira segura, cercando o exercício da função jurisdicional das mais plenas garantias e culminando com a sentença de mérito e a estabilidade da coisa julgada”.⁵²

A diferenciação da tutela surge da insuficiência da tutela padrão para satisfazer as diversas espécies de pretensão que o direito material e as circunstâncias do caso concreto fazem surgir. Como bem sintetiza Donaldo Armelin, “presentes diferenciados objetivos a serem alcançados por uma prestação jurisdicional efetiva, não há porque se manter um tipo unitário desta ou dos instrumentos indispensáveis a sua corporificação”.⁵³

Observe-se, nesse ponto, que aqui se revela de forma claríssima a concepção instrumentalista do processo, pela qual o direito processual existe para prestar a tutela ao direito material e, por isso, deve estar sempre preparado para alcançar esse objetivo, especialmente por meio da adequação de suas técnicas às peculiaridades desse direito ou das circunstâncias envolvidas no caso concreto.⁵⁴ O direito material deve ser entregue de forma íntegra e tempestiva, devendo o processo ser apto a cumprir essa prestação.

Em resumo, o que se verifica é que a neutralidade da tutela padrão não serve à tutela adequada de todos os tipos de direitos, especialmente os oriundos das novas gerações, sendo necessário o manejo dos procedimentos diferenciados para tanto.⁵⁵ É esse, enfim, o verdadeiro fundamento da existência das tutelas diferenciadas.

A diferenciação pode assumir desde uma dimensão mais ampla, como a divisão constitucional de competência (por exemplo, a criação da Justiça do

⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, v. 121, p. 11, mar. 2005.

⁵³ ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, v. 65, p. 45, jan.-mar. 1992.

⁵⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, v. 157, p. 131, mar. 2008.

⁵⁵ Um dos fatores que tornaram necessária a modificação da forma ordinária da tutela foi o surgimento de novos direitos, em razão do advento do Estado Social: “O Estado Social reservou – sobretudo às minorias não privilegiadas – a proteção de bens jurídicos considerados essenciais à dignidade humana, dentre os quais sobressaem os direitos à vida, à saúde, à educação, à moradia e ao trabalho. Tais direitos revelaram-se, muitas vezes, insuscetíveis de proteção pela via da tripartição rígida e clássica do processo, cujos segmentos estanques (conhecimento, execução e cautelar), impossibilitava à produção de efeitos apreciáveis fora da fase executória” (ARRUDA ALVIM, José Manoel de, *Manual...* cit., p. 887).

Trabalho) e a criação de tutelas com executividade intrínseca (mandamental e executiva *lato sensu*), como uma acepção mais estrita, reservada à fixação de restrições à cognição dentro dos procedimentos.

Donaldo Armelin entende que são dois os posicionamentos que podem ser adotados a fim de se classificar a tutela como diferenciada. O primeiro adota a própria tutela como referencial da diferenciação, a partir do atendimento da pretensão pelo provimento jurisdicional, conforme o tipo de necessidade nela veiculada. O segundo posicionamento considera diferenciada a tutela pelo prisma “de sua cronologia no *iter* procedimental em que se insere, bem assim como a antecipação de seus efeitos, de sorte a escapar das técnicas tradicionalmente adotadas nesse particular”.⁵⁶

Adotando essa última acepção, José Roberto dos Santos Bedaque divide a tutela diferenciada a partir da restrição da dimensão cognitiva horizontal ou vertical. Segundo o autor:

A expressão tutela jurisdicional diferenciada pode ser entendida de duas maneiras diversas: a existência de procedimentos específicos, de cognição plena e exauriente, cada qual elaborado em função das especificidades da relação material; ou a regulamentação de tutelas sumárias típicas, precedidas de cognição não exauriente, visando a evitar que o tempo possa comprometer o resultado do processo.⁵⁷

Nesse sentido, pode-se concluir que, numa acepção mais precisa, o que diferencia a tutela diferenciada da padrão é a limitação à extensão ou à profundidade da cognição, sendo diferenciada a tutela prestada pela cognição parcial, em relação à dimensão horizontal, ou pela cognição sumária, em relação à dimensão vertical.⁵⁸

⁵⁶ ARMELIN, Tutela... cit., p. 46. João Batista Lopes utiliza a expressão num sentido mais restrito, considerando tutela diferenciada a tutela cautelar, de evidência, inibitória e urgente satisfativa, ou seja, pelo prisma da restrição da cognição (LOPES, João Batista. *Natureza jurídica do processo e conceito de tutela jurisdicional*. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 509).

⁵⁷ BEDAQUE, *Tutela cautelar...* cit., p. 25.

⁵⁸ Nesse sentido: LEONEL, Ricardo de Barros. Tutela jurisdicional diferenciada no Projeto de Novo Código de Processo Civil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 48, v. 190, t. 2, p. 181, abr.-jun. 2011; SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela jurisdicional diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 141.

1.2.3.1 Sumariedade e exauriência da cognição

Como dito acima, a técnica da cognição estabelece procedimentos ajustados às reais necessidades de tutela, adaptados às várias especificidades dos direitos, interesses e pretensões materiais.⁵⁹ Observam-se, como dito, dois tipos de restrições possíveis: a do plano horizontal (amplitude ou extensão), que tem por limite os elementos objetivos do processo, em que a cognição poderá ser plena ou parcial; e a do plano vertical (profundidade), em que cognição poderá ser superficial, sumária ou exauriente.⁶⁰

Segundo Kazuo Watanabe,

[a] cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.⁶¹

A cognição parcial atua fixando o objeto litigioso ou estabelecendo os lindes da defesa (v.g., Decreto-lei n. 911/1969),⁶² estando diretamente ligada ao plano do direito material e conferindo conteúdo ideológico aos procedimentos, privilegiando, pois, conforme observa Marinoni, “os valores certeza e celeridade ao permitir o surgimento de uma sentença com força de coisa julgada material em um tempo inferior àquele que seria necessário ao exame de toda a extensão da situação litigiosa –, mas deixa de lado o valor ‘justiça material’”.⁶³

⁵⁹ MARINONI, *Antecipação...* cit., p. 31.

⁶⁰ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 1987. p. 84.

⁶¹ *Ibidem*, p. 41.

⁶² Cabe aqui a ressalva de Bruno V. da Rós Bodart: “Sob um ângulo estritamente empírico, toda e qualquer cognição é parcial. Não há ser humano capaz de apreender toda a experiência da realidade, de modo que sua visão de mundo será sempre semiplena. O direito seleciona certas características comuns em diferentes acontecimentos da vida; esses acontecimentos, a bem de ver, não possuem um começo e um fim, restando absolutamente intrincados na complexidade e riqueza dos meios social, político e econômico. No processo, de maneira artificial, realiza-se uma abordagem específica daqueles fatos que têm relevância jurídica para a *res in iudicium deducta*” (BODART, Bruno V. da Rós. *Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2015. Coleção Liebman, p. 54).

⁶³ MARINONI, *Antecipação...* cit., p. 31-32.

A cognição parcial, contudo, não impõe limitação ao contraditório e à ampla defesa sobre as questões submetidas a conhecimento (ainda que as restrinja), sendo apta, por isso, à formação da coisa julgada.⁶⁴

No que tange ao plano vertical, a cognição sumária permite a prolação de decisões baseadas num juízo de verossimilhança, ou seja, com restrições à intensidade ou profundidade da reflexão que o magistrado está autorizado a fazer sobre as questões que lhe são endereçadas para resolução,⁶⁵ podendo ser classificada, em exauriente (completa) e sumária (incompleta).⁶⁶

A tutela normalmente é prestada ao fim do procedimento, após manifestação de todas as partes envolvidas e produção de todas as provas que as partes e o juízo têm à sua disposição. Essa é forma-padrão de prestação da jurisdição e consiste na cognição exauriente, ou seja, o provimento jurisdicional é formado a partir de todos os elementos que poderiam ser fornecidos, não sendo possível o surgimento de nada novo, apto a alterar o quadro geral postulatório-probatório que respaldará a decisão.⁶⁷

O procedimento estabelecido pela lei, com os prazos, poderes, deveres e faculdades fixados para as partes e para o juiz, determina a forma de exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa, presumindo-se que, ao final do processo, autor e réu terão podido alegar e provar tudo quanto necessário a alcançar o resultado tido por justo para cada um. É a obediência a essa forma que confere o grau de convicção necessário à prolação de uma decisão tida por legítima para o sistema.⁶⁸

A cognição exauriente, portanto, se caracteriza pelo critério procedimental e não pelo atingimento de um determinado grau de certeza a respeito dos fatos. Com efeito, ao final do processo o magistrado poderá não ter formado sua convicção a respeito dos fatos controvertidos, pois as provas podem ter sido produzidas de forma insuficiente ou mesmo não terem sido produzidas, mesmo

⁶⁴ BUENO, *Tutela...* cit., p. 16.

⁶⁵ *Ibidem*, p.16.

⁶⁶ WATANABE, Kazuo. *Da cognição...* cit., p. 83-84.

⁶⁷ “Exaurir é esgotar, dissipar inteiramente, conforme definição vernacular. A cognição exauriente é aquela que esgotou todos os elementos que poderiam e deveriam ser perquiridos pelo juiz com vistas à solução da causa, com ou sem exame do mérito” (BODART, *Tutela...* cit., p. 49).

⁶⁸ “À luz do confiabilismo, tem-se que o percurso do rito processual, revestido das garantias constitucionais e moldado para atingir a verdade na maior parte dos casos, é suficiente para dar ensejo a uma decisão acobertada pela coisa julgada material” (BODART, *Tutela...* cit., p. 49-50).

assim, estará obrigado a julgar, em regra, por meio da aplicação dos ônus probatórios, em virtude da vedação ao *non liquet*, e sua decisão estará igualmente sujeita à formação da coisa julgada. Privilegia-se aqui a segurança em detrimento da justiça, a fim de evitar a dilatação indefinida dos litígios.⁶⁹

Ocorre que a pesquisa, o debate entre as partes, a produção de provas e a chegada a esse momento processual exigem tempo e, em algumas circunstâncias, esse tempo não estará disponível e em outras será injusto impô-lo ao autor, de modo que deve existir forma de cognição que dispense esse esgotamento procedimental.

Por isso, a tutela também poderá ser prestada de forma antecipada, por meio de cognição sumária, quando houver alguma circunstância fática que torne necessária a prolação de um provimento imediato (tutelas de urgência) ou que confira ao postulante o direito de fruir desde logo do direito material disputado (tutela de evidência).⁷⁰

Diz-se, então, que a decisão é tomada com base em um juízo de probabilidade a respeito dos fatos, por meio do qual o juiz aprecia a veracidade das alegações com base nas provas existentes nos autos naquele momento processual, admitindo-se, contudo, que a alegação ainda poderá ser reputada falsa, em razão do não esgotamento procedimental. “Nesse sentido, a probabilidade deve ser compreendida apenas como uma palavra que quer indicar que o juízo ainda é passível de ser modificado pela influência das partes”.⁷¹

⁶⁹ BODART, *Tutela...* cit., p. 49-50.

⁷⁰ “Vale lembrar que, no plano das opções de política legislativa, como anota Proto Pisani (1982, p. 315-316), podem ser apontadas três razões para a adoção de procedimentos com cognição reduzida: (a) para evitar o *custo do processo* de cognição completa quanto isso não se justifique, tendo em vista a inexistência de resistência firme por parte do demandado; (b) para evitar o *abuso do direito de defesa* por parte do réu que, manifestamente, não tenha razão; (c) para assegurar a *efetividade da tutela jurisdicional* em determinados casos (especialmente quando os direitos em debate não tenham conteúdo econômico direito) em que o prolongamento do estado de insatisfação possa provocar prejuízo irreparável ou de difícil reparação” (LEONEL, *Tutela...* cit., p. 182). Marinoni, por sua vez, verifica serem quatro os possíveis objetivos da tutela concedida em cognição sumária: “(a) assegurar a viabilidade da realização de um direito (tutela cautelar); (b) realizar, em vista de uma situação de perigo, antecipadamente um direito (tutela antecipatória fundada no art. 273, I, do CPC); (c) realizar, em razão das peculiaridades de um determinado direito e em vista da demora do procedimento ordinário, antecipadamente um direito (liminares de determinados procedimentos especiais); (d) realizar, quando o direito do autor surge como evidente e a defesa é exercida de modo abusivo, antecipadamente um direito (tutela antecipatória fundada no art. 273, II, do CPC)” (MARINONI, *Antecipação...* cit., p. 34).

⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 87. Nesse sentido, Marinoni

Novamente, portanto, é o esgotamento ou não do *iter* procedimental que determinará a condição de sumariedade da cognição.

1.2.3.2 Provisoriedade e definitividade da tutela

A tutela jurisdicional é considerada provisória, quando, de alguma forma, demanda confirmação por outra decisão ao longo do próprio procedimento, vindo a ser substituída por ela. Em outras palavras, ela “vale e produz efeitos enquanto outra decisão não for proferida para ratificá-la ou para valer e ter eficácia em seu lugar”.⁷² Tutela definitiva, ao reverso, é a que não demanda essa confirmação, ainda que possa vir a ser substituída (como no caso da sentença).

Ao conceder a tutela antecipada, seja qual for, o juiz decide em caráter provisório, pois ainda será possível às partes a produção de outros elementos de prova que poderão resultar na conclusão da incorreção do provimento originalmente proferido e em sua revogação.

A autorização de prolação de decisão com base em cognição sumária, convive, sem dúvida, com a possibilidade de erro, a qual vem a ser neutralizada pela possibilidade de reapreciação dessa decisão. A provisoriedade, assim, é técnica que harmoniza os valores envolvidos, potencialmente em conflito.

Sumariedade da cognição e provisoriedade do provimento, portanto, não se confundem.

Segundo Didier Jr., Braga e Oliveira, a tutela provisória é marcada pela sumariedade da cognição, precariedade e a insusceptibilidade à coisa julgada, enquanto a tutela definitiva é aquela obtida, garantindo-se o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, sendo predisposta a produzir resultados imutáveis, cristalizados pela coisa julgada.⁷³

Há, como se vê, um paralelismo entre tutela provisória e cognição sumária (e tutela definitiva e cognição exauriente), não havendo, contudo, identidade, até

e Arenhart defendem a impropriedade, quando se trata de cognição sumária, do termo juízo de probabilidade, pois exprime um juízo sobre o objeto, propondo o uso da expressão juízo provisório.

⁷² BUENO, *Curso...* cit., p. 288. Para Bedaque “são provisórias, vista que sua existência e eficácia estão condicionadas a evento futuro e certo: a tutela final e definitiva” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela provisória. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, v. 126, p. 138, maio 2015).

⁷³ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso...* cit., 2015, p. 568.

porque se trata de critérios classificatórios diversos de elementos jurídicos também diversos. A sumariedade diz respeito à profundidade (critério) da cognição (objeto), enquanto a provisoriedade diz respeito à necessidade de confirmação (critério) do provimento (objeto).

A tutela antecipada, por exemplo, nem sempre será proferida com cognição sumária, pois poderá sê-lo depois de encerrada a instrução, no momento da prolação da sentença ou ainda após a sentença. Nestes casos, a cognição será exauriente, mas a tutela será proferida em caráter provisório.⁷⁴

Na verdade, em regra, a cognição exauriente é requisito para que seja proferida decisão apta à definitividade, ou seja, é pressuposto e não característica da tutela definitiva. Porém, nada impede que existam, por expressa autorização legal, tutelas proferidas em cognição sumária aptas à definitividade, como é o caso da decisão liminar do procedimento monitorio não embargado e da futura tutela antecipada antecedente estabilizada.

A tutela provisória, que deve guardar relação de identidade, ainda que parcial, com a tutela final, terá sempre o seu limite eficaz demarcado pela prolação e publicação da decisão que concede ou nega a tutela jurisdicional final.⁷⁵ A sentença é a tutela definitiva em relação à tutela antecipada proferida antes dela, sendo o marco final de sua eficácia. No caso da tutela antecipada deferida na sentença ou após a sentença, a tutela definitiva será o acórdão do recurso de apelação, o qual exercerá, assim, função substitutiva em relação à tutela provisória.

1.2.3.3 Provisoriedade e temporariedade da tutela

Por fim, deve-se anotar, ainda que brevemente, a diferença entre tutela provisória e tutela temporária.

Lopes da Costa, citado por Ovídio Araújo Baptista da Silva, as distingue por meio de uma já clássica metáfora. Em uma construção, diz ele, os andaimes são temporários e não provisórios. Devem permanecer até que a obra termine, mas são definitivos, no sentido de que nada virá substituí-los. O desbravador dos

⁷⁴ MARINONI, *Antecipação...* cit., p. 39.

⁷⁵ MITIDIERO, *Antecipação...* cit., p. 116.

sertões, por outro lado, se serve da barraca onde acampa até que possa no futuro construir uma habitação definitiva. A barraca, neste caso, se mostra provisória, pois no futuro será substituída pela moradia definitiva.⁷⁶

O que se verifica, na verdade, é que o provisório e o temporário são feitos para durar, vigorar, por um determinado período de tempo, mas o temporário não é substituído por algo da mesma natureza, sendo, portanto, definitivo, em relação à sua função. O temporário se elimina pelo esgotamento da função, o provisório por ter sido substituído por algo mais completo. Temporariedade e definitividade não se excluem, portanto.

Nesse compasso é que se diz que a tutela cautelar é temporária, mas definitiva. A cláusula *rebus sic stantibus* vigora para qualquer decisão judicial, que só surtirá efeitos, enquanto se mostrar adequada à realidade corrente. A tutela cautelar, contudo, tendo por característica a referibilidade à tutela de outro direito, é eficaz enquanto for útil à sua preservação.⁷⁷

1.2.4 Sistematização das tutelas provisórias no novo CPC

O novo CPC previu sistematização e terminologia diversas das existentes no diploma de 1973 ao disciplinar as tutelas diferenciadas em razão da profundidade da cognição.⁷⁸

Diferentemente do CPC de 1973, há no novo CPC uma parte geral, aplicável a todos os tipos de processo e procedimentos. Dentro da parte geral, há o Livro V, da tutela provisória, que se divide em três títulos: disposições gerais, da tutela de urgência e da tutela de evidência. O título da tutela de urgência, por

⁷⁶ “[...] é significativo o emprego do verbo ‘trocar’ feito por Lopes da Costa, para tornar evidente a identidade intrínseca que deve existir entre o provimento cautelar, tal como o concebeu Calamandrei, e o provimento definitivo, já que aquele deverá ser ‘trocado’ por este. Ora a barraca utilizada pelo desbravador só poderá ser substituída pela habitação definitiva porque também ela serviu (teve a função) de habitação. O provisório poderá ser definitivo se houver entre ambos, como observou Calamandrei, uma identidade entre seus efeitos, de modo que o provisório tenha a mesma natureza do definitivo, pelo qual há de ser ‘trocado’. Em uma última análise: se for uma antecipação do definitivo” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001. p. 80).

⁷⁷ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso...* cit., 2015, p. 563.

⁷⁸ Segundo Cassio Scarpinella Bueno, dentre as várias inovações do novo CPC, a disciplina reservada às tutelas provisórias é “a que mais chama atenção”, sendo a realocação da matéria “bastante radical” e “extremamente positiva” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Projetos de Novo Código de Processo Civil comparados e anotados*: Senado Federal PLS n. 166/2010 e Câmara dos Deputados PL n. 8.046/2010. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 156).

sua vez, é dividido em três capítulos, a saber: disposições gerais, do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente e do procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente.

O que se verifica, portanto, é que paralelamente à sentença, considerada tutela definitiva, proferida com grau de cognição exauriente, o novo CPC relacionou e disciplinou as tutelas consideradas provisórias. Inicialmente, dividiu-as em razão do fundamento, urgência e evidência, e, por fim, dividiu as tutelas de urgência, em cautelar e antecipada, conforme se fundem em perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, respectivamente. A tutela provisória de urgência, portanto, poderá ser cautelar ou antecipada (satisfativa), e a tutela provisória da evidência será sempre antecipada (satisfativa).⁷⁹

Entre as mudanças relevantes no regime, podemos citar a atipicidade de tais medidas, com a extinção das cautelares típicas ou nominadas; unificação do pressuposto necessário para as tutelas de urgência para a “probabilidade do direito” (art. 300); e uniformização do procedimento para a concessão das tutelas provisórias, com priorização da tutela concedida de forma incidental, mas prevendo a possibilidade de requerimento de forma antecedente, inclusive para a tutela antecipada satisfativa.⁸⁰

Além das alterações acima referidas, deve ser ressaltada a dispensa da formação de um novo processo, nos casos de medidas provisórias requeridas em caráter antecedente, passando a haver apenas o aditamento da inicial para que seja iniciado o processo principal, sendo desnecessária nova citação e recolhimento de custas (arts. 303, § 1.º, I, e 308).⁸¹ Tratou o novo CPC, portanto, na dicção de Artur César de Souza, de sincretizar a cautelar com o processo de cognição exauriente, tal como ocorreu entre o processo de conhecimento e a

⁷⁹ Vista de outra perspectiva classificatória, a tutela antecipada poderá ser satisfativa ou cautelar, antecedente ou incidental e ter por fundamento a urgência ou a evidência (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Tutela jurisdicional de urgência no Brasil: Relatório Nacional (Brasil). *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, v. 219, p. 340, maio 2013).

⁸⁰ Nesse sentido: CUNHA, Tutela... cit., p. 339; REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, v. 244, p. 168, jun. 2015.

⁸¹ TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, v. 209, p. 19, jul. 2012.

execução.⁸² De toda forma, o pedido cautelar continuará sendo decidido em caráter final, após oferecida oportunidade de contestação (art. 307).

Entre as poucas críticas que se podem tecer à classificação adotada pelo novo CPC, podemos citar a de Marinoni, Arenhart e Mitidiero, no sentido de que a utilização de critérios exclusivamente processuais – provisoriedade e cognição sumária – pode se revelar insuficiente para o adequado equacionamento das relações entre direito e processo no Estado Constitucional.⁸³ Além disso, o Código denominou de provisória a tutela cautelar, quando, como se viu acima, ela tem natureza temporária; provisória é apenas a liminar da tutela cautelar.

A classificação com base no fundamento (urgência e evidência), por sua vez, tem o inconveniente de agrupar medidas de naturezas distintas sob a mesma disciplina, cautelar e tutela antecipada, e separar medidas de mesma natureza, como se fez com as tutelas antecipadas satisfativas, baseadas na urgência e na evidência.

De toda forma, considerando a fungibilidade que deve existir entre as tutelas antecipada e cautelar e a técnica apurada utilizada pelo legislador na categorização e disciplina das tutelas provisórias, ao final e apesar das críticas, parece ter sido acertado o resultado alcançado.

⁸² SOUZA, Artur César de. Análise da tutela antecipada no projeto da Câmara dos Deputados no novo CPC. Tutela satisfativa urgente e de evidência. Tutela cautelar: primeira parte. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, v. 230, p. 152, abr. 2014.

⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Luiz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de direito processual civil. Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Ed. RT, 2015, v. 2, p. 198.

2 A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

2.1 Conceito

Como já dito, sentença e tutela jurisdicional não se confundem. A sentença é técnica e é meio, que se destina a atingir um fim, que é a tutela do direito. Nesse sentido, é de todo procedente a lição de Cassio Scarpinella Bueno, quando afirma:

Sentença não é tutela jurisdicional, pelo menos não é toda a tutela jurisdicional, é parte dela, o equivalente ao reconhecimento de que alguém tem o direito que afirmava ter. Tutela jurisdicional, contudo, é mais do que o reconhecimento de direitos, é também o efeito concreto, real, palpável, sensível daquilo que se foi buscar perante o Estado-juiz e que vem definido na sentença.⁸⁴

As sentenças declaratórias e constitutivas contêm em si mesmas a tutela do direito, pois prescindem de comportamento adicional do réu e, portanto, de medidas complementares para satisfazerem o direito pretendido. As sentenças condenatórias, executivas e mandamentais, por seu turno, por tratarem de direito a uma prestação, positiva ou negativa, exigem a tomada de outras medidas para entrega da tutela jurisdicional perseguida. Vê-se aí, portanto, a distinção entre os dois institutos (sentença e tutela).

A tutela jurisdicional, contudo, não é prestada apenas por meio de sentença, havendo outros meios e técnicas que servem ao mesmo fim. A sentença é apenas a técnica padrão, ordinária, genérica. São, por outro lado, exemplos de modelos diferenciados de prestação da tutela do direito a técnica da antecipação da tutela, a técnica monitória e a técnica da execução de título extrajudicial.⁸⁵

⁸⁴ BUENO, *Tutela...* cit., p. 80.

⁸⁵ “A partir do momento em que se entende a distinção entre técnica para a prestação da tutela (por exemplo, sentença mandamental) e a tutela propriamente dita (tutela inibitória, por exemplo), fica bastante fácil perceber que o juiz tem poderes para conceder a tutela ao final ou antecipadamente. A tutela é prestada, em regra, ao final do procedimento, mas em alguns casos pode ser concedida antecipadamente. A tutela concedida antecipadamente confere um bem da vida ao postulante, não se limitando a assegurar a prestação do bem da vida perseguido” (MARINONI, *Antecipação...* cit., p. 62).

A antecipação da tutela consiste, portanto, em adiantar, não o reconhecimento do direito, o qual somente é realizado pela sentença, mas o próprio bem da vida contido no reconhecimento. Vê-se, assim, que a tutela antecipada oferece ao requerente algo aquém e algo além do que oferece a sentença, não presta o acertamento do direito como a sentença, mas permite a fruição (integral ou parcial) *imediata* do próprio bem ou direito por que se litiga.

Vista de outra forma, a antecipação da tutela é a antecipação das medidas executivas voltadas para a realização do direito, antes da formação de um título que as autorize, ou ainda, a antecipação dos efeitos que o reconhecimento do direito proporcionaria. Consiste, assim, na permissão de que se exija e se execute, antes que se reconheça (no caso, da antecipação proferida antes da sentença) ou antes que o reconhecimento seja eficaz (no caso da antecipação deferida na sentença ou depois dela).⁸⁶

A ideia de que acertamento judicial precede a execução, apesar de se manter como regra, encontra diversas exceções. A inversão mais intensa é a da execução de título extrajudicial, na qual a execução é realizada, em caráter definitivo, com condição resolutiva. O sistema admite, portanto, com base nas peculiaridades e na diversidade de situações, que a ordem de precedência seja quebrada e que a execução comece no momento em que mostrar mais adequada ou necessária.

Ao lado das técnicas monitória e do título executivo extrajudicial, a técnica antecipatória tem o escopo de acelerar a realização do direito deduzido, delas se distinguindo por duas questões: a) nas primeiras, a cognição exauriente só se opera se houver requerimento pelo réu, enquanto que na antecipatória ela sempre se opera; e b) nas duas primeiras técnicas, a aceleração se opera *ex lege*, e no caso da antecipatória, *ope judici*.⁸⁷

⁸⁶ Nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno, “a tutela antecipada [...] nada mais é do que uma forma pela qual o processo civil brasileiro passou a ter autorização para ‘começar do fim para o começo’” (BUENO, *Tutela...* cit., p. XV) e “é assim chamada porque precipita a produção dos efeitos práticos de uma sentença, os quais, de outro modo, não seriam perceptíveis, pois não seriam sentidos na realidade concreta, no plano exterior ao processo, no plano material, portanto, até um evento futuro [...]” (ibidem, p. 33).

⁸⁷ “A técnica antecipatória não se confunde com a técnica monitória nem com a técnica do título executivo extrajudicial. Com a técnica monitória, o legislador abstratamente elege determinadas situações jurídicas e transfere o ônus de iniciativa de aprofundamento da cognição sobre a alegação da parte ou sobre o documento em que fundada a demanda à parte demandada. A cognição exauriente só ocorre *secundum eventum defensionis* – a cognição é dispensada em um primeiro momento por expressa avaliação do legislador. A aceleração da tutela jurisdicional

Uma questão final que se coloca é se a antecipação da tutela é a simples antecipação da execução que o autor teria no futuro ou se é antecipação de uma execução diferenciada.

Nelson Nery Júnior e Rosa Nery entendem que se trata da segunda hipótese.⁸⁸ Para Luiz Guilherme Marinoni, da mesma forma, a forma de execução da tutela antecipada é aberta, não estando adstrita aos modelos fechados previstos para a sentença.⁸⁹

Desta forma, nos casos, por exemplo, em que o bem da vida pretendido for a entrega de soma em dinheiro, o juiz estaria autorizado a proceder à execução dessa pretensão na modalidade que se revelasse mais adequada, não se adstringindo aos meios típicos da execução de quantia certa.

Em nosso entender, contudo, a tutela antecipada somente autoriza a adequação das modalidades de execução, quando houver alguma circunstância fática concreta que justifique essa alteração, pois não há razão para se privilegiar a tutela proferida com cognição sumária, dando-lhe tratamento mais gravoso do que a lei conferiu à da cognição exauriente, sem que nada o justifique.⁹⁰

Pode-se concluir, enfim, que a antecipação de tutela é técnica que autoriza a *antecipação* dos efeitos executivos e *também, em regime excepcional,*

é deliberada pela legislação em abstrato. O mesmo ocorre com a técnica dos títulos executivos extrajudiciais: o legislador elege determinados documentos e outorga eficácia executiva com o intuito de dispensar a prévia cognição judicial como condição da expropriação, acelerando a realização do direito da parte e transferindo à outra o ônus de iniciar a discussão sobre a efetiva existência do direito estampado no título executivo em outro processo, incidental à execução. Na técnica antecipatória, a cognição sumária necessariamente se aprofunda e se exaure dentro do mesmo procedimento, sendo que a sumarização da cognição ocorre por valoração do juiz no caso concreto diante do atendimento aos pressupostos legais para concessão da *antecipação da tutela*. Embora seja comum às técnicas antecipatória, monitória e do título executivo extrajudicial o escopo de abreviar e acelerar a realização dos direitos, apenas na primeira a valoração das circunstâncias dignas de tutela é confiada ao juiz no caso concreto – nos dois outros casos, a necessidade de aceleração vai desde logo valorada e normatizada pelo legislador” (MITIDIERO, *Antecipação...* cit., p. 61-62).

⁸⁸ Segundo os autores, a antecipação da tutela “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” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 1. ed. em e-book baseada na 13. ed. impressa. São Paulo: Ed. RT, 2013, art. 273, nota n. 2).

⁸⁹ “O provimento antecipatório sumário não tem natureza condenatória, porém eficácia mandamental ou eficácia executiva. É impossível admitir que a execução da tutela antecipatória seja disciplinada pelas regras da execução por expropriação. Aliás, é intuitivo que o uso de tal forma de execução no caso de tutela antecipatória seria inefetivo” (MARINONI, *Antecipação...* cit., 2011, p. 64).

⁹⁰ Sobre efetivação da tutela antecipada conferir item 5.3.5.

a adequação deles ao caso concreto, a fim de garantir a maximização da efetividade da atuação do Estado.

2.2 Distinção entre antecipação de tutela e tutela cautelar

A tutela antecipada e a tutela cautelar são espécies do gênero tutela jurisdicional de urgência. Em ambas, o “elemento constante, que legitima a pronta e imediata, até mesmo, enérgica atuação do Estado-Juiz, é a ‘urgência’, isto é, a *necessidade* de atuação jurisdicional *antes* da consumação do dano”.⁹¹

Voltado a esse aspecto, José Roberto dos Santos Bedaque defende a unidade das duas categorias, visto que a “antecipação provisória de efeitos, porque não destinada a solucionar o conflito, mas a evitar que a demora constitua óbice à justiça dessa solução, tem nítida natureza cautelar, muito embora essa função lhe seja negada”.⁹²

Em sentido próximo, Talamini cita como elementos comuns às duas modalidades de tutela de urgência a função de garantir o resultado de um outro processo, o emprego da cognição sumária e a consequente provisoriedade dos provimentos que as deferem.⁹³

Para Ovídio Araújo Baptista da Silva, por sua vez, o que as une é que, em qualquer delas, ocorre uma “parcialização da ‘lide integral’, a fim de que a função jurisdicional possa ser exercida e consumada, num primeiro estágio, de modo a

⁹¹ BUENO, *Curso... cit.*, p. 280.

⁹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar... cit.*, p. 118. “A tutela cautelar, a meu ver, cumpre a função de assegurar a utilidade do processo mediante duas técnicas: conservativa e antecipatória. Ambas são informadas por cognição sumária, pela plausibilidade e pela urgência, o que implica, normalmente, a provisoriedade. Tudo isso é técnica adotada pelo legislador processual para regular a tutela cautelar. Trata-se de técnicas empregadas para solucionar o problema da urgência, destinadas a evitar que a demora do processo comprometa a utilidade da tutela jurisdicional final. [...] Opto por denominá-la ‘cautelar’. Para não ser acusado de filiação a ideias ultrapassadas, como as de Calamandrei (???), invoco um dos maiores processualistas italianos da atualidade, para quem não só a técnica conservativa, mas também a antecipatória servem aos fins da tutela cautelar, qual seja assegurar a *priori* a definitiva *fruttuosità* da tutela final, em consonância com o significado da palavra ‘cautela’ (prudência, proteção, garantia) (COMOGLIO; FERRI; TARUFFO, 1995, p. 158)” (BEDAQUE, *Tutela provisória cit.*, p. 140).

⁹³ TALAMINI, *Tutela de urgência... cit.*, p. 16. Do mesmo modo, Humberto Theodoro Júnior: “Em suma: a antecipação de tutela se inspira nas mesmas razões e cumpre a mesma finalidade institucional da tutela cautelar geral. Apenas as exigências ou requisitos legais de deferimento, *in concreto*, são diferentes, o que, obviamente, não anula a visão ampla e unitária da moderna tutela de urgência, quando sua justificação maior se encontra na efetividade da tutela jurisdicional assegurada por meio do direito fundamental de acesso à justiça” (THEODORO JÚNIOR, *Tutela... cit.*, p. 136).

conceder ao autor o ‘bem da vida’ que o legislador considere digno de receber uma proteção específica e imediata”.⁹⁴

A doutrina majoritária, contudo, tem entendido que, apesar da urgência e da sumariedade da cognição, as duas formas de atuação processual não podem ser confundidas, já que são vários os fatores de distinção.⁹⁵

O equívoco de parte da doutrina em confundir as duas medidas, segundo Luiz Guilherme Marinoni, advém da doutrina italiana, que iguala as duas espécies, fazendo-o em razão de não dispor de previsão legislativa para a tutela antecipada.⁹⁶ Isso, aliás, era o que acontecia no Brasil até 1994, antes da mudança do art. 273, quando a doutrina e a jurisprudência, visando a garantir efetividade à prestação da tutela jurisdicional, permitiam o manejo da cautelar, pela via inominada, para obtenção da tutela satisfativa, já que sua previsão legal era restrita a alguns procedimentos especiais (possessórias, alimentos, mandado de segurança).⁹⁷

A primeira e principal distinção entre as figuras é o da finalidade a que cada uma se presta: satisfazer, no caso da antecipação, e prestar segurança, no caso da cautelar. A tutela satisfativa visa à realização de um direito e a tutela cautelar, à proteção assecuratória de um direito submetido a perigo de dano: a distinção entre ambas é funcional e não estrutural.⁹⁸

Assim, será antecipatória a medida que entregar o bem da vida em litígio a um dos litigantes e cautelar a que apenas prevenir a sua entrega futura, colocando-o a salvo de ambos.⁹⁹ A satisfatividade é, portanto, o critério-chave

⁹⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A “plenitude de defesa” no processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 158.

⁹⁵ Aliás, como se verá, sequer a urgência é pressuposto necessário da tutela antecipada e a cognição da cautelar não é necessariamente sumária.

⁹⁶ MARINONI, *Antecipação...* cit., 2011, p. 124.

⁹⁷ Como observa Teori Albino Zavascki, com a mudança do art. 273, “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” (ZAVASCKI, *Antecipação...* cit., p. 46).

⁹⁸ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação...* cit., p. 43. Como já observado, foi Ovídio Araújo Baptista da Silva, que, a partir de Pontes de Miranda, desenvolveu a ideia de que as cautelares são medidas de “segurança para a execução”, ao passo que as medidas de antecipação seriam medidas de “execução para segurança”, sendo uma substancialmente diferente da outra (SILVA, *Do processo cautelar* cit., p. 38-61).

⁹⁹ Segundo Dinamarco, as cautelares são um meio de apoio a um processo e as antecipatórias, a uma pessoa, assim, enquanto as antecipatórias permitem a fruição de uma vantagem, a cautelar confina-se no universo do processo e “não vai à vida” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, t. II, p. 1592).

da distinção, sendo requisito negativo para a cautelar e positivo para a antecipação da tutela, tendo sido, aliás, o elemento diferenciador adotado pelo novo CPC.¹⁰⁰

Da distinção funcional decorre outro elemento diferenciador entre as duas medidas, qual seja a coincidência total ou parcial do seu conteúdo com o que se pretende obter ao final, que existirá na antecipação de tutela, em razão do caráter satisfativo, e não existirá no caso das cautelares.¹⁰¹

Mesmo a sumariedade da cognição, que, para parte da doutrina, une as duas medidas, não pode ser considerada um elemento comum a elas. Com efeito, atualmente, não é mais possível negar que a tutela cautelar é proferida com cognição exauriente, ainda que em relação a uma pretensão específica de segurança.¹⁰² Como se disse, a cognição sumária na cautelar se restringe à existência do direito referido.¹⁰³

Dessa forma, o direito à segurança ou à cautela deve ser conhecido de forma exauriente, após o contraditório, e existirá independentemente do direito acautelado, dependendo apenas da presença da aparência dele. Em outras palavras, ainda que o direito acautelado não seja reconhecido, a presença da urgência e da aparência de um direito pretendido dá ao autor o direito à segurança do objeto da pretensão até a resolução da lide a que a cautelar se refere.¹⁰⁴

¹⁰⁰ Para Eduardo Talamini não há diferença qualitativa, mas quantitativa, entre as duas modalidades de tutela de urgência, havendo carga antecipatória em ambas, porém em menor grau nas cautelares. Diz o autor: “Por exemplo, a medida cautelar de arresto, conquanto não adiante o próprio resultado prático do provimento principal, funciona como antecipação de uma parte da atividade executiva destinada a efetivar aquele resultado, uma vez que precipita alguns dos efeitos da penhora (arts. 818 e 821 do CPC vigente). Obviamente, é pequeno o grau de antecipação aí encontrado – de modo que não há como negar sua natureza preponderantemente conservativa. Não está muito longe, porém, da carga de adiantamento em regra contida na antecipação de tutela condenatória de pagamento de dinheiro que não ultrapasse os limites da execução provisória (tutela antecipada essa que não se confunde, todavia, com o mero arresto, pois possibilita, em certas condições, o levantamento de dinheiro eventualmente penhorado)” (TALAMINI, *Tutela de urgência... cit.*, p. 16-17).

¹⁰¹ BUENO, *Tutela... cit.*, p. 27.

¹⁰² MARINONI, *Antecipação... cit.*, 2011, p. 110.

¹⁰³ Em sentido contrário: WATANABE, *Da cognição... cit.*, p. 105.

¹⁰⁴ A tutela satisfativa referida e a tutela cautelar a ela referente são, portanto, tutelas jurisdicionais do direito, “oriundas do plano do direito material e são realizáveis, quando há ameaça ou efetiva crise de colaboração entre as partes, mediante a tutela jurisdicional. A técnica antecipatória é simples meio para antecipação de resultados. Tutela e técnica estão, portanto, em planos distintos: a primeira é resultado, a segunda é meio para sua obtenção” (MITIDIERO, *Antecipação... cit.*, p. 56).

A rigor, portanto, se a tutela cautelar é satisfativa de um direito material específico, já não faz sentido a indagação sobre a diferença entre a tutela cautelar e a antecipatória. Tanto o direito acautelado como o direito à cautela podem ser antecipados pela técnica da tutela antecipada, que diz respeito “apenas ao momento em que a tutela é prestada e ao módulo de cognição a ele vinculado”.¹⁰⁵

Dessa forma, percebe-se que sumariedade da cognição e provisoriedade são características apenas da antecipação da tutela, inclusive quando usada em sede cautelar, mas não da tutela cautelar e que “toda a teorização de Calamandrei e de Proto Pisani – e de muitos outros que seguem suas lições mundo afora – tem por objeto não propriamente a tutela cautelar, mas sim a técnica antecipatória que pode levar à prestação de tutela jurisdicional dos direitos sob cognição sumária”.¹⁰⁶

Em conclusão, pode-se dizer que paralelamente ao direito à satisfação do direito há o direito à segurança da tutela do direito, ambos pertencentes ao plano do direito material. Tais direitos são, contudo, autônomos e podem existir independentemente um do outro. A parte pode ter direito à segurança, ainda que não tenha direito à satisfação do direito assegurado, pois a procedência do pedido cautelar depende apenas da aparência do direito a ser acautelado. Da mesma forma, a parte pode ter direito à satisfação e não ter direito à segurança, caso, por exemplo, não haja perigo na demora. Nestes termos, a tutela cautelar deve ser vista como tutela definitiva, aferida em cognição exauriente no que diz respeito ao direito à segurança e em cognição sumária, em relação ao direito assegurado.¹⁰⁷

Ainda que o novo CPC tenha eliminado a duplicidade dos processos cautelar e principal, estabelecendo que, nos casos de cautelar antecedente, o autor deverá apenas aditar a inicial (art. 308), não deixa de haver decisão final do pedido cautelar, após a contestação (art. 307). Assim, persiste no sistema a tutela cautelar “definitiva”.¹⁰⁸

¹⁰⁵ MITIDIERO, *Antecipação...* cit., p. 51.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 39.

¹⁰⁷ Nesse sentido: SILVA, *Do processo cautelar* cit., p. 61-69; MITIDIERO, *Antecipação...* cit., p. 46-49.

¹⁰⁸ Em sentido contrário: CASTRO, Marcello Soares. Tutela de urgência e tutela de evidência: limites e possibilidades de um regime único. In: FREIRE, Alexandre et al (org.). *Novas tendências*

Em síntese, pode-se dizer que para além da função, as duas formas de atuação distinguem-se quanto aos pressupostos (a antecipação de tutela pode dispensar a urgência), à estabilidade (a cautelar é medida temporária-definitiva; a antecipação é provisória) e à cognição (na cautelar, é exauriente; na antecipação é sumária).

2.2.1 Fungibilidade

Em razão das dificuldades práticas relacionadas à distinção de cada uma dessas medidas, o legislador previu a fungibilidade entre elas, incluindo no CPC de 1973 o § 7.º do art. 273, cuja redação dispõe: “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”.

Trata-se de medida relacionada aos princípios da economia processual e da duração razoável do processo, que evita delongas desnecessárias relacionadas à fixação da natureza jurídica da medida, que nada acrescentam à realização efetiva do direito material pelo processo.

Como a dúvida ocorre exatamente quando o pressuposto do pedido é a urgência, trata-se ainda de medida que visa resguardar a efetividade do processo (art. 5.º, inc. XXXV, da CF).

Por fim, ela decorre ainda do princípio da instrumentalidade das formas, pois não é dado ao legislador criar armadilhas aos jurisdicionados, criando figuras que servem ao mesmo propósito, mas que se autoexcluem a ponto de prejudicar aquele que não sabe por qual optar.¹⁰⁹

Muito se debateu sobre a reciprocidade da fungibilidade.

A interpretação literal do dispositivo ainda em vigor (art. 273, § 7.º) não dá margem a outra conclusão que não a de que somente é possível a fungibilidade para deferir pedido de natureza cautelar apresentado como antecipação de tutela.

do processo civil. Estudo sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 297-298.

¹⁰⁹ BUENO, *Tutela...* cit., p. 144-145.

Humberto Theodoro Júnior é um dos autores que defende essa posição doutrinária.¹¹⁰ Para essa corrente, como os pressupostos da tutela antecipada são mais rigorosos do que os exigidos para a concessão de medida cautelar, não há problema em deferir-se o menos, se foi pedido o mais. O contrário, por outro lado, não seria verdadeiro, pois quem pede o menos, não pode receber o mais. Além disso, a tutela antecipada depende de um pedido principal coincidente, de uma ação de conhecimento em trâmite em que se peça o reconhecimento daquilo que se pretende obter antecipadamente, e a cautelar, como se sabe, prescinde disso, exige apenas a propositura de uma ação principal futura, em caso de deferimento de sua liminar. Dessa forma, não haveria como antecipar tutela satisfativa em procedimento preparatório.

Luiz Guilherme Marinoni defende o cabimento de uma solução intermediária, pela qual somente seria possível a antecipação de tutela satisfativa em sede de pedido cautelar, em situação que realmente suscitasse dúvida razoável.¹¹¹

A maior parte da doutrina, contudo, tem defendido a fungibilidade plena entre as duas medidas, o que se chamou de fungibilidade de “mão dupla” ou “intertrocabilidade”, exigindo apenas que os requisitos da medida a ser deferida estejam satisfeitos.¹¹²

¹¹⁰ “O que não se pode tolerar é a manobra inversa, transmutar medida antecipatória em medida cautelar, para alcançar a tutela preventiva, sem observar os rigores e pressupostos específicos da antecipação de providências satisfativas do direito subjetivo em litígio” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 55. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. I, p. 496).

¹¹¹ MARINONI, *Antecipação...* cit., 2011, p. 131.

¹¹² Nesse sentido: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil...* cit., art. 273, nota n. 49; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 92; BUENO, *Tutela...* cit., p. 145. Nesse sentido ainda, os seguintes julgados admitiram o deferimento de tutela antecipada requerida na forma de tutela cautelar: “Cautelar. Ação com natureza de antecipação de tutela. Indeferimento da inicial. Inadmissibilidade. Fungibilidade das medias [sic]. Admissibilidade do processamento da ação, com prévia emenda indicação para o pedido definitivo. Recurso provido” (TJSP, Apelação sem Revisão n. 1107209-0/6, Rel. Desembargador Hamid Charaf Bdine Júnior, 35.ª Câmara de Direito Privado, julgado em 26.11.2007); “Plano de Saúde. Cautelar. Ação com natureza de antecipação de tutela. Fungibilidade das medidas (art. 273, § 7.º, do CPC). Conversão da cautelar incidental em pedido de tutela antecipada em processo de conhecimento. Empregado demitido sem justa causa. Contribuições indiretas que se originam da relação de emprego justificam a incidência do art. 30 da Lei n. 9.656/98 ao caso. Procedência do pedido para assegurar aos autores prosseguirem no plano na forma prevista no mencionado dispositivo. Recurso provido.” (TJSP, Apelação com Revisão n. 1020919-86.2014.8.26.0071, Rel. Desembargador Hamid Charaf Bdine Júnior, 4.ª Câmara de Direito Privado, julgado em 16.07.2015).

Parece ser essa a posição mais acertada, pois atende mais amplamente aos princípios acima indicados (economia processual, efetividade, razoável duração do processo e instrumentalidade) e não estabelece restrições injustificadas ao acesso à tutela jurisdicional.

No novo CPC, a fungibilidade decorre da disposição do art. 305, parágrafo único, e da que estabelece a preferência pela prolação de decisões de mérito em detrimento de decisões meramente processuais (arts. 317 e 488).¹¹³

No caso da tutela antecipada de evidência, contudo, parece não haver razão para que a parte se confunda com os institutos, já que a urgência é ínsita à cautelaridade e não está presente na evidência. No entanto, se o equívoco ocorrer, nada obsta que o juiz desconsidere o nome utilizado pela parte e defira a medida requerida, se os requisitos estiverem presentes.

Entende-se, todavia, que ela não será plena, pois não deverá ser admitido o pedido de tutela de evidência por meio do procedimento antecedente. Isso porque o fundamento que autoriza os procedimentos antecedentes é a urgência, sem a qual não haverá razão para a dispensa da exposição dos termos integrais da lide e o procedimento antecedente não deverá ser admitido. Como se vê, contudo, não se trata de restringir a fungibilidade em si das medidas, mas de inadmissão de um procedimento diferenciado, sem que esteja presente o seu pressuposto.¹¹⁴

2.3 Pressupostos: urgência e evidência

A antecipação de tutela deve ser entendida, portanto, como técnica processual, consistente em inversão procedimental, que permite a fruição do direito material pretendido em momento anterior ao em que seria normalmente autorizada. O que se opera por força dela é a inversão na ordem reconhecimento-efetivação, dando-se azo à efetivação imediata do direito alegado antes do seu reconhecimento definitivo.

Para que a técnica seja utilizada devem estar presentes urgência ou evidência. Em ambos os casos, exige-se também a presença da probabilidade

¹¹³ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *Novo curso...* cit., p. 213.

¹¹⁴ Trataremos do assunto novamente no item 5.3.2 do presente trabalho.

do direito alegado, ou seja, a aparência de veracidade dos fatos que conduzem ao pedido e a plausibilidade dos fundamentos jurídicos.

Independentemente de seu fundamento, a antecipação deve ser deferida apenas se provável a concessão da tutela final pretendida. Com efeito, antecipar algo significa entregar esse algo em momento anterior ao que seria normalmente entregue. Se o objeto não seria entregue ao fim, não há o que ser antecipado. Tanto assim é que o *caput* do art. 273 do CPC de 1973 estabelece a prova inequívoca da verossimilhança das alegações como pressuposto comum aos dois incisos que preveem as hipóteses de urgência e de evidência.

Mas a simples probabilidade do direito alegado, por si só, não permite o início da sua fruição pela parte que o pede. O sistema, diante dos princípios que regem o processo civil, exige que a ela sejam adicionados outros requisitos para que o juiz autorize essa inversão.

A urgência é um exemplo de requisito complementar estranho à probabilidade do direito e que a ela se soma. A probabilidade, entretanto, poderá sozinha autorizar a inversão, desde que ela seja qualificada, isto é, que se adeque às inúmeras situações específicas que o sistema prevê como autorizadoras da antecipação. Nesse caso, não se exigirá a soma de um elemento estranho à probabilidade do direito, mas o acréscimo de uma característica a ela própria, uma qualificação, a qual poderá ser decorrente da natureza do direito material postulado (art. 311, III, do novo CPC; ações possessórias; ação de despejo) ou do grau de convicção alcançado nos autos, o qual poderá ter origem na conduta do réu (art. 311, I e IV, do novo CPC) ou nas provas produzidas (art. 311, II e IV, do novo CPC).

2.3.1 Urgência

A urgência é pressuposto comum à antecipação da tutela e à tutela cautelar, como foi possível verificar no capítulo anterior. É o pressuposto que mais comumente suscita a possibilidade de antecipação da tutela, pois diante de sua presença, estabelece-se a *necessidade* da inversão procedimental.

Como afirmam Nelson Nery Junior e Rosa Nery, o perigo para a concessão da tutela antecipada é o mesmo exigido para a concessão de

qualquer medida cautelar, mas “não tem o condão de transmutar sua natureza satisfativa-executiva em medida cautelar”.¹¹⁵

A urgência diz respeito à impossibilidade de espera ou, como é mais comum dizer-se, ao perigo na demora, os quais decorrem da iminência concreta de um dano irreparável ou de difícil reparação, em caso de inexistência de um provimento jurisdicional imediato que o impeça.

Para Luiz Fux, “o dano irreparável manifesta-se na impossibilidade de cumprimento da obrigação mais tarde ou na própria inutilidade da concessão da vitória, salvo se antecipadamente”.¹¹⁶

Luiz Guilherme Marinoni entende que a irreparabilidade ocorre quando os danos previstos são irreversíveis, como, por exemplo, nos “casos de direito não patrimonial (direito à imagem, por exemplo) e de direito patrimonial com função não patrimonial (soma em dinheiro necessária para aliviar um estado de necessidade causado por um ilícito, por exemplo)”, bem como no caso de “direito patrimonial que não pode ser efetivamente tutelado através da reparação em pecúnia”.¹¹⁷

A possibilidade de reparação genérica do dano, em pecúnia, por sua vez, não é suficiente para afastar o direito à antecipação, pois se o cumprimento específico não se revelar viável, já aí haverá perda irreversível do direito material, na forma como realmente devido. Nesse sentido, Cassio Scarpinella Bueno afirma que a irreparabilidade “relaciona-se às situações em que ou se antecipa a tutela para a proteção de um específico direito ou a tutela jurisdicional será, com relação à fruição *in natura* daquele mesmo direito, ineficaz”.¹¹⁸

O dano de difícil reparação, por sua vez, se revela nas hipóteses em que, ainda que possa ser reparado na forma específica, é possível supor que ele não o será, seja em razão das condições econômicas do demandado, seja em razão do seu comportamento, e ainda aqueles danos que, em razão da dificuldade na individualização ou quantificação, se tornam de improvável reparação integral.¹¹⁹

¹¹⁵ NERY JUNIOR; NERY, *Código de Processo Civil...* cit., art. 273, nota n. 32.

¹¹⁶ FUX, *Tutela...* cit., p. 345.

¹¹⁷ MARINONI, *Antecipação...* cit., 2011, p. 155.

¹¹⁸ BUENO, *Tutela...* cit., p. 43. No mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 156-157.

¹¹⁹ MITIDIERO, *Antecipação...* cit., p. 142. Para Luiz Fux, o dano de difícil reparação pode ser decorrente da insolvabilidade do sucumbente ou da dificuldade de recompor o patrimônio do vencedor diante da lesão ao seu direito (FUX, *Tutela...* cit., p. 346).

Se, contudo, a tutela específica repressiva revelar-se possível e factível, então, estaremos diante de dano reparável, frente ao qual será possível a espera, não havendo razão para se antecipar a tutela, ao menos sob o fundamento da urgência.

De todo modo, o dano não é pressuposto necessário da urgência, estando ela presente também quando for necessário inibir a continuação ou a repetição de atos ilícitos, independentemente da existência de dano.¹²⁰

Em razão disso, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero entendem que o legislador poderia ter sido mais permeável às necessidades do direito material, exigindo, para a antecipação de tutela, em vez de “perigo de dano” (art. 300 do novo CPC), o perigo na demora, como o faz em relação à tutela cautelar.¹²¹

Nesse caso, a exigência probatória relativa ao receio de ocorrência do ilícito revela-se reduzida, sendo desnecessário demonstrar a probabilidade do ilícito futuro ou do dano, pois “a probabilidade da ocorrência do ilícito configura, por si só, a probabilidade do dano futuro, uma vez que a própria norma de proteção (provavelmente violada) possui o objetivo de evitar danos”.¹²²

O perigo na demora pressupõe, assim, que a duração do processo venha a “inviabilizar a frutuosidade da tutela do direito”, sendo que o referido risco deve ser objetivo, concreto, atual e grave.¹²³

Por fim, deve-se registrar que não há dúvida de que existe dano no simples curso do tempo necessário ao próprio desenvolvimento do processo até a chegada a uma decisão definitiva a respeito da existência do direito material e

¹²⁰ “Não é só para evitar ou reprimir um dano. A tutela antecipada também pode servir para inibir, vedar, proibir a prática de um ilícito. A tutela jurisdicional que tem essa finalidade é a tutela inibitória. E, pela técnica da antecipação, a tutela inibitória pode ser igualmente antecipada. É o que se chama de antecipação da tutela inibitória, cuja concessão depende apenas da demonstração de um ilícito a ser perpetrado pelo réu ou que já tenha se consumado, não sendo necessária a demonstração, nem a comprovação de dano, culpa ou dolo; basta que se demonstre a ameaça da prática de um ato ilícito. A importância da tutela inibitória é indiscutível, em virtude da necessidade de se conferir tutela preventiva às situações jurídicas de conteúdo não patrimonial” (CUNHA, Tutela... cit., p. 332).

¹²¹ Segundo os autores, “é preciso decidir de forma provisória justamente porque não é possível conviver com a demora: sem ‘tutela provisória’ capaz de satisfazer ou acautelar o direito, corre-se o perigo desse não poder ser realizado. O ‘pericolo di tardività’ (‘periculum in mora’), portanto, é o termo que traduz de maneira mais apurada a urgência no processo” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *Novo curso...* cit., p. 199).

¹²² MARINONI, *Antecipação...* cit., 2011, p. 154-155.

¹²³ MITIDIERO, *Antecipação...* cit., p. 134-135.

a sua efetivação posterior. É o que se chama de dano marginal, o qual é ligado à simples indisponibilidade daquilo a que se tem direito durante o período em que se discute a titularidade dele. Esse dano, ainda que não deixe de consubstanciar prejuízo, é reparável (em pecúnia) e, por si só, não suscitará a antecipação da tutela com base na urgência.¹²⁴ Será ele, no entanto, que justificará a existência das hipóteses de antecipação com base na evidência.

2.3.2 Evidência

Em relação à antecipação de tutela em razão da evidência, o elemento diferenciador, como já dito, é a qualificação da probabilidade do direito. Nesse caso, o momento da concessão da tutela é alterado não em razão da urgência, mas em razão de alguma característica do direito pretendido ou do quadro probatório produzido.

A qualificação da probabilidade poderá dizer respeito à suficiência efetiva ou presumida da prova (art. 311, I, II e IV, do novo CPC) ou às especificidades do direito material contido na pretensão (art. 311, III, do novo CPC, e procedimentos especiais).

Quando Luiz Fux trata de evidência afirmando que ela existe em “situações em que se opera mais do que o *fumus boni iuris*”,¹²⁵ não há dúvida de que ele está tratando do aspecto probatório como autorizador da antecipação, sendo essa uma parte das hipóteses de cabimento.

Neste trabalho, identifica-se, portanto, a tutela antecipada de evidência com a tutela antecipada sem urgência, abrangendo na classificação as tutelas antecipadas previstas nos procedimentos especiais, que não exigem tipos de

¹²⁴ Nesse sentido, já decidiu o STJ que “a simples demora na solução da demanda não pode, de modo genérico, ser considerado como caracterização da existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, salvo em situações excepcionalíssimas” (STJ, REsp 113.368/PR, Rel. Ministro José Delgado, 1.ª Turma, julgado em 07.04.1997, DJ 19.05.1997, p. 20593). A relevância de algumas espécies de direitos materiais ou o quadro de evidência dos fatos indicariam, para alguns autores, a existência de uma urgência implícita ou urgência num sentido amplo a ensejar a antecipação por esse fundamento. Nesse sentido: THEODORO JÚNIOR, *Tutela...* cit., p. 133-134; CIANCI, Mirna. Razoável duração do processo – Alcance e significado. Uma leitura constitucional da efetividade no direito processual civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, v. 225, p. 39, nov. 2013.

¹²⁵ FUX, *Tutela...* cit., p. 305-306.

provas específicos, como a documental, para seu deferimento, como se vê no caso das ações possessórias.

Há alguma discussão se a hipótese do abuso do direito de defesa (art. 273, inc. II, do CPC/1973; art. 311, inc. I, do novo CPC) seria fundada na evidência ou se consubstanciaria uma terceira espécie de tutela antecipada.

Teori Albino Zavascki adota essa última posição, sustentando a existência de três tipos de antecipação: a assecuratória, em que se antecipa pela urgência, a punitiva (art. 273, inc. II) e a de evidência (art. 273, § 6.º).¹²⁶

Para essa corrente, em tal hipótese o comportamento ilícito do requerido é o elemento diferenciador na concessão da antecipação, tratando-se de uma punição ao réu que exerce de forma indevida os direitos fundamentais que a ordem jurídico-constitucional oferece, causando, com isso, danos à parte contrária.¹²⁷

A posição não parece ser a mais acertada.

A finalidade da antecipação de tutela nessa hipótese (abuso de defesa) não é a de sancionar o comportamento inadequado de uma das partes; para isso há outras técnicas processuais. A hipótese baseia-se, na verdade, na evidência que exsurge do comportamento indevido da parte requerida. A partir do caráter abusivo, protelatório ou inconsistente da defesa ou do comportamento do réu, antevê-se a fragilidade de sua posição processual e, por conseguinte, que a tutela ao final será entregue ao autor. Diante da resistência indevida do réu, a probabilidade do direito do autor passa a ser qualificada, apta a ensejar a antecipação.

Veja-se que, nesses casos, o contraditório e a ampla defesa exercidos pelo réu se revelam meros instrumentos de prolongamento processual, usados

¹²⁶ ZAVASCKI, *Antecipação...* cit., p. 77-78. O autor fala do CPC de 1973. O próprio Zavascki, contudo, ressalva que não se trata propriamente de uma punição visto o sentido positivo do provimento de “prestar jurisdição sem protelações indevidas”, sendo punitiva no sentido de guardar semelhança, em relação às causas determinantes, “com as penalidades impostas a quem põe obstáculos à seriedade e à celeridade da função jurisdicional”, conforme arts. 16, 17, 538, parágrafo único, e 601 do CPC/1973.

¹²⁷ Didier Jr., Braga e Oliveira seguem linha semelhante e também classificam a hipótese como punitiva, mas a inserem como espécie da antecipação de evidência. Dizem eles: “Há, assim, duas modalidades de tutela provisória de evidência: a) punitiva (art. 311, I), quando ficar caracterizado o ‘abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte’; b) documentada, quando há prova documental das alegações de fato da parte, nas hipóteses do art. 311, II a IV, que determinam a probabilidade de acolhimento da pretensão processual” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso...* cit., 2015, p. 619-620).

com o fim de aumentar o tempo em que poderá continuar fruindo do bem jurídico disputado, até que ao fim tenha que entregá-lo ao autor. O ordenamento não pode ficar inerte diante dessa postura, devendo dispor de técnica apta a neutralizar o desvirtuamento desses direitos fundamentais, sendo essa a função que será exercida pela antecipação da tutela fundada no abuso do direito de defesa. Em outras palavras, tem-se que se o réu usa o processo apenas para ganhar tempo, a distribuição original do ônus do tempo deve ser invertida, a fim de que ele não alcance seu objetivo.

Percebe-se, assim, que enquanto o autor tem, em regra, o ônus da espera pela oportunidade da defesa, o réu tem o ônus de oferecer uma defesa séria, usando o processo para os fins a que ele se destina, cuja não desincumbência dará ensejo à inversão na distribuição do tempo, por meio da concessão da tutela antecipada.

O oferecimento de defesa séria, ressalte-se, é ônus e não dever, pois de sua não desincumbência não decorrerá uma sanção, mas uma sujeição processual, cabível apenas se a análise dos fatos e argumentos jurídicos do autor dispuserem de verossimilhança suficiente para conduzi-los à procedência.

Eros Grau, em trabalho monográfico sobre o tema, aponta Carnelutti como o autor que de modo mais completo colocou as linhas acabadas da noção de *ônus*. Segundo ele, falamos de ônus quando o exercício de uma faculdade é definido como condição para a obtenção de uma certa vantagem; portanto, o *ônus* é uma faculdade cujo exercício é necessário para a realização de um interesse. Dever e ônus têm em comum o elemento formal, consistente no vínculo à vontade, mas diverso o elemento substancial, porque quando se trata de *dever* o vínculo é imposto no interesse alheio, e, tratando-se de ônus, o vínculo é imposto para a tutela de um interesse próprio.¹²⁸

¹²⁸ GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. *Revista da Faculdade de Direito*. São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 77, p. 180-182, jan. 1982. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66950>>. Acesso em: 21.02.2015; “[O] ordenamento jurídico não impõe o cumprimento da *Obliegenheit* como um dever, categoricamente, mas apenas hipoteticamente. Quando a pessoa vinculada pela *Obliegenheit* deseja evitar a desvantagem, deve cumprir a prestação que àquela corresponde; se não desejar cumpri-la, tem de se conformar com uma certa desvantagem jurídica, sem que ninguém possa porém censurá-lo por ter ele se conduzido contra a lei” (THUR, Andreas von. *Tratado de las obligaciones*. Tradução W. Roces. Madrid: Editorial Réus S/A, 1934, t. I, p. 9, apud GRAU, Nota... cit., p. 183).

O réu, portanto, deve se desincumbir do ônus de oferecer uma defesa séria, sob pena de ser-lhe retirada a vantagem processual que o sistema lhe confere.

Vê-se, assim, que a concessão da antecipação não é consequência de um ilícito e, portanto, não é sanção, mas decorre da mera comparação entre a intensidade da probabilidade do direito aduzido por cada parte. A partir da não desincumbência do réu de seu ônus, passa-se a presumir que a tese autoral deverá ao fim prevalecer.

Não se diferencia essa hipótese, em essência, das demais hipóteses de tutela antecipada de evidência, salvo pela causa geradora da evidência.

Há, dessa forma, portanto, duas espécies de antecipação, sob o critério do pressuposto: a de urgência e a de evidência, podendo-se dividir a última em função do direito material pretendido (específica) e do quadro probatório existente (genérica).

3 A TUTELA PROVISÓRIA DE EVIDÊNCIA

3.1 Fundamento constitucional

Para completa compreensão do fenômeno da antecipação da tutela de evidência, deve-se buscar sua origem na Constituição, que segundo Nelson Nery Junior, é

[...] *a ordem jurídica fundamental da coletividade*: determina os princípios diretivos, segundo os quais devem formar-se a unidade política e as tarefas estatais a serem exercidas; regula ainda procedimentos de pacificação de conflitos no interior da sociedade; para isso cria bases e normaliza traços fundamentais da ordem total jurídica.¹²⁹

A lei é expressão da vontade de quem detém o poder e, por isso, não há abuso que não possa ser cometido dentro da lei, se for essa a vontade dos que determinam o seu conteúdo. Os horrores cometidos pelos Estados totalitários formados na primeira metade do século XX são prova incontestável desse fato, que revelou a insuficiência das noções positivistas do direito.

Passou-se, pois, a buscar na substância das normas e no princípio da justiça uma forma de limitação ao que a lei poderia determinar, o que foi feito “infiltrando-se” tais limitações numa base superior, a Constituição. Abandonou-se o paradigma da legitimação formal da lei, passando a exigir uma legitimação substancial, relacionada à sua adequação aos direitos fundamentais.¹³⁰

Encontramo-nos hoje, pois, sob a égide do pós-positivismo ou do neoconstitucionalismo, em que os valores inalienáveis decorrentes da dignidade humana foram inscritos em normas de caráter fluido, os princípios, e cristalizados na Constituição, a fim de se garantir sua irrevogabilidade e máxima eficácia.

Nessa nova concepção, as Constituições passaram a ter denso conteúdo material, estabelecendo valores, princípios, direitos fundamentais e diretrizes aos poderes públicos, de forma que todos os ramos do direito encontram nela

¹²⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal, processo civil, penal e administrativo*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 42.

¹³⁰ MARINONI, *Curso...* cit., p. 44.

sua fonte primária.¹³¹ Os valores fundamentais, assim, penetram o sistema jurídico e condicionam a interpretação das regras e princípios pertencentes a todos os seus ramos. É o que se chama filtragem constitucional ou interpretação conforme a Constituição.¹³²

Em razão desse fenômeno, como afirma Marinoni:

A obrigação do jurista não é mais apenas a de revelar as palavras da lei, mas a de *projetar uma imagem*, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais. Aliás, quando essa correção ou adequação não for possível, só lhe restará demonstrar a inconstitucionalidade da lei – ou, de forma figurativa, comparando-se a sua atividade com a de um fotógrafo, descartar a película por seu impossível encontrar uma imagem compatível.¹³³

O direito processual civil, como ramo do direito público, prende-se igualmente a essa nova sistemática de compreensão do direito e, portanto, deverá ser interpretado e realizado a partir dos princípios e regras fundamentais constitucionais, devendo o intérprete ver o processo da forma que a Constituição Federal quer que o direito processual seja. As normas constitucionais, portanto, estabelecem o *modo de ser* do processo ou o modelo constitucional do processo, sendo do plano infraconstitucional a função concretizadora.¹³⁴

Há dois grandes grupos de normas relativas a processo na Constituição Federal. De um lado, o que se chama de jurisdição constitucional das liberdades públicas ou direito processual constitucional, que reúne modos de tutela jurisdicional diferenciada, destinadas a fazer valer os direitos de cidadania,¹³⁵ tais como as normas que estabelecem o mandado de segurança, o *habeas corpus*, a ação direta de inconstitucionalidade. Há também o que se pode chamar de direito constitucional processual, que é o conjunto de normas de direito processual que se encontra na Constituição,¹³⁶ sendo esse último o que, mais propriamente, representa o modelo constitucional do processo.

¹³¹ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 61.

¹³² COVIC, Carolina Ceccere; KIM, Richard Pae. O direito fundamental a um processo sem dilações indevidas: julgamento antecipado da lide, parcial e *prima facie* como institutos processuais de garantia. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, v. 229, p. 24, mar. 2014.

¹³³ MARINONI, *Curso...* cit., p. 45.

¹³⁴ BUENO, *Tutela...* cit., p. 2 e 4.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 2-3.

¹³⁶ NERY JUNIOR, *Princípios...* cit., p. 45.

É pertinente, portanto, analisar os princípios que fundam e justificam a existência da tutela antecipada de evidência, bem como aqueles que a ela podem se contrapor, buscando encontrar a solução desse tensionamento.

3.1.1 Princípio da efetividade da jurisdição e tutela de evidência

O princípio da efetividade da jurisdição, também chamado de princípio da inafastabilidade da jurisdição ou do acesso à justiça, está positivado no art. 5.º, inc. XXXV, da CF, que dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

O novo CPC repete, em sede infraconstitucional, o comando da Constituição e dispõe em seu art. 3.º que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”, estabelecendo, em seus parágrafos, exceções compatíveis com o referido princípio.

Como foi dito quando tratamos dos conceitos de tutela jurisdicional e ação, o direito fundamental à efetividade da tutela encerra não apenas o acesso ao Judiciário, mas a proteção integral do direito lesado ou ameaçado, que deve ser entregue ao titular como se não tivesse sido necessária a intervenção do Estado, ou seja, sem reduções qualitativas ou quantitativas.

A efetividade da jurisdição representa, desta forma, a redução do binômio “direito e processo”, e o reconhecimento do processo como instrumento voltado à realização concreta do direito material. Em razão desse princípio, o processualista deve, ao interpretar as leis processuais em consonância com a Constituição, voltar os olhos para fora do processo e para busca de finalidades que são exteriores a ele, o que significa, entre outras coisas: a busca por um processo civil de resultados, o fortalecimento dos poderes do juiz, a adoção de técnicas de aceleração da prestação da tutela jurisdicional, a compatibilização entre a cognição e as diversas situações do direito material, e a ampliação da legitimidade ativa para a tutela de direitos e interesses coletivos.¹³⁷

Nesse passo, percebe-se que o direito fundamental à efetividade encerra o direito à tutela diferenciada, que é aquela moldada conforme as necessidades específicas oriundas do direito material tutelado ou das circunstâncias especiais

¹³⁷ BUENO, *Tutela...* cit., p. 10-11.

de cada conflito. A diferenciação da tutela, portanto, seja por meio da cognição parcial, seja por meio da cognição sumária, deve ser vista como um direito fundamental que integra o direito à jurisdição efetiva, exatamente na medida em que a atividade jurisdicional deve ser adequada às necessidades concretas de cada caso.¹³⁸

Dado o conteúdo do referido direito, pode-se afirmar que a técnica da tutela antecipada deriva da Constituição, mais especificamente do aspecto substancial do direito de ação: o direito à ação adequada e o correlato direito à tutela jurisdicional efetiva. Como ensina Mitidiero, entre as várias técnicas processuais cabíveis para a adequada realização da atividade jurisdicional, a técnica antecipatória revela-se um “corolário essencial e inarredável da organização de um processo justo” e, desta forma, como uma “das posições jurídicas que integra o direito de ação como direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva mediante processo justo”.¹³⁹

Tanto assim é que Nelson Nery Junior afirma que se a tutela jurisdicional adequada para o jurisdicionado é medida urgente o juiz deve concedê-la, independentemente de haver lei autorizando-o, e mais, ainda que haja lei proibindo a sua concessão, pois em qualquer uma das hipóteses haveria uma inconstitucionalidade a ser rechaçada no plano do processo.¹⁴⁰

Como foi dito, a efetividade da jurisdição diz respeito à sua aptidão para alcançar resultados práticos equivalentes aos que a parte obteria com o cumprimento espontâneo ou ainda com a autotutela, caso fosse permitida. Nesse sentido, não se duvida da relação da efetividade com os institutos da tutela cautelar e da antecipação da tutela, com fundamento na urgência.

No caso da tutela cautelar, a atuação judicial é condição para garantir proteção ao resultado útil do processo, assegurando a futura fruição de um direito hipotético, pois sem a prestação dessa tutela, a tutela jurisdicional do direito acautelado não se revelaria efetiva.

No caso da técnica da antecipação pela urgência, por seu turno, permite-se que a parte frua do direito afirmado desde logo, pois já demonstrado que a manutenção do alijamento do direito está provocando prejuízos de difícil ou

¹³⁸ MARINONI, *Antecipação...* cit., 2011, p. 133.

¹³⁹ MITIDIERO, *Antecipação...* cit., p. 59-60.

¹⁴⁰ NERY JUNIOR, *Princípios...* cit., p. 187.

impossível reparação. Assim, para que a tutela se revele efetiva, o bem da vida deve ser entregue de forma imediata ao suposto titular, antes de esgotadas as formalidades exigidas pelo devido processo legal. Como se vê, também aqui a tutela antecipada é forma de exercício do direito à efetividade da jurisdição.

A questão que se coloca, contudo, é se a tutela antecipada com base na evidência também presta efetividade à jurisdição. A resposta é afirmativa.

Como se verá adiante, a técnica da tutela antecipada de evidência se relaciona com a distribuição do ônus do tempo. O legislador infraconstitucional identifica particularidades circunstanciais e espécies de direito em que não há razão para impor ao autor o ônus da espera, seja em razão da intensidade da prova oferecida, da alta probabilidade de procedência da pretensão ou da sensibilidade do direito ao decurso do tempo.

Nesses casos, apesar de não haver prejuízo concreto e iminente ao direito ou à pessoa, a adoção da *tutela padrão* impor a espera desnecessária ao titular do direito, fazendo com que a tutela deixasse de ser tempestiva, e, por conseguinte, efetiva.

O que se quer dizer é que a efetividade abrange a exigência de que a tutela seja prestada no menor tempo possível, ou melhor, no menor tempo *necessário* à formação de uma decisão justa. Tanto assim que parte da doutrina afirma corretamente que o princípio da razoável duração do processo não demandava previsão expressa na Constituição, pois já estava contido no princípio do acesso à justiça.¹⁴¹ A tempestividade da tutela, no entanto, não se afere apenas pelo critério da utilidade (é tempestiva, enquanto for útil), mas pelo da economia processual.

Assim, conclui-se que enquanto nos casos de tutela de urgência a efetividade da tutela se realiza pela sua prestação imediata, em razão da verificação de uma *necessidade*, nos casos de tutela de evidência a efetividade se realiza em razão da verificação da *desnecessidade* de sua postergação.

Além disso, deve-se reconhecer que a entrega imediata da tutela ao seu provável detentor tem um inegável poder moralizante da vida jurídica, estimulando as partes, especialmente as recalcitrantes, a passar a cumprir espontaneamente suas obrigações, pois o processo não poderá mais ser usado

¹⁴¹ Ibidem, p. 326.

como forma de manutenção na posse e gozo de bens e direitos que, desde logo se sabe não lhes pertencer, mas apenas representará um ônus e um custo, a ser ao final, por si carregado.¹⁴² Nesse sentido, pode-se dizer ainda que a tutela de evidência possui uma carga de efetividade que extrapola os limites do processo individual e flui para todo o sistema judiciário e para fora dele.

3.1.2 Princípio da razoável duração do processo e tutela de evidência

O primeiro documento de alcance internacional a reconhecer o direito à efetiva e pronta prestação jurisdicional foi a Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950, em seu art. 6.^o.¹⁴³ A Convenção Americana de Direitos Humanos, chamada de Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, também colocou a tutela jurisdicional *tempestiva* entre os direitos humanos nela previstos.¹⁴⁴

Como o Pacto de San Jose foi aprovado pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo n. 27/1992 e mandado executar pelo Decreto n. 678/1992, a

¹⁴² “Demonstra-se, assim, que a tutela de evidência não serve apenas ao interesse da parte. Tem importância para a administração da justiça como um todo, pois constitui uma estratégia de ação para a melhora da qualidade da prestação jurisdicional. Também não é um simples expediente destinado a combater os atrasos da justiça. Muito mais que isso, é um instrumento de moralização da vida jurídica, um instituto destinado a promover verdadeira revolução cultural, um duro golpe para aqueles que lucram com a impunidade gerada pela lentidão do Judiciário. A tutela de evidência tem por escopo, além da proteção da esfera jurídica de um demandante específico, a salvaguarda da honra da justiça” (BODART, *Tutela...* cit., p. 151). Esse propósito parece ter sido amplamente alcançado na França, por meio da *référé*. Segundo Roger Perrot, citado por Marinoni, os resultados do sistema da *provision* foram benéficos, tendo sido desencorajados os maus litigantes que se esforçavam em fazer o processo durar muito tempo, esperando arrancar concessões de seus adversários: “*Grace au ‘référé-provision’, ces méthodes détestables n’ont pas totalement disparu, mais du moins ont elles été sérieusement découragées. À cet égard, le ‘référé provision’ a constitué un immense progrès et il n’est pas excessif d’y voir l’une des meilleures réformes judiciaires des dernières années*” (PERROT, Roger, *Les mesures provisoires en droit français*, in: TARZIA, Giuseppe, *Les mesures provisoires en procédure civile*, p. 168-169 apud MARINONI, *Antecipação...* cit., 2011, p. 275). Em tradução livre: “Graças ao *‘référé-provision’*, estes métodos detestáveis não desapareceram completamente, mas pelo menos foram seriamente desencorajados. Neste sentido, a *‘référé provision’* constituiu enorme progresso e não é exagero ver nele uma das melhores reformas legais dos últimos anos”.

¹⁴³ “Artigo 6.^o. (Direito a um processo equitativo): 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil (...)”.

¹⁴⁴ “Artigo 8. Garantias judiciais: 1. Toda pessoa tem direito a 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 para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

disposição tinha vigência interna. Para parte da doutrina, no entanto, a disposição previa apenas o direito de ser ouvido em prazo razoável, não implicando adoção do princípio para todo o processo.¹⁴⁵

De toda forma, o direito à razoável duração do processo foi introduzido na Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional da Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional n. 45/2004), que incluiu no art. 5.º, o inc. LXXVIII, que assim, dispõe: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Seguindo tal diretriz, o novo CPC, além de prever em seu art. 1.º que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”, previu expressamente o direito à razoável duração do processo, nos textos dos seus arts. 4.º e 6.º.¹⁴⁶

Como dito acima, o direito fundamental à razoável duração do processo está contido no princípio da efetividade da jurisdição, pois só se revela efetiva, justa e adequada a prestação tempestiva da jurisdição. É a conhecida lição de Rui Barbosa, datada do começo do século passado, de que “justiça tardia não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

Inscrito na forma de princípio, tal direito se revela como “diretriz de *celeridade* do julgamento e dos meios que a garantam”, mas “também influencia a *racionalidade da atividade jurisdicional, temperando*, portanto, os demais princípios constitucionais colocados em destaque”.¹⁴⁷

Razoável duração do processo e celeridade, contudo, não se confundem.

O direito fundamental deverá ter por resultado, ao fim e ao cabo, a celeridade processual, mas não se limita a ela. Com efeito, o princípio não proíbe a demora, mas sim a demora injustificada ou que importe perecimento ou o gozo

¹⁴⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 247.

¹⁴⁶ No art. 4.º, o direito aparece contraposto ao Estado, tal como na Constituição Federal: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. Já no art. 6.º, a previsão revela a dimensão horizontal de tal direito, que passa ser oponível a todos os sujeitos processuais, incluindo as próprias partes: “Art. 6.º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

¹⁴⁷ BUENO, *Tutela...* cit., p. 5.

incompleto do direito material. Contém mandamento de que a tutela deve ser efetiva e concedida enquanto for útil e no menor tempo necessário à sua conformação,¹⁴⁸ o que deve ser feito por meio de técnicas processuais diferenciadas e da racionalização das atividades judiciárias.

O direito fundamental à duração razoável do processo obriga, enfim, os três Poderes do Estado, e em especial o Judiciário, a organizarem adequadamente a distribuição da justiça, a equipar de modo efetivo os órgãos judiciários, a compreender e a adotar as técnicas processuais idealizadas para permitir a tutela jurisdicional a tempo e a impedir a prática de atos omissivos ou comissivos que retardem o processo de maneira injustificada.¹⁴⁹

Na linha do posicionamento jurisprudencial da Corte Europeia de Direito do Homem, são três os critérios que podem ser levados em consideração para apreciar a razoabilidade do tempo de um processo concreto: a complexidade do assunto, o comportamento dos litigantes e de seus procuradores e a atuação do órgão jurisdicional.¹⁵⁰

Pode-se definir a duração razoável, portanto, como aquela adequada ao caso concreto, à complexidade do conflito e à dimensão dos bens jurídicos envolvidos, ou, como o “direito a um processo sem dilações indevidas”.¹⁵¹

Apesar de o texto constitucional mencionar que o *processo* deve ter duração razoável, entende-se aqui que a melhor interpretação é a que se preocupa com o tempo para a entrega da *tutela* do direito, finalidade para a qual

¹⁴⁸ CIANCI, Razoável... cit., p. 56.

¹⁴⁹ MARINONI, *Curso...* cit., p. 226. Deve-se, por exemplo, eliminar os tempos mortos do processo, aos quais se referem Andre Vasconcelos Roque e Francisco Carlos Duarte: “O maior problema dentro do processo não está propriamente na duração dos prazos legais ou no número de recursos existentes, mas sim nas chamadas ‘etapas mortas’ do processo, em que não há atividade processual por fatores estruturais da administração da Justiça. Enquanto que a parte tem apenas, por exemplo, 10 dias para se manifestar em réplica, sua petição pode demorar pelo menos uns 2 a 3 meses para ser juntada aos autos” (ROQUE, Andre Vasconcelos; DUARTE, Francisco Carlos. As dimensões do tempo no processo civil: tempo quantitativo, qualitativo e a duração razoável do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, v. 218, p. 352, abr. 2013).

¹⁵⁰ COVIC; KIM, O direito... cit., p. 17.

¹⁵¹ MITIDIERO, *Antecipação...* cit., p. 123. “Com isto, há que se respeitar o ‘tempo fisiológico’, designativo do lapso temporal razoável para a tramitação do processo e impedir que ocorra o ‘tempo patológico’, consistente na procrastinação indevida e desnecessária até se chegar à decisão final, transitada em julgado” (COVIC; KIM, O direito... cit., p. 17).

o processo é meio. Assim, é a prestação da tutela que deve ser feita em tempo razoável, não apenas o processo respectivo.¹⁵²

Nesse sentido, aliás, se encaminhou o novo CPC ao dispor, em seu art. 4.º, que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, *incluída* a atividade satisfativa”.

Ao dispor que a atividade satisfativa deve ser prestada em prazo razoável, o legislador se referiu à realização concreta do direito lesado ou ameaçado, ou seja, à tutela do direito. Se por um lado, isso quer dizer que a fase de execução, quando houver, também obedece aos ditames da razoabilidade da duração, por outro quer dizer que a satisfação pela tutela deverá ser prestada imediatamente sempre que houver algum fundamento para isso, o que justifica a tutela provisória de que aqui tratamos.

O princípio da duração razoável pode ser implementado, no processo civil, por diversas técnicas que aceleram a prestação da tutela, encurtando o curso processual, dispensando certas fases ou antecipando o que viria ao fim. Entre eles, podemos citar a execução de título extrajudicial, o procedimento monitório, o julgamento antecipado da lide e a antecipação da tutela.

Se, porém, o Estado se abster de prestar a tutela de forma antecipada, quando ela se faz necessária (tutela de urgência) ou quando não há razão para não o fazer (tutela de evidência), ele já está impondo ao titular do direito lesado ou ameaçado, que não pode realizar a autotutela, uma espera irrazoável, ou seja, uma demora que não se justifica em termos racionais, e estará violando, com isso, o direito fundamental à razoável duração do processo.

Diante do quanto exposto, conclui-se que a antecipação da tutela em razão da evidência tem por principal fundamento constitucional o direito fundamental à razoável duração do processo. Por meio dela, o Estado presta a tutela de forma imediata em determinadas situações em que não há razão

¹⁵² É o que ensina Nelson Nery Junior: “A garantia constitucional da celeridade e duração razoável do processo (CF 5.º LXXVIII) implica o direito fundamental de o cidadão obter a satisfatividade de seu direito reclamado em juízo, em prazo razoável. O conceito de satisfatividade envolve as tutelas de urgência, de conhecimento e de execução, de sorte que somente estará preenchido o preceito contido na norma comentada, se a sentença, os recursos, o cumprimento da sentença e a satisfação da pretensão estiverem findos em prazo razoável” (NERY JUNIOR; NERY, *Constituição Federal...* cit., p. 247).

suficiente para que o autor a espere, cumprindo, assim, o mandamento da razoabilidade da duração.

Didier Jr., Braga e Oliveira, nesse sentido, lecionam que o direito à duração razoável do processo trata da obrigação do legislador de gerir o ônus do tempo do processo com comedimento e moderação, “considerando-se não só a razoabilidade do tempo necessário para concessão da tutela definitiva, como também a razoabilidade na escolha da parte que suportará o estorvo decorrente, concedendo uma tutela provisória para aquela cuja posição processual se apresenta em estado de evidência e com mais chances de sucesso”.¹⁵³

A razoabilidade da duração, portanto, dimensiona-se também pela razoabilidade na distribuição do ônus do tempo do processo. A parte que litiga de forma temerária, que se contrapõe sem lastro probatório a fatos demonstrados documentalmente, que se baseia em teses rejeitadas pelas Cortes Superiores ou que abusa do direito de defesa atenta contra o direito da parte adversária de obter a tutela do seu direito de forma célere. O Estado, ao imputar o ônus do tempo a essa parte, realiza o direito da outra de obter a tutela de forma tempestiva, sendo a tutela de evidência, portanto, técnica processual que se presta a essa finalidade precípua.¹⁵⁴

Por fim, não se pode deixar de mencionar que o tempo, nos dias de hoje, é percebido de forma diversa do que fora em outras épocas, havendo um sentimento disseminado de urgência, em razão da globalização e da aceleração das comunicações ocorrida nas últimas décadas, em especial e de forma dramática, com o advento da internet. O tempo não é o mesmo de ontem e o conceito de razoabilidade da duração não pode ignorar essa característica contemporânea das demandas sociais: a sociedade exige cada vez mais prontidão nas respostas e nos serviços em todas as searas, incluindo a jurisdicional.

Não se pode ignorar, contudo, que há outros valores envolvidos na atividade jurisdicional, entre os quais o de que a decisão deve ser justa e de que

¹⁵³ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso...* cit., 2015, p. 618.

¹⁵⁴ Como afirma Bruno Bodart, “referido princípio, cuja previsão expressa na Carta Magna adveio com a EC 45/2004, impõe a exata ponderação entre os valores em jogo, a fim de que o ônus dromológico processual recaia sobre a parte que possui menos chances de sair vencedora” (BODART, *Tutela...* cit., p. 69-70).

todos os envolvidos devem ser ouvidos e participar da construção da decisão judicial, valores esses, cujo implemento, em regra, envolve dispêndio de tempo, atuando contra a celeridade almejada. Assim, o Estado deve cuidar para que, sem prejuízo de estar atento às novas demandas colocadas pela sociedade, em especial, a de rapidez nas respostas, não atropele direitos históricos e fundamentais, como o do devido processo legal, o do contraditório e da ampla defesa, sob pena de colocar em risco o Estado Democrático de Direito.

3.1.3 Princípio da isonomia e tutela de evidência

O princípio da isonomia é outro fundamento constitucional relevante que sustenta a legitimidade da antecipação da tutela de evidência.

Expresso no *caput* e no inc. I do art. 5.º da CF, o princípio da isonomia estabelece que

[...] a Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.¹⁵⁵

Contudo, sendo a função precípua da lei exatamente a de dispensar tratamentos desiguais às pessoas, discriminando situações e estabelecendo regimes diferentes para os destinatários, conforme compreendidos nessa ou naquela categoria,¹⁵⁶ torna-se necessário o exame da legitimidade dos critérios de discriminação, os quais deverão sempre estar amparados em uma justificativa racional, que considere, além da adequação abstrata entre o elemento diferenciador e a diferenciação almejada, a correlação lógica entre eles no caso concreto, a qual deverá ser aferida em função dos valores prestigiados constitucionalmente.¹⁵⁷

A isonomia tem ampla aplicação no processo civil. Em primeiro lugar e em termos gerais, o princípio determina que os litigantes devem receber tratamento

¹⁵⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atual., 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 10.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 12.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 22.

igualitário do Estado durante o processo e deverão, por outro lado, ser tratados com distinção naquilo em que forem distintos.

Isto quer dizer que a lei está autorizada a fazer discriminação nos casos em que o *discrimen* for justo e necessário. Nesses casos, na verdade, a lei está obrigada a fazê-lo, sob pena de inconstitucionalidade, exatamente por violação do princípio da igualdade, em sua dimensão substancial, segundo a qual a lei deve tratar desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.¹⁵⁸

A tutela antecipada de evidência se destina, como já dito, a efetivar a redistribuição entre os litigantes do ônus do tempo no processo, o qual, tradicionalmente, é atribuído ao autor, que pede a alteração do *status quo*, afirmando que nele há a violação de um direito, e que, regra geral, arca com o prejuízo decorrente da necessidade de respeito às formalidades constitucionais devidas ao réu. O réu, por sua vez, pede a manutenção desse *status quo* e, em regra, se beneficia dela enquanto o processo não chega ao fim e a tutela não se efetiva.

Trata-se de fórmula um tanto rígida e que aparentemente deriva de uma concepção do princípio do devido processo legal, segundo a qual o Estado não pode invadir a esfera jurídica do réu sem que certas regras sejam previamente respeitadas.

Contudo, dentro da perspectiva atual de um processo voltado para a efetivação do direito material lesado ou ameaçado, nada mais natural que se desenvolvam técnicas aptas a restringirem essa imposição ao autor e que se afeiçoem ao direito fundamental da igualdade, concedendo ao autor que se encontre em situação distinta, um tratamento distinto no que tange à distribuição do ônus do tempo.

Assim, as mesmas técnicas que representam desenvolvimento do princípio da tempestividade da jurisdição agem como diferenciadoras no tratamento dado às partes, fazendo prevalecer durante o curso do processo o direito afirmado pelo autor, em detrimento do afirmado pelo réu, alterando, assim, a distribuição tradicional do ônus do tempo, o qual o processo inarredavelmente sempre imporá a um dos litigantes.

¹⁵⁸ A concessão de prazo em dobro para a Fazenda, para o Ministério Público e para os litisconsortes com advogados diferentes é uma dessas diferenciações que o CPC de 1973 faz com base em elementos empíricos relativos a determinadas condições dessas partes.

Entre essas técnicas estão a do título executivo extrajudicial, do procedimento monitório e da antecipação da tutela de evidência, as quais invertem a ordem tradicional para permitir que, diante de condições pré-determinadas e sem que haja qualquer urgência, o autor possa fruir do bem da vida pretendido, enquanto o processo tem seu curso.

Essas condições pré-determinadas, fixadas na lei de forma casuística, são os elementos que diferenciam o *status* do autor do *status* de outros autores e que justificam, autorizam e obrigam a concessão de um tratamento desigual correspondente, atuando, com isso, o princípio da igualdade na esfera do processo.

É o que leciona Marinoni ao afirmar que

[o] tempo do processo, assim como a produção da prova, deve ser visto como um ônus, que, bem por isso, não pode ser jogado nas costas do autor como se esse tivesse culpa pela demora inerente à discussão da causa. O tempo do processo, para que violada não seja a igualdade, deve ser distribuído entre os litigantes de acordo com a evidência do direito.¹⁵⁹

No caso da tutela antecipada de evidência, os elementos diferenciadores eleitos pelo legislador do novo CPC foram a prova pré-constituída, a espécie do direito material tutelado, a fixação de entendimento favorável em sede de julgamento vinculante e o abuso do direito de defesa do requerido.

3.1.4 Tutela provisória de evidência e a violação ou não dos princípios do devido processo legal e contraditório

¹⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Duração razoável do processo mediante o novo CPC. Disponível em:

https://www.academia.edu/12417514/DURA%C3%87%C3%83O_RAZO%C3%81VEL_DO_PROCESSO_MEDIANTE_O_NOVO_CPC_?auto=download&campaign=weekly_digest. Acesso em: 23.05.2015. No mesmo sentido é o pensamento de Daniel Mitidiero, para quem: “Um processo sem técnica antecipatória atípica está fadado a deixar nas costas do demandante invariavelmente todo o peso que o tempo representa na vida do processo. Como a duração de todo e qualquer processo prejudica o demandante que tem razão e beneficia o demandado que não a tem em idêntica medida, a ausência de técnica antecipatória atípica, além de privilegiar determinadas posições sociais em detrimento de outras, representa grave quebra da igualdade de todos perante a ordem jurídica. Demandante e demandado têm de arcar com o peso que o tempo representa no processo de acordo com a maior ou menor probabilidade da posição jurídica por eles defendida em juízo. Fora daí há ofensa à igualdade e, portanto, enfraquecimento de um dos fundamentos em que assentado o Estado Constitucional” (MITIDIERO, *Antecipação...* cit., p. 67).

Numa análise superficial dos institutos, poder-se-ia entender que a tutela antecipada de evidência representa violação dos princípios do contraditório e do devido processo legal, na medida em que autoriza a prolação de decisão invasiva da esfera jurídica do requerido sem a oitiva e participação prévias dele.

Essa conclusão, contudo e conforme veremos, não deve ser aceita.

3.1.4.1 Devido processo legal e tutela de evidência

O direito fundamental ao devido processo legal está inscrito no art. 5.º, inc. LIV, da CF, e determina que o processo deve se desenvolver, segundo as normas estabelecidas no ordenamento, segundo o seu “modelo de agir”, tratando-se, na verdade, de um “princípio-síntese” ou “princípio de encerramento”, pois reúne em si todos os valores relativos à formação de um processo justo e adequado.¹⁶⁰

A doutrina indica a Magna Carta, de 1215, como sendo a origem do instituto ao mencionar a *law of the land*. A expressão *due process*, posteriormente consagrada, foi usada pela primeira vez, no *Statute of Westminster of the Liberties of London*, na lei inglesa de 1354, de Eduardo III. Nos Estados Unidos, a garantia foi prevista nas Constituições de Maryland, Pensilvânia e Massachusetts, antes de ser prevista na Constituição do país, de 1787.¹⁶¹

Conforme escólio de Nelson Nery Junior, num sentido mais amplo, o princípio do devido processo legal diz respeito ao trinômio vida, liberdade e propriedade, representando o direito de tutela desses bens da vida.¹⁶²

No sentido substantivo, por sua vez, o devido processo legal disciplina a questão dos limites do poder governamental e estabelece a “imperatividade de o Legislativo produzir leis que satisfaçam o interesse público, traduzindo-se essa tarefa no *princípio da razoabilidade das leis*”,¹⁶³ segundo o qual o Judiciário pode controlar as leis que não forem razoáveis.

¹⁶⁰ BUENO, *Curso...* cit., p. 128-129.

¹⁶¹ NERY JUNIOR, *Princípios...* cit., p. 93-94.

¹⁶² *Ibidem*, p. 96.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 98.

Por fim, em seu aspecto processual (*procedural due process*), o princípio é entendido como o conjunto de garantias constitucionais que asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e promovem o correto exercício da jurisdição.¹⁶⁴ É, em suma, o direito a um processo justo, o qual pressupõe a observância da isonomia, contraditório, ampla defesa, fundamentação das decisões, juiz natural, direito ao silêncio, duração razoável, enfim, a todos os direitos previstos aos litigantes.¹⁶⁵ Se um desses direitos for violado, o direito ao devido processo também o estará sendo.

O que se conclui, portanto, é que a atuação da jurisdição está atrelada ao respeito de determinadas garantias, sob pena de tornar-se ilegítima. As esferas de liberdades e direitos patrimoniais de todo cidadão não são imunes à interferência do Estado, mas essa atuação não é livre, obedece a um método próprio, que é o processo devido.

Ovídio Araújo Baptista da Silva observa, contudo, que o devido processo legal não pode ser tido como um privilégio do demandado. O autor da ação tem igualmente direito ao devido processo legal, o qual, se não assegurar a real e efetiva realização prática do direito lesado, não pode receber esse nome. Como bem questiona o professor gaúcho:

Um processo capenga, interminável em sua exasperante morosidade, deve ser reconhecido como um “devido processo legal”, ao autor que somente depois de vários anos logre uma sentença favorável, enquanto se assegura ao réu, sem direito nem mesmo verossímil, que demanda em procedimento ordinário, o “devido processo legal”, com “plenitude de defesa”?¹⁶⁶

O processo devido deve ser lido, portanto, também em relação ao autor, como o adequado às necessidades e particularidades do caso concreto. Assim, somente o processo que presta tutela adequada pode ser tido como devido. O processo executivo, por exemplo, é o devido diante da existência do título executivo; a antecipação de tutela de evidência é o processo devido, diante da

¹⁶⁴ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *Teoria...* cit., p. 101.

¹⁶⁵ NERY JUNIOR, *Princípios...* cit., p. 104-105.

¹⁶⁶ SILVA, A “plenitude de defesa”... cit., p. 154.

probabilidade qualificada; a *tutela padrão*, por fim, é o processo devido, diante da incerteza.¹⁶⁷

Assim, numa acepção contemporânea, o *due process of law* não representa apenas a exigência de obediência às normas processuais, atingindo a própria construção dessas normas, que deverão ser aptas à satisfação das necessidades concretas de cada caso, promovendo a flexibilidade, adaptação e adequação dos procedimentos, a fim de garantir a efetividade da tutela.¹⁶⁸ Dessa forma, pode-se dizer que a autorização de prolação de decisão mediante cognição sumária não é senão forma de realização da exigência de adequabilidade do processo, representando, pois, não uma violação, mas uma exigência do chamado devido processo.¹⁶⁹

Por tudo que se disse, tem-se que para que a tutela antecipada de evidência seja adequada ao devido processo legal, em todas as suas acepções, é necessário que esteja prevista nos instrumentos normativos pertinentes e que seja razoável e consentânea com os direitos e garantias fundamentais ao caso aplicáveis.

Todos esses requisitos são atendidos pelo instituto tal como concebido pelo legislador, pois está previsto no sistema por meio de lei, a cujos limites o juiz estará sempre vinculado, e suas hipóteses de cabimento justificam-se racionalmente, representando a distribuição adequada dos ônus do decurso do tempo no processo, sendo, portanto, consentâneo com a realização de valores processuais fundamentais.

¹⁶⁷ FUX, *Tutela...* cit., p. 319. “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” (ibidem, p. 321-322).

¹⁶⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no Projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, v. 233, p. 77, jul. 2014.

¹⁶⁹ “O direito à cognição adequada à natureza da controvérsia faz parte, ao lado dos princípios do contraditório, da economia processual, da publicidade e de outros corolários, do conceito de ‘devido processo legal’, assegurado pelo art. 153, § 4.º, da Constituição Federal. ‘Devido processo legal’ é, em síntese, processo com procedimento adequado, realização plena de todos esses valores e princípios” (WATANABE, *Da cognição...* cit., p. 93-84).

3.1.4.2 Contraditório e tutela de evidência

O direito ao contraditório, por sua vez, é previsto expressamente em nosso ordenamento, no art. 5.º, inc. LV, da CF, e constitui a garantia central do chamado processo justo. Em termos ontológicos, “é a expressão de toda a estrutura dialética do processo e de como validamente se forma, presente durante todo o procedimento”,¹⁷⁰ razão pela qual não é direito apenas do réu, mas de todas as partes e inclusive de terceiros.

Na doutrina tradicional costuma-se conceituar o contraditório no binômio informação e reação, ciência e resistência, sendo o primeiro indispensável e o segundo eventual.¹⁷¹ O aspecto ciência ou informação diz respeito ao dever do Estado de dar conhecimento às partes a respeito de cada ato processual que é realizado pelo juiz e pelas demais partes, consubstanciando-se nos atos de citação, de intimação e de amplo acesso ao processo. O aspecto reação, resistência ou oportunidade é a dimensão do dever do Estado de permitir às partes a intervenção no processo, manifestando-se e tentando produzir a comprovação de seus argumentos,¹⁷² posicionando-se sobre cada questão que foi colocada em discussão e colocando em discussão as questões que lhe interessarem.

Mais modernamente, porém, o conceito foi estendido, passando a ser considerado um trinômio, tendo se somado à ciência e à resistência a dimensão da consideração judicial, que é o direito de influenciar na formação da convicção do magistrado ao longo de todo o processo e o dever do Estado-juiz de garantir previamente amplas e reais possibilidades de participação daqueles que sentirão os efeitos da decisão¹⁷³ ou, em outras palavras, é o direito de “fazer-se escutar”, de ter seus argumentos ouvidos e considerados pela autoridade judicial. Essa terceira dimensão do princípio se volta especialmente ao juiz, que deixa de apenas velar pelo contraditório e passa a se submeter a ele.¹⁷⁴

O que é importante extrair, de todo modo, é a existência de três estágios cronologicamente ordenados, que pautam a relação do Estado-juiz com a parte,

¹⁷⁰ FERREIRA, *Princípios...* cit., p. 45.

¹⁷¹ BUENO, *Curso...* cit., p. 131.

¹⁷² FERREIRA, *Princípios...* cit., p. 46.

¹⁷³ BUENO, *Curso...* cit., p. 131.

¹⁷⁴ MITIDIERO, *Antecipação...* cit., p. 119.

conferindo deveres ao primeiro e direitos à segunda, e que somente atendem ao comando constitucional quando culminam na consideração efetiva pelo magistrado do que foi dito e produzido.

Vale também anotar que o princípio do contraditório não pode deixar de ser visto ainda como forma de expressão do princípio democrático dentro do sistema de justiça e, como tal, fonte de legitimação do processo como método de atuação estatal. Com efeito, o contraditório é a expressão jurídica da ideia plantada no mundo político de que o exercício do poder só se legitima quando preparado por atos idôneos segundo a Constituição e a lei, com a participação dos sujeitos interessados,¹⁷⁵ sendo a realização concreta, em juízo, das opções políticas do legislador sobre o modelo de Estado adotado pela Constituição e a forma pela qual se efetivam os princípios democráticos da República, que viabiliza ampla participação no exercício das funções estatais.¹⁷⁶

Por fim, observa-se que o contraditório pode ser exercido de forma prévia, diferida ou eventual. O contraditório prévio é a regra e por ele o juiz ouve as partes, considera o que foi dito e produz um provimento. No contraditório diferido, o juiz produz um provimento provisório, possibilita a oitiva das partes e, então, chega a um provimento definitivo. Por fim, no contraditório eventual, existe um provimento definitivo, o qual poderá ser revisto, caso haja pedido expresso do destinatário, em outro processo. São os casos da *tutela padrão*, da tutela antecipada e da técnica do título executivo extrajudicial, respectivamente.

Ainda que o contraditório prévio seja a forma geral e mais ampla de atuação do princípio, os contraditórios diferido e eventual não deixam de ser formas legítimas e admitidas de seu exercício, até porque são aplicáveis em casos que os justificam e não importam restrição à extensão do direito, mas apenas ao momento do exercício.

Não há, assim, que se falar em violação do direito ao contraditório nesses casos, pois, como foi dito, o princípio não se restringe ao contraditório prévio, sendo totalmente consentânea com o seu exercício a inversão procedimental que viabiliza o cumprimento de outros direitos e difere o contraditório no tempo.

¹⁷⁵ DINAMARCO, *Fundamentos...* cit., t. I, p. 517.

¹⁷⁶ BUENO, *Curso...* cit., p. 132. Nesse sentido: RAMOS, Rodrigo. O contraditório no novo CPC: notas sobre o desenvolvimento do princípio no âmbito infraconstitucional. In: ARRUDA ALVIM, Thereza et al (coord.). *O novo Código de Processo Civil brasileiro. Estudos dirigidos: sistematização e procedimentos*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015. p. 255-258.

Nos casos de tutela antecipada, o contraditório estará sempre preservado, até porque a tutela definitiva só será proferida após o seu amplo e irrestrito exercício. A prolação de um provimento provisório apenas adequa o procedimento às necessidades e particularidades do caso concreto, sendo, portanto, exigências provenientes do exercício de outros direitos, que conformam o devido processo legal.¹⁷⁷

3.1.4.3 Colisão de princípios, proporcionalidade e ponderação

Ainda que se compreenda, porém, que a técnica da tutela antecipada de evidência representa uma mitigação dos direitos ao devido processo legal e ao contraditório, essa modificação no modo e intensidade do exercício de um direito é admitida pelo sistema, tendo em vista que se trata de direitos expressos na forma de princípios.

De forma breve, pode-se dizer que, no pós-positivismo, as normas se dividem em princípios, regras e postulados.

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção.

Como se vê, os princípios são normas imediatamente finalísticas. Eles estabelecem um fim a ser atingido.¹⁷⁸

¹⁷⁷ “O direito à tutela adequada e efetiva e o direito ao contraditório compõem no mesmo nível normativo o direito ao processo justo. Configurados os pressupostos para antecipação da tutela, o contraditório tem de ser postergado para depois da concessão da medida, sob pena de violado o direito à tutela adequada e efetiva dos direitos da parte” (MITIDIERO, *Antecipação...* cit., p. 122-123).

¹⁷⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 102. Importante observar que os princípios passaram a ter força normativa e a vincular seus destinatários: “E, por fim, na fase pós-positivista, os princípios se elevaram para o plano constitucional e se tornam os responsáveis pela base em que se sustenta todo ‘o feixe de posições jurídicas’, a incluir dentro deste sistema, os princípios e as regras, sejam elas constitucionais ou infraconstitucionais” (COVIC; KIM, *O direito...* cit., p. 25).

Os postulados, por sua vez, disciplinam a aplicação de outras normas, estabelecendo a forma como devem ser compatibilizadas.¹⁷⁹ Isso acontece porque, como assinalado, os princípios são normas que, em vez de estabelecer condutas, impõem um estado ideal de coisas a alcançar um fim a ser atingido, sendo possível que, diante de finalidades que não se alcançam concomitantemente, seja necessária a identificação de qual valor deve prevalecer naquela circunstância concreta, o que se resolve por meio dos postulados.

Como os direitos fundamentais estão expressos na forma de princípios, eles possuem essa “reserva geral de compatibilização com outros direitos fundamentais”,¹⁸⁰ que nada mais é do que uma limitação inerente à própria condição de princípio e que autoriza a mitigação na forma de seu exercício, diante da necessidade de solução de um conflito axiológico com outro direito, também expresso por um princípio. Disso resulta que, ao contrário do que ocorre com as regras, que se revogam umas às outras, havendo conflito entre princípios, não haverá a revogação daquele que não se tiver por preponderante, pois “eles *convivem* uns com os outros mesmo quando se encontrem em estado de total colidência. Eles não se revogam, mas preponderam, mesmo que momentaneamente, uns sobre os outros”.¹⁸¹

O postulado da proporcionalidade consiste na determinação da forma como esse sacrifício de um direito pode ser realizado, em prol do exercício de um outro, ou “o limite da satisfação lícita de um interesse à custa de outro

¹⁷⁹ “Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau. Nesse sentido, sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente a interpretação de outras normas. Por trás dos postulados, há sempre outras normas que estão sendo aplicadas. Não se identificam, porém, com as outras normas que também influenciam outras, como é o caso dos sobreprincípios do Estado de Direito ou da segurança jurídica. Os sobreprincípios situam-se no nível das normas objeto de aplicação. Atuam sobre outras, mas no âmbito semântico e axiológico e não no âmbito metódico, como ocorre com os postulados. Isso explica a diferença entre sobrenormas (normas semântica e axiologicamente sobrejacente, situadas no nível do objeto de aplicação) e metanormas (normas metodicamente sobrejacentes, situadas no metanível aplicativo)” (ÁVILA, *Teoria...* cit., p. 164).

¹⁸⁰ MARINONI, *Antecipação...* cit., 2011, p. 203.

¹⁸¹ BUENO, *Tutela...* cit., p. 6.

também digno de tutela”.¹⁸² Exige a escolha de meios adequados, necessários e proporcionais para a realização dos fins do Estado.¹⁸³

Teori Albino Zavascki relaciona quais são os critérios que devem ser observados na mencionada operação: a) princípio da necessidade, pelo qual a regra de solução somente deve ser aplicada diante de um conflito real, em que a convivência dos princípios não seja possível; b) princípio da menor restrição possível, pelo qual a restrição não deve ir além do indispensável à harmonização pretendida; e c) princípio da salvaguarda do núcleo essencial, pelo qual não é legítima a eliminação total ou a exclusão da substância elementar de um dos princípios.¹⁸⁴ Em outras palavras, pode-se dizer que “o núcleo central do juízo de ponderação consiste em dar preferência a solução que importe a menor lesão ao princípio restringido, e a mais urgente e vigorosa tutela ao princípio protegido”.¹⁸⁵

Em todos os casos de tutela antecipada, como se disse, entende-se haver exercício regular dos direitos fundamentais ao contraditório e ao devido processo legal, ainda que de forma diferenciada, especialmente, porque os provimentos são proferidos em caráter provisório, podendo ser revogados ao fim do procedimento. Além disso, eles não podem ser deferidos em caso de irreversibilidade, seu emprego deve estar fundamentado e são sempre recorríveis.

De toda forma, deve-se reconhecer que, em alguns casos, haverá uma tensão entre esses direitos do réu (contraditório e devido processo legal) e os direitos fundamentais do autor (efetividade, a tempestividade e a isonomia),¹⁸⁶ a qual deverá ser resolvida com o exercício dos postulados da proporcionalidade e da ponderação, que definirá se, nesses casos, é lícito privilegiar alguns direitos sobre outros. A doutrina tem entendido que, no caso da tutela antecipada, a

¹⁸² MARINONI, *Antecipação...* cit., 2011, p. 201-202.

¹⁸³ “Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca” (ÁVILA, *Teoria...* cit., p. 201-202).

¹⁸⁴ ZAVASCKI, *Antecipação...* cit., p. 65.

¹⁸⁵ CAMBI, *Neoconstitucionalismo...* cit., p. 93.

¹⁸⁶ Cassio Scarpinella Bueno identifica o tempo como o elemento da tensão: é indispensável para o exercício da ampla defesa, do contraditório, do desenvolvimento do devido processo; porém, muitas vezes é lesivo aos direitos da efetividade, tempestividade e isonomia (BUENO, *Tutela...* cit., p. 7).

restrição aos direitos do contraditório e do devido processo legal encontra justificativa razoável. Cassio Scarpinella Bueno, por exemplo, afirma que:

[...] a tutela antecipada é instituto que, por definição, prestigia muito mais o autor do que o réu; é instituto que, depois de séculos de tradição de um processo que, em nome do contraditório e da segurança jurídica que ele representa, prestigiou muito mais a posição ocupada pelo réu, prestigia o autor. O que ocorre é que o “devido processo legal” e o “contraditório”, enquanto princípios e garantias típicas da atuação do réu em juízo, tendem a ser diferidos, postecipados, postergados, deixados para depois (mas não deixados de lado), enquanto a hora é de, por necessidades práticas devidamente analisadas e estudadas pelo juiz diante do caso concreto, dar espaço à incidência do princípio da efetividade da jurisdição e dos meios que garantam a celeridade da atuação jurisdicional. Daí a ideia de preponderância desse princípio sobre aqueles e não de *revogação* ou *aniquilação*.¹⁸⁷

Na linha da lição do processualista da PUC-SP, conclui-se que há fundamento constitucional suficiente para as restrições operadas no exercício dos direitos ao contraditório e ao devido processo legal, em todos os tipos de antecipação de tutela, em razão dos direitos fundamentais nos quais elas encontram fundamento e com base na aplicação do postulado da proporcionalidade.

3.2 Breve notícia da origem histórica

3.2.1 Tutela de evidência

A tutela de evidência, como se verá, é classificação derivada da qualificação das provas existentes ou dos direitos tutelados, extrapolando a classificação da tutela antecipada, que deriva do momento da prestação da tutela. A tutela de evidência pode ser exercida na forma de tutela antecipada e entre os tipos de tutela antecipada está a tutela antecipada de evidência. A antecipação da tutela de evidência, portanto, é a área de intersecção de dois grupos distintos de tutelas, o da tutela de evidência e o da tutela antecipada.

¹⁸⁷ BUENO, *Tutela...* cit., p. 8.

A tutela de evidência, segundo Luiz Fux, tem sua origem ligada aos interditos romanos, procedimentos expeditos de satisfação imediata, previstos para mais de 70 casos. Tais interditos envolviam a expedição de ordens definitivas, sem posteriores indagações sobre os fatos, porque baseados na evidência do direito do postulante. Posteriormente, essa sistemática expandiu-se pelo direito europeu.¹⁸⁸

Eduardo Talamini aponta a origem dos interditos na necessidade de proteção de determinadas situações não abrangidas pelas normas do *ius civile*, que autorizaram os pretores a usar de meios complementares de tutela. “Através do interdito, o pretor expedia ordem a pedido de um particular para que outro particular fizesse (interdito restitutivo e exhibitivo) ou deixasse de fazer algo (interdito proibitivo)”.¹⁸⁹

Uma das características dos interditos era a sumariedade da cognição, estando o pretor autorizado a presumir a veracidade das alegações de fato apresentadas pelo requerente. Isso fazia com que o interdito concedido se tornasse definitivo. Se a ordem não fosse cumprida, então se instaurava o procedimento pela via ordinária, sendo que bastava o descumprimento para que surgisse a necessidade de investigação a respeito da veracidade dos fatos que deram ensejo ao interdito.¹⁹⁰

No período denominado Baixa Idade Média, especialmente nas cidades italianas, ocorreram reformas processuais com a finalidade de dar rapidez e eficiência ao processo, em reação à lentidão e complexidade do rito ordinário. Essas modificações eram preponderantemente relacionadas à simplificação ou sumarização do procedimento e não da cognição, mas “nessa mesma época, desenvolveram-se também os ‘processos sumários determinados’ – com cognição superficial, parcial ou mesmo inexistente acerca do mérito da pretensão posta em juízo”, sendo exemplos a serem mencionados a execução *per officium iudicis* da sentença condenatória e a criação da execução fundada em instrumentos de dívida lavrados perante o tabelião (*instrumenta guarentigiata*), a qual se iniciava já com a prática de atos constritivos sobre o patrimônio do

¹⁸⁸ FUX, *Tutela...* cit., p. 324-325.

¹⁸⁹ TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitoria: a “ação monitoria”* – Lei 9.079/95. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 30-31.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 31.

devedor, que haveria de, tendo razões para tanto, vir a suspender a atividade executiva.¹⁹¹ Em todos esses casos, a evidência do direito representado de forma específica dava ensejo à uma modificação procedimental que permitia a entrega mais célere da tutela jurisdicional.

No Brasil, defendeu-se a adoção dos interditos, criando-se a doutrina da “posse dos direitos pessoais”, sob a orientação de Rui Barbosa, e também o uso do *habeas corpus* para defesa da posse de qualquer espécie de direito, tendo a tese tido alguma acolhida na jurisprudência, conforme se pode ver das decisões do STF nos HC 2.794, HC 2.797, RHC 2.799 e HC 2.990, em que se entendeu que o *habeas corpus* poderia ser usado para tutela de direito distinto do de locomoção.¹⁹²

Com a revisão constitucional de 1926, porém, o *habeas corpus* acabou voltando a ter sua feição original, restrita à defesa do direito de locomoção, o que ensejou a criação do mandado de segurança na Constituição de 1934, com o rito célere dos interditos e a feição constitucional do *habeas corpus*.¹⁹³

Segundo Luiz Fux, a partir da referida evolução e da criação do mandado de segurança, o direito brasileiro se manteve fiel à doutrina dos interditos como técnica de proteção do direito evidente. Segundo o doutrinador e Ministro do Supremo Tribunal Federal, o Código Civil de 1916 contemplava uma “gradação da evidência”, caminhando do direito à autotutela para a ordinariedade, passando pela sumariedade da cognição. A própria diferença procedimental da tutela possessória denotaria, segundo o professor fluminense, “uma eleição no direito nacional por uma tutela diferenciada, conforme seja ou não evidente o direito alegado”.¹⁹⁴

¹⁹¹ Ibidem, p. 32. Para José Aurélio de Araújo, a origem da tutela de evidência fundada em prova documental está no *processus summarius executivus* (ARAÚJO, José Aurélio de. Introdução ao sistema de tutelas cognitivas sumárias do projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, v. 206, p. 215, abr. 2012.). Luiz Fux vislumbra ser a evidência do direito que autoriza a autotutela, no âmbito da tutela da posse, o que poderia representar a origem mais remota do instituto (FUX, *Tutela...* cit., p. 325), porém, em tal caso, diversamente dos demais, não se trata de fundamento para uma diferenciação da prestação da tutela jurisdicional.

¹⁹² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Manual do mandado de segurança*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 3-5.

¹⁹³ FUX, *Tutela...* cit., p. 327.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 328.

3.2.1.1 Considerações sobre a *référé* do direito francês

Sem a pretensão de traçar um quadro de direito comparado sobre o tema, algumas considerações sobre a *référé* do direito francês parecem ser pertinentes, em razão da nítida influência por ela exercida sobre o instituto da tutela provisória de evidência existente no Brasil.

Como registra Daniel Mitidiero, a tutela antecipada de evidência propriamente é prevista por poucas legislações,¹⁹⁵ destacando-se entre elas, o *Code de Procédure Civile* francês, com a possibilidade do *référé provision*, além, é claro, do Código de Processo Civil brasileiro, de 1973, com a previsão da tutela antecipatória à vista de defesa inconsistente.¹⁹⁶

As *référés* do direito francês foram herdadas do processo romano-canônico, fundam-se em cognição sumária, são provisórias, revogáveis e imediatamente executáveis. Uma característica marcante é a de que são proferidas por um juiz diverso do responsável pelo processo principal, tratando-se de uma jurisdição específica, a jurisdição provisória. Como não há obrigação

¹⁹⁵ MITIDIERO, *Antecipação...* cit., p. 135. Segundo Ada Pellegrini Grinover, “formas específicas de tutela antecipada são conhecidas em todos os países pesquisados, sobretudo em matéria de direito de família (alimentos provisórios, guarda dos filhos, etc.), de posse (com os vários interditos), de direito societário (decisões assembleares), etc.”. A tutela antecipada genérica, contudo, cabível na presença de certos requisitos e após cognição mais ou menos superficial, independentemente do direito material tutela, é instituto existente em poucos países, entre os quais, o Brasil, a Argentina e a Itália (GRINOVER, *Tutela...* cit., p. 14).

¹⁹⁶ Segundo Artur César de Souza, a tutela de evidência é conhecida também no direito italiano, como *tutela sumária*, uma vez que o ordenamento jurídico italiano distingue a tutela sumária da tutela sumária cautelar, sendo a primeira cabível nos casos em que o perigo de dano é *in re ipsa* (SOUZA, *Análise...* cit., p. 152). Jorge Peyrano observa a existência de tutela de evidência no art. 200 do Código Geral de Processo do Uruguai, a qual, contudo, é circunscrita à tramitação dos recursos em segunda instância (PEYRANO, Jorge W. *Novedades procesales – La tutela de evidencia. Revista de Proceso*. São Paulo: Ed. RT, v. 189, p. 268, nov. 2010). Dispunha o referido artigo, mencionado por Peyrano: “Decisión anticipada- 200.1 En segunda instancia los cuerpos colegiados podrán resolver en cualquier momento, el estudio en el acuerdo por unanimidad de votos y en los casos siguientes: 1) Si se tratare de cuestiones simples o reiteradamente consideradas por el tribunal; 2) Si existiere jurisprudencia del tribunal sobre el caso y éste decidiere mantenerla; 3) Si hubieren manifiestas razones de urgencia; 4) Si fuere evidente la finalidad de retardar innecesariamente el proceso”. O art. 200, contudo, foi modificado pela Ley n. 19.090, de 14.06.2013, passando a autorizar a decisão antecipada em qualquer situação, desde que haja unanimidade a respeito da desnecessidade da prova. Dispõe o novo artigo: “200.1 En segunda instancia, los cuerpos colegiados podrán resolver, en cualquier momento, el estudio en el Acuerdo por unanimidad de votos, aunque se hubiere ofrecido prueba. En este último caso, deberá fundar las razones para prescindir de la prueba. La integración del tribunal por discordia no obstará al dictado de decisión anticipada” (disponível em: <<http://www.impo.com.uy/bases/codigo-general-proceso/15982-1988>>).

de propositura da ação principal, é possível, e comum, que o juízo provisório acabe se tornando definitivo, ao menos em termos práticos.¹⁹⁷

É, portanto, um processo completamente autônomo em relação ao processo de fundo,¹⁹⁸ sendo bastante próximo do que pretende ser a forma antecedente de tutela antecipada no novo CPC, inclusive, com respeito à possibilidade de estabilização.

Dividem-se em *référé-urgence*, quando servem para prevenir um dano iminente ou fazer cessar um ilícito manifesto, e *référé-provision*, quando tratam da contestação sem seriedade. Servem tanto para conservação como para satisfação do direito debatido em juízo, sendo, portanto, categoria que engloba a tutela antecipada e a tutela cautelar.¹⁹⁹

O *référé* se aplicava originalmente aos casos urgentes. Posteriormente, sua aplicação foi ampliada para compensar a demora nos julgamentos,²⁰⁰ hipótese em que autoriza a antecipação, quando “*l’obligation ne soit pas sérieusement contestable*”, conforme dispõem os arts. 771 e 809 do Código de Processo Civil francês,²⁰¹ sendo que, “[a] contestação deve ser tida como não

¹⁹⁷ PAIM, Gustavo Bohrer. O *référé* francês. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, v. 203, p. 101-102, jan. 2012. Anota o autor: “O procedimento do *référé* é extremamente rápido e simplificado, desprovido de qualquer formalismo supérfluo, encontrando limite no essencial respeito ao princípio do contraditório e na possibilidade de o juiz do *référé*, diante de uma controvérsia complexa, enviá-la para uma formação colegial da jurisdição competente. Não é mais necessária a constituição de advogado. Cita-se o demandado para comparecer a uma audiência, com data e hora precisas, devendo-se assegurar que, entre a citação e a audiência, haja tempo suficiente para que o réu prepare sua defesa. É possível que a citação seja para comparecer a qualquer momento, inclusive na hora seguinte, seja dia útil ou feriado, dia ou noite, na sala de audiência, no gabinete do magistrado ou, até mesmo, em sua residência. O procedimento será concluído com uma decisão provisória, que não tem autoridade de coisa julgada” (ibidem, p. 105).

¹⁹⁸ THEODORO JÚNIOR, Tutela antecipada... cit., p. 137.

¹⁹⁹ MITIDIERO, *Antecipação...* cit., p. 70-73.

²⁰⁰ LEONEL, Ricardo de Barros. Direito processual civil francês. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex Ed., 2010. p. 131.

²⁰¹ “Article 771. [...] 3. *Accorder une provision au créancier lorsque l’existence de l’obligation n’est pas sérieusement contestable*. Le juge de la mise en état peut subordonner l’exécution de sa décision à la constitution d’une garantie dans les conditions prévues aux articles 517 à 522; [...]”. “Article 809. Le président peut toujours, même en présence d’une contestation sérieuse, prescrire en *référé* les mesures conservatoires ou de remise en état qui s’imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. *Dans les cas où l’existence de l’obligation n’est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l’exécution de l’obligation même s’il s’agit d’une obligation de faire*” (disponível em:

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=BA08CDB1F5FA85AAAC31610FB8105B93.tpdila09v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006149697&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20150523>). Em tradução livre: “Artigo 771. [...] 3. Conceder um provimento para o credor, quando a existência da obrigação não foi seriamente contestada. O juiz dessa fase pode

séria quando não haja qualquer dúvida razoável acerca da solução (no sentido da existência do crédito) que daria o juízo de mérito a questão, de fato e de direito, caso investido da controvérsia”.²⁰²

Trata-se, portanto, como se vê, de instituto próximo ainda ao da antecipação de tutela de evidência em razão do abuso de defesa.²⁰³

3.2.2 Tutela antecipada no Brasil

No Brasil, a tutela antecipada já era autorizada em procedimentos especiais, sem a necessidade de urgência, como no caso das tutelas possessórias, dos alimentos provisórios e da ação de despejo. Apesar de não ser prevista para neutralizar os casos de urgência, era concedida com essa finalidade, de forma atípica, por meio do uso das chamadas cautelares inominadas.

A reforma de 1994 do Código de Processo Civil, por meio da Lei n. 8.952, de 13 de dezembro, conduziu a sua positivação e sistematização, por meio do estabelecimento de hipóteses, nas quais os efeitos da tutela pretendida poderiam ser antecipados, diante do risco de dano ou da conduta abusiva da defesa, não se fazendo restrição aos tipos de direito tutelado. Obedecendo as linhas teóricas estabelecidas por Ovídio Araújo Baptista da Silva, o ordenamento passava a ter uma vacina processual contra os danos do tempo e excluía do âmbito das cautelares aquilo que a elas não era pertinente, a satisfatividade.

A antecipação de tutela, desde o início, foi prevista para duas hipóteses, a de urgência, em razão do perigo de dano, e de abuso do direito de defesa.

A Lei n. 8.952/1994, nos moldes do que fazia o Código de Defesa do Consumidor, inseriu no Código de Processo Civil a antecipação da tutela para

condicionar a execução de sua decisão à constituição de uma garantia, tal como previsto nos artigos 517-522; [...]”.

“Artigo 809. O Presidente pode sempre, mesmo na presença de uma disputa séria, decretar medidas preventivas ou de reabilitação que são necessárias tanto para evitar danos iminentes ou para interromper um incômodo manifestamente ilegal. Nos casos em que a existência da obrigação não for seriamente contestada, pode conceder um provimento ao credor ou ordenar a execução da obrigação, mesmo que seja o dever de fazer”.

²⁰² PAIM, O *référé*... cit., p. 113. No mesmo sentido: BODART, *Tutela*... cit., p. 103.

²⁰³ Nesse sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. O direito à duração razoável do processo: entre eficiência e garantias. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, v. 223, p. 50, set. 2013. Deve ser assinalada, por fim, a existência institutos similares ao *référé* na Bélgica e na Itália, essa introduzida pela reforma de 2005 (THEODORO JÚNIOR, *Tutela antecipada*... cit., p. 143 e 145).

os casos de obrigações de fazer ou não fazer (art. 461, § 3.º) e, posteriormente, a Lei n. 10.444/2002 veio estender a possibilidade desta medida para as ações que tivessem por objeto a “entrega de coisa” (art. 461-A do CPC).

A mesma Lei n. 10.444, de 2002, promoveu a inclusão do § 6.º do art. 273 do CPC, segundo o qual a tutela antecipada também poderia ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrarem-se incontrovertidos, prevendo-se, assim, mais uma hipótese de antecipação sem urgência.

Outra lei relevante nessa evolução foi a de n. 11.232/2005, que veio a alterar o modelo processual até então em vigor, transformando o processo de execução em uma fase do processo, a de cumprimento de sentença, tornando o processo sincrético.

Na verdade, a introdução do § 5.º do art. 461, ocorrida em 1994, já permitia ao autor da ação solicitar sentença que utilizasse o meio executivo necessário e adequado ao caso concreto no mesmo processo, surgindo aí uma sentença que dispensava a propositura de ação de execução para a concretização da tutela do direito material. Assim, pode-se dizer que foi nesse momento que o direito brasileiro conheceu o cumprimento de sentença.

Antes, porém, por prever as medidas cautelares e a antecipação da tutela, o processo já conhecia esse sincretismo, pois a execução de tais provimentos já era feita no mesmo processo.²⁰⁴ Desse modo, como observa Humberto Theodoro Júnior, “[o] processo de conhecimento, a partir da Lei 8.952/1994, mantido pelo novo CPC, tornou-se um verdadeiro processo interdital, transformando em sistema geral o que, até então, era privilégio apenas de alguns procedimentos especiais, como os interditos possessórios”.²⁰⁵

Na verdade, a Lei n. 11.232/2005 representou apenas a última etapa da unificação do processo de conhecimento e do processo de execução de sentença, ao eliminar a necessidade de ação de execução de sentença para a obrigação de pagar quantia, o que também já havia ocorrido com a sentença que prevê obrigação fazer, não fazer e de entregar coisa.

²⁰⁴ Piero Calamandrei já chamava a atenção para esse aspecto da tutela cautelar, percebendo que nela conhecimento e execução se fundiam no mesmo procedimento (BUENO, *Tutela...* cit., p. 12-13).

²⁰⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015, v. I, p. 687.

Esse é o chamado processo sincrético que muda o conceito de sentença, a qual não mais põe termo ao processo, pois esse deve prosseguir até a oferta da tutela ao autor.

Com promulgação do novo CPC, o processo civil sobe mais um degrau nesse desenvolvimento, ao prever e ampliar a tutela antecipada de evidência genérica, desapegada de direitos materiais específicos ou de elementos estranhos à própria controvérsia.

3.3 A função da tutela provisória de evidência

3.3.1 Tempo e processo. O ônus do tempo e sua distribuição

O tempo exerce função extremamente importante no processo, sendo a principal a de promover a segurança, da qual a cognição plena e exauriente é a expressão máxima.

O caminho trilhado pelo processo civil para a ordinariedade, optando-se pelo valor da segurança, em detrimento da tempestividade, sempre foi considerado uma virtude. Diz Ovídio Araújo Baptista da Silva que “a tendência para a forma ordinária de procedimento – com seu natural corolário de plenariedade da cognição judicial – teve origem no direito romano tardio, com a absorção dos interditos pela *actio* que, como se sabe, servia-se do procedimento ordinário (*ordo judiciorum priatorum*), que é origem e fonte inspiradora de nosso Processo de Conhecimento”.²⁰⁶

O exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa e o consequente cumprimento do devido processo legal são todas medidas que exigem tempo. É por meio do dispêndio de tempo que se chamam os participantes do processo, que se viabiliza a sua defesa, que se produzem as provas pertinentes e se analisa o conjunto do que foi discutido e comprovado no processo. O tempo, portanto, é um dos principais ingredientes para a formação do processo justo e da segurança jurídica que dele advém. A lógica do sistema é a de que o Estado

²⁰⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil. Processo cautelar (tutela de urgência)*. Porto Alegre: Fabris, 1993, v. 3, p. 51.

deve ter cautela e obedecer às formas necessárias, antes de invadir a esfera de direitos do requerido.

O tempo é, enfim, como bem percebem Didier Jr., Braga e Oliveira, um mal necessário, pelo qual se realizam o devido processo legal e todos os seus consectários. “Bem pensadas as coisas, o processo ‘demorado’ é uma conquista da sociedade: os ‘poderosos’ de antanho poderiam decidir imediatamente”.²⁰⁷ Não se pode perder essa constatação de vista.

Contudo, ainda que sirva a fins nobres, não se pode ignorar, por outro lado, que o tempo impõe um custo, especialmente ao autor, que é da espera para fruição do bem da vida disputado. Trata-se de um dano marginal inexorável, que pode se consubstanciar em angústia, sofrimento psicológico, prejuízos econômicos e até miséria.²⁰⁸

De toda forma, independentemente do envolvimento emocional ou da dependência econômica que o titular mantenha com o direito violado, a verdade é que o tempo em que o direito deixou de ser exercido, em função da espera, nunca será repostado ao seu titular. Afinal, a vida é um fluir para frente, que não admite em absoluto qualquer retorno ou, na expressão de Jean-Louis-Auguste Commerson, “o tempo é uma locomotiva que nos conduz à certa estação na qual não há bilhetes de volta”.²⁰⁹

Assim, terá havido a perda eterna da fruição daquele direito naquele intervalo, a qual será sempre irreversível, independentemente da natureza do direito.²¹⁰ O exemplo do pai que aguarda uma decisão judicial que reconheça seu direito de visitação ao filho talvez seja o exemplo mais eloquente dessa irreversibilidade.²¹¹

²⁰⁷ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso... cit.*, 2015, p. 567.

²⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 16.

²⁰⁹ No original: “Le Temps est la locomotive qui nous mène à une certaine gare où l'on ne donne pas de billet de retour” (*Petite encyclopédie bouffonne, contenant les pensées d'un emballleur, les éphémérides et le dictionnaire du "Tintamarre", etc.* Paris: Passard, 1860. p. 115).

²¹⁰ “O tempo é um bem da vida, decorrendo da sua escassez uma correspondente preciosidade. Os dias e horas que passam não podem ser recuperados, do que decorre que a perda de tempo é irreversível” (BODART, *Tutela... cit.*, p. 72).

²¹¹ Ovídio Araújo Baptista da Silva fala sobre a questão da irreparabilidade da espera do autor: “O réu que sofre a execução de uma medida liminar, ou alguma outra forma de execução provisória, depois declaradas ilegítimas, terá direito de pedir indenização dos danos que essas normas de *realização antecipada*, que se imaginava ser direito do autor, lhe tiverem causado. O autor, ao contrário, que se veja obrigado a suportar a demora natural do *procedimento ordinário*, como instrumento de uma determinada “lide integral”, não terá qualquer direito de reclamar os

Com base em tais constatações, é correto falar-se que o “tempo é fator de denegação de justiça”²¹² e que, portanto, não pode ser visto como algo neutro. A opção pelo dispêndio de tempo e pela espera é sempre uma opção em favor do réu.

Primeiro, porque pertencem ao réu os direitos que se pretendem tutelar com o desenvolvimento do processo, em especial o contraditório e a ampla defesa. É para proteção do réu que se exige o decurso do tempo, portanto. Sob outro aspecto, tem-se que, como já dito, o autor sempre pede a mudança do *status quo* e o réu, a sua manutenção.²¹³ Dessa forma, enquanto o processo não oferece a tutela pretendida pelo autor, já estará atendendo ao interesse do réu, que é o da manutenção, pois que *tertium non datur*. É o que resume Marinoni, quando afirma: “No processo civil, a demora na obtenção do bem significa a sua preservação no patrimônio do réu. Quanto maior for a demora do processo maior será o dano imposto ao autor e, por consequência, maior será o benefício conferido ao réu”.²¹⁴

Dessa forma, percebe-se quão danoso pode ser o processo concebido na forma da *tutela padrão*, especialmente nos casos em que o réu não tem razão.²¹⁵

Diante dessa percepção, fez-se a volta do caminho que havia sido trilhado para a ordinarização. Percebeu-se que a distribuição do ônus do tempo entre as partes é, desde logo, um instrumento de justiça. Essa distribuição é feita por meio das tutelas diferenciadas, seja por meio dos procedimentos especiais, que limitam as matérias que podem ser discutidas ou que restringem determinados tipos de provas, ou por meio da cognição sumária, autorizando que o bem da vida seja desde logo entregue a quem “aparenta” ser seu titular.

São todas técnicas que visam abreviar o tempo que o processo ordinário demandaria para conceder a tutela com segurança e que envolvem, com maior ou menor grau, um sacrifício dessa segurança, por conseguinte.

prejuízos, às vezes gravíssimos, que esse retardamento lhe causar” (A “plenitude de defesa”... cit., p. 159).

²¹² FUX, *Tutela...* cit., p. 321.

²¹³ MARINONI, *Abuso...* cit., p. 17-18.

²¹⁴ MARINONI, *Antecipação...* cit., 2011, p. 272.

²¹⁵ O tempo em excesso do processo pode ainda causar danos que transcendem às relações individuais litigiosas atingindo o conjunto das relações econômicas da sociedade, em razão das incertezas a respeito de determinadas questões e da desconfiança no sistema judiciário, aumentando os custos de transação. Nesse sentido: ROQUE; DUARTE, *As dimensões...* cit., p. 336.

No que tange a esse sacrifício, como diz Marinoni, é preciso aceitar,

[...] a obviedade de que não pode haver efetividade sem riscos. O que importa saber é se vale a pena corrê-los ou se é melhor permanecer paralisado pelo medo, na imparcialidade da ordinaryidade, onde imaginam os ingênuos que o juiz não causa prejuízo algum. [...]

Aqueles que não abrem mão das garantias e ainda assim falam em efetividade, devem parar para pensar a quem servem as garantias e, principalmente, de quem elas retiram alguma coisa. Imaginar que as garantias nada retiram de alguém é desprezar o “lado oculto” do processo, o lado que não pode ser visto pelo processualista que olha apenas para o plano normativo.²¹⁶

A distribuição do ônus do tempo entre as partes deve envolver, assim, a análise das peculiaridades do direito material e das possíveis circunstâncias processuais, a fim de se construírem hipóteses, um tanto casuísticas, em que o réu deverá arcar com o ônus do tempo, independentemente da existência de urgência.

3.3.2 A tutela antecipada de evidência e a redistribuição do ônus do tempo

Como se pode perceber, a tutela antecipada de evidência exerce a função de distribuir igualmente o ônus do tempo do processo, promovendo a sua adequação às necessidades e particularidades do direito material ou “o equilíbrio das partes de acordo com a respectiva posição processual diante do direito material”.²¹⁷

Nessa medida, vê-se porque a antecipação da tutela não pode se esgotar nas hipóteses de urgência, devendo ser estendida a situações outras que, em função de suas peculiaridades, exijam a sua prestação. Busca-se com ela a obtenção de “razoabilidade da escolha de quem arcará com o ônus do passar do tempo necessário para concessão de tutela definitiva, tutelando-se provisoriamente aquele cujo direito se encontre em estado de evidência”.²¹⁸

²¹⁶ MARINONI, *Antecipação... cit.*, 2011, p. 273-274.

²¹⁷ MITIDIERO, *Antecipação... cit.*, p. 55.

²¹⁸ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso... cit.*, 2015, p. 567. No mesmo sentido: MACÊDO, Lucas Buriel de. Antecipação da tutela por evidência e os precedentes obrigatórios. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, v. 242, p. 537, abr. 2015.

A evidência do direito, vista como probabilidade de procedência qualificada por circunstância material ou processual, torna adequada, isonômica e justa a atribuição ao réu do ônus do tempo do processo, o que se faz, por meio de uma tutela provisória.

Não há dúvida de que a antecipação de tutela de urgência também é apta a proporcionar a redistribuição do ônus do tempo no processo, já que os seus efeitos são os mesmos da antecipação fundada na evidência: a fruição imediata do direito alegado. Porém, o seu pressuposto e, por conseguinte, a sua finalidade são diversos. A urgência pressupõe um risco de dano e a tutela é concedida de forma antecipada para que esse dano não ocorra. Há *necessidade* da tutela imediata.

Até pelo modo de atuação, porém, há de reconhecer-se que ambas as espécies de tutela antecipada têm por finalidade comum a inibição dos males do tempo sobre o direito das partes. Na de evidência, pela distribuição isonômica; na urgência, para evitar um perigo ligado à demora.

Não existissem essas técnicas para distribuir o ônus do tempo, haveria violação dos direitos fundamentais da efetividade, tempestividade e igualdade substancial, que, como se viu, se expressam como exigências em determinadas situações e se concretizam por meio dessas técnicas.

Essa constatação se faz ainda mais verdadeira se admitirmos que o sistema judiciário brasileiro tem visto crescer o fenômeno da demora na prestação jurisdicional, já denunciada por Donald Armelin há 23 anos.²¹⁹ Com efeito, se o tempo natural do curso de um processo, destinado às garantias do réu, já é um ônus que deve ser distribuído, não há dúvida de que esses mecanismos são ainda mais necessários, se o processo, em regra, demora além desse tempo, por conta de problemas estruturais e funcionais do sistema processual e do Poder Judiciário.

Assim, ainda que não se deva restringir direitos do réu com a finalidade de compensar as vicissitudes do sistema, não é possível negar, numa análise realista, que as deficiências estruturais existentes e talvez subsistentes pelas próximas décadas tornam ainda mais pertinentes as técnicas que permitam uma distribuição equânime do tempo.

²¹⁹ ARMELIN, Tutela... cit., p. 45.

Dessa forma, como dito acima, o sistema admite alguma parcela de sacrifício de direitos, ao menos na forma como pré-concebidos, para que seja viável o exercício de outros.

Outrossim, deve-se observar que a antecipação de tutela de evidência atua numa seara em que os riscos são minorados pela própria evidência dos direitos alegados. Os próprios direitos ao contraditório e à ampla defesa devem ser considerados também a partir dessa perspectiva, aceitando-se que, diante da evidência, eles, em regra, terão pouco a acrescentar à resolução da lide.

Diante da evidência, portanto, o legislador pode dispensar o decurso do tempo para o início da fruição do bem da vida, em razão exatamente do menor perigo de erro e de o tempo se revelar menos necessário.²²⁰ Veja-se que o valor do contraditório e da defesa não está neles mesmos, mas na convicção a respeito do litígio que somente a partir deles pode ser formada. Na medida em que a convicção é acessível antes do exercício do contraditório, o decurso do tempo passa a ser um ônus desnecessário ao titular aparente do direito.

Não se diz aqui, em absoluto, que contraditório e ampla defesa devem ser eliminados, porque inúteis, diante da evidência. O que se afirma é que a interpretação dos institutos deve abranger o alcance que eles possuem nas respectivas hipóteses de incidência. E o alcance do contraditório e da ampla defesa, em tese, será sempre reduzido, se houver evidência. Também por isso, portanto, se revela adequada a sua mitigação, por meio da postergação do seu exercício.

3.4 Conceito de tutela de evidência

3.4.1 Evidência e tutela de evidência

Evidência não é um tipo de tutela, mas um dos pressupostos para um tipo de tutela diferenciada.

²²⁰ “Quando o risco de erro judiciário é nitidamente menor que o risco de atrasar a realização do direito suficientemente demonstrado, passa a ser desproporcional agraciar o réu com a postergação do provimento decisório, equivalente a uma imunidade contra as legítimas investidas do autor” (BODART, *Tutela...* cit., p. 72).

Segundo Didier Jr., Braga e Oliveira, a evidência é “um fato jurídico que autoriza que se conceda uma tutela jurisdicional, mediante técnica da tutela diferenciada”.²²¹ Admitido, porém, o conceito de fato jurídico como *acontecimento* que é capaz de gerar o nascimento, a modificação e a extinção de direito,²²² parece-nos que a evidência não pode ser assim classificada, por não se tratar verdadeiramente de acontecimento, mas sim de um estado de coisas, uma qualidade dos fatos, que verificado ensejará a incidência da norma objetiva e dará ensejo a um determinado direito subjetivo processual, qual seja a tutela antecipada.

Antes de prosseguirmos, cabe ressaltar que adotamos nesta obra uma concepção larga de tutela provisória de evidência, a qual abrange todas as formas de antecipação sem urgência. Nessa concepção, a evidência é simples qualificação da probabilidade, que pode se dar pelo direito material tutelado e pelo quadro probatório. Dessa forma, adotaremos a expressão tutela de evidência *lato sensu*, quando nos referirmos à tutela de evidência como sinônimo de tutela sem urgência, e tutela de evidência *stricto sensu*, quando nos referirmos à que se baseia no quadro probatório.

No que tange ao direito material, a probabilidade se qualifica como evidência pelo simples fato de que o pedido tem por objeto uma determinada espécie de direito, considerada merecedora de tutela especial pelo direito objetivo. Incide, no caso, a possibilidade de concessão de uma tutela diferenciada, em razão de que há probabilidade de procedência e o direito material pretendido é de determinado tipo. Assim, por exemplo, num processo que tenha por objeto a proteção possessória (direito material), havendo prova da posse e do esbulho (probabilidade de procedência), o juiz concederá a liminar (tutela provisória de evidência em sentido amplo), independentemente de outros pressupostos. Como se pode perceber, o mesmo não ocorre, por exemplo, com a propriedade, em que a simples probabilidade de procedência não dará ensejo à tutela antecipada, revelando qual o fator efetivamente determinante para a autorização da tutela antecipada nesse caso.

²²¹ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso...* cit., 2015, p. 617.

²²² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 7. ed. rev., ampl. e atual. até 25.08.2009. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 318.

Mais difícil é a conceituação da evidência no sentido estrito, ou seja, o relativo quadro probatório dos autos.²²³

Evidente, numa acepção precisa, segundo Artur César de Souza, com amparo em Rui Cunha Martins, é o que dispensa prova, em razão de ser autorreferenciável, ou seja, evidente é algo que se verifica sem a análise de qualquer elemento externo à própria alegação.²²⁴ Não é nessa acepção, porém, que o novo CPC e a doutrina tratam do conceito de evidência, mas sim na de suficiência das provas produzidas para demonstração dos fatos alegados. Nessa perspectiva, evidente é o que provavelmente é verdadeiro, em razão do quanto demonstrado até determinado momento processual,²²⁵ sendo, por isso, comuns as conceituações no sentido de que a tutela de evidência é aquela cabível nos casos onde “*militan en favor de requirente una fortísima verosimilitud del Derecho*”,²²⁶ em que o direito da parte requerente é óbvio,²²⁷ em que é possível um juízo de certeza provisório²²⁸ ou, ainda, “uma quase certeza”.²²⁹

Pensada a partir da força probatória com que é formada, a evidência poderia ser caracterizada pela facilidade da comprovação dos fatos que formam a causa de pedir. Nesses termos, evidente seria o direito, cuja causa de pedir pode ser provada facilmente, de plano, *prima facie*. A tutela de evidência, nesse sentido, é aquela que é conferida de forma mais célere, por se basear em fatos que o autor pode comprovar desde o início. À condição privilegiada da prova, se segue um tratamento diferenciado em relação ao momento da concessão da tutela.

²²³ A doutrina, em geral, quando conceitua a evidência que dá ensejo à tutela respectiva trata desse sentido do termo.

²²⁴ SOUZA, Análise... cit., p. 156.

²²⁵ Não se pretende aqui, pela extensão e limites da obra, ingressar no tema da verdade para o processo. Adota-se, contudo, a concepção de que a verdade é valor democrático e legitimante para o processo (TARUFFO, Michele. Verità nel processo. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, v. 235, p. 55, set. 2014), e que o processo não trabalha com a verdade como meta, mas como expectativa (FERREIRA, *Princípios...* cit., p. 281). Conforme afirma Bruno V. da Rós Bodart: “Abandonamos, assim, uma concepção substancial da teoria da cognição – que se concentra em desvendar qual é a verdade, esta reputada absoluta – para adotar uma concepção procedimental – que dá maior relevo aos meios pelos quais o juiz formará o seu convencimento. Um procedimento justo (*giusto processo*) tende a culminar em um provimento jurisdicional justo, porque, na maior parte das vezes, seus fundamentos se aproximarão muito da verdade. Substitui-se a verdade pela verossimilhança” (BODART, *Tutela...* cit., p. 35).

²²⁶ PEYRANO, *Novedades...* cit., p. 269.

²²⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil: novo CPC – Lei 13.105/2015*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 871.

²²⁸ BEDAQUE, *Tutela provisória...* cit., p. 140.

²²⁹ MACÊDO, *Antecipação...* cit., p. 535.

Entende-se aqui, contudo, que o quadro de verossimilhança elevadíssima, em que o sucesso do réu se revela improvável desde logo, não é propriamente um pressuposto para a existência de evidência. A evidência, na verdade, não se revela na intensidade da probabilidade, mas na forma como a probabilidade é construída, ou seja, pela adequação dos elementos que formam a verossimilhança às hipóteses previstas na lei.

O legislador pressupõe que de determinados modos de prova ou de determinadas circunstâncias processuais decorre um grau de verossimilhança elevado e qualifica esses elementos como aptos a ensejarem a tutela de evidência. A intensidade da probabilidade, contudo, não necessariamente será elevada no caso concreto, sendo suficiente, para que a tutela seja concedida, que ela seja alcançada conforme as hipóteses previstas. *Evidência, nessa quadra, deve ser entendida como a qualificação da probabilidade pela adequação às hipóteses de cabimento da tutela de evidência, a qual, em tese, levará a um estado de verossimilhança mais elevado, mas não necessariamente o fará.*

A prova documental é a forma mais comum de configuração da evidência. Nas hipóteses dos incs. II, III e IV do art. 311 do novo CPC, por exemplo, se o autor comprovar suas alegações por prova documental, a probabilidade formada a partir dessa prova será qualificada como evidência e dará ensejo à tutela provisória de evidência. Em outros casos, contudo, em que o grau de verossimilhança possa ser até maior do que o alcançado nesses últimos, não se poderá falar em evidência, ao menos em termos de pressuposto da tutela diferenciada correspondente. Há, como se vê, algo de casuístico, na escolha das hipóteses que ensejam a tutela de evidência, cabendo essa eleição ao legislador, a partir da verificação dos valores envolvidos em cada situação.²³⁰ Somente nessas hipóteses é que se poderá falar em evidência.

²³⁰ Como percebe José Miguel Garcia Medina, “[a]s situações referidas nos incisos do art. 311 do CPC/2015 são discrepantes entre si (cf. comentário *infra*). Em comum entre elas, há apenas a circunstância de a lei processual dispensar a urgência. Algo evidente, a rigor, seria aquilo que não dependeria de prova. Mas na maior parte dos casos descritos no art. 311 do CPC/2015 exige-se prova documental. O sentido com que o legislador emprega a expressão ‘evidência’, assim, é bastante largo” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 501).

3.4.2 Tutela definitiva e tutela provisória de evidência

A tutela de evidência é uma técnica processual diferenciada e se contrapõe, portanto, à *tutela padrão*. A primeira se justifica pela evidência do direito alegado, a segunda se baseia na existência da incerteza.

Em se tratando de técnica diferenciada em razão das provas, não há restrição da sua aplicação para quaisquer tipos de tutelas de direito material. A evidência poderá, portanto, ser causa de diferenciação do procedimento tanto para a concessão de tutela definitiva como para provisória.²³¹ A evidência é, assim, fundamento para as duas formas de diferenciação da tutela, a horizontal, por meio da especialização dos procedimentos, e a vertical, por meio da prolação de decisões em cognição sumária.

Entre as tutelas diferenciadas fundadas em evidência com caráter definitivo, ou seja, que dispensam confirmação, podemos citar os procedimentos especiais do mandado de segurança e da monitória²³² e a própria existência da execução definitiva de título executivo extrajudicial.²³³ Sob cognição sumária, por sua vez, a tutela de evidência se verifica na técnica da antecipação de tutela correlata, em suas diversas variações.²³⁴

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 85, tentou introduzir em nosso direito a possibilidade do uso do mandado de segurança contra o particular. Dispunha o referido artigo, que acabou sendo vetado: “Contra atos

²³¹ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso...* cit., 2015, p. 617.

²³² O procedimento monitório “é resultado da combinação da técnica da cognição exauriente por ficção legal com a técnica da cognição exauriente *secundum eventum defensionis*” (MARINONI, *Antecipação...* cit., 2011, p. 40). Usando a evidência do direito alegado como fundamento, o legislador deixa ao devedor o ônus da oposição dos embargos, ficando o juiz atrelado à ficção legal da existência do direito alegado, caso ele não se desincumba desse ônus. O comando para pagar, contudo, é proferido com caráter definitivo, não sendo necessária uma confirmação a seu respeito. Ricardo de Barros Leonel, por sua vez, observa que a monitória dispensa a cognição exauriente para formação da tutela definitiva: “o juiz, em cognição superficial, formulando juízo de verossimilhança (não de certeza), logo na primeira oportunidade em que tem contato com o feito, decide, determinando, se for o caso, a expedição do mandado monitório ou injuntivo (art. 1.102-A e 1.102-B do CPC)” (LEONEL, *Tutela...* cit., p. 184). Eduardo Talamini, por sua vez, considera a cognição sumária como um dos traços essenciais da tutela monitória: “Em suma, eis os traços essenciais da tutela monitória: a) mediante *cognição sumária*, busca-se acelerar a produção de resultados práticos (no modelo atual, isso se dá com a criação rápida de um título executivo – ou seja, um atalho para a execução); b) atribui-se força preclusiva intensa à inércia do réu (no modelo atual, sua omissão implica a constituição do título executivo, ‘de pleno direito’); c) transfere-se ao réu o ônus da instauração do processo de cognição exauriente; d) não há a produção de coisa julgada material” (TALAMINI, *Tutela de urgência...* cit., p. 24).

²³³ BODART, *Tutela...* cit., p. 89-90.

²³⁴ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso...* cit., 2015, p. 618.

ilegais ou abusivos de pessoas físicas ou jurídicas que lesem direito líquido e certo, individual, coletivo ou difuso, previsto neste Código, caberá ação mandamental que se regerá pelas normas da lei do mandado de segurança”.²³⁵ Caso não fosse vetado, esse procedimento especial seria mais um exemplo de tutela definitiva de evidência.

3.4.3 Tutela de evidência e o réu

A tutela de evidência também pode servir para proteger o direito do réu. Com efeito, o sistema processual civil possui também técnicas para que, diante da evidência da inexistência do direito do autor, o processo seja desde logo resolvido, permitindo, assim, que o réu não tenha que arcar, também ele, com os custos decorrentes da demora da resolução.

Há pelo menos três hipóteses que autorizam a prestação de tutela definitiva de evidência em favor do réu, nas quais o juiz deve extinguir o processo desde logo, com resolução de mérito: a decadência, a prescrição e a improcedência liminar.

Previstos no atual CPC, nos arts. 269, IV, e 285-A, tais hipóteses foram mantidas no novo CPC, em seu art. 332, *caput* e § 1.º,²³⁶ com algumas modificações no que toca à improcedência liminar.

A improcedência liminar tem cabimento, em síntese, quando o pedido contrariar entendimentos fixados em precedentes que devem ser observados pelos juízes e tribunais, conforme o sistema de precedentes criado pelo novo CPC, em seus arts. 926 a 928. A evidência do direito do réu se configura nesse caso, portanto, por ser clara a improcedência dos fundamentos jurídicos

²³⁵ MARINONI, *Antecipação...* cit., 2011, p. 104-105.

²³⁶ “Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I – enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV – enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

§ 1.º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.”

apontados pelo autor, tendo em vista terem sido rechaçados pela jurisprudência obrigatória.

No caso da prescrição e da decadência, constata-se, desde logo, que o tempo, um elemento objetivo e de fácil verificação, operou a extinção da pretensão ou do próprio direito, respectivamente. Em todos esses casos, o legislador entendeu que não há razão para determinar a citação e obrigar o réu a ter de se defender, se é evidente o direito dele à tutela correspondente à improcedência. Com isso, mitiga-se o contraditório, em relação ao réu, mas sem violação de direito, já que não haverá prejuízo para ele.

3.4.4 Pressupostos da evidência

A concessão da tutela de evidência pressupõe algo que vai além de um juízo sobre a veracidade dos fatos, devendo alcançar a probabilidade de procedência do pedido. A evidência, portanto, é uma característica atrelada ao direito subjetivo pretendido, para a qual concorrem a prova dos fatos alegados e a plausibilidade da fundamentação jurídica pertinente.²³⁷

Assim, apesar de o conceito de evidência parecer se referir somente aos fatos, a eles não deve ser restringido. É necessário que os fundamentos jurídicos alegados sejam válidos²³⁸ e que a subsunção dos fatos a eles tenha por efeito o surgimento do direito a ser objeto da tutela. O fato alegado deve ser apto a gerar os efeitos jurídicos que ensejam o direito contido no pedido: o autor que não tem prova de suas alegações não dispõe de evidência; o autor que prova fatos que não conduzem à procedência não dispõe de evidência; e o autor que sustenta tese jurídica implausível não dispõe de evidência. Em síntese, pode-se dizer que para a concessão da tutela de evidência, é o direito que deve ser evidente, o que, contudo, demanda evidência dos fatos alegados.²³⁹

²³⁷ Didier Jr., Braga e Oliveira falam em considerável grau de plausibilidade em torno da narrativa dos fatos e plausibilidade jurídica, conduzindo aos efeitos pretendidos (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso...* cit., 2015, p. 596).

²³⁸ Nesse sentido já decidiu o STJ, que “não existe a verossimilhança necessária para a concessão de tutela antecipada se a tese que dá suporte ao pedido diverge da orientação jurisprudencial dominante” (STJ, REsp 613.818/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3.^a Turma, julgado em 10.08.2004, DJ 23.08.2004, p. 236).

²³⁹ Nos casos de tutela definitiva de evidência, a admissão do procedimento diferenciado dependerá somente da prova dos fatos, ou seja, da evidência fática (caso do mandado de

Luiz Fux relaciona as situações em que se pode encontrar evidência do direito:

Assim, é evidente o direito 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 noutra processo ou comprovados através de prova emprestada obtida sob contraditório, provas produzidas antecipadamente, bem como o direito assentado como prejudicial da questão a ser resolvida e já decidido, com força de coisa julgada noutra processo, máxime quando de influência absoluta a decisão prejudicial, os fatos sobre os quais incide presunção *jure et de jure* de existência e em direitos decorrentes da ocorrência de decadência ou prescrição.²⁴⁰

No que tange aos fatos, a evidência se configura tanto pela sua comprovação de plano, como pela desnecessidade da mesma, nos casos de fatos incontroversos e de fatos atingidos por presunções e ficções legais. Não sendo o caso de dispensa da prova, a evidência se operará se a prova dos respectivos fatos for suficiente para revelá-los ocorridos.

Não há um grau uniforme de exigência para a prova dos fatos. Cada tipo de tutela de evidência demandará um grau específico de intensidade de probabilidade. No caso do mandado de segurança, da monitória e da execução de título extrajudicial, por exemplo, o grau de exigência é máximo, pois não admitirá a complementação da prova. Não havendo prova pré-constituída do fato alegado, os respectivos processos não poderão sequer ser admitidos, negando-se de plano a tutela diferenciada. No caso das ações possessórias, no lado oposto, permite-se que a prova seja produzida em audiência de justificação, não sendo necessária à sua pré- formação ao processo, para que seja deferida a tutela provisória.

Ao decidir com base na evidência do direito e fazer um juízo a respeito da causa de pedir, o juiz profere, sem dúvida, um pré-julgamento a respeito dos pedidos contidos na demanda, o que poderia ser tido como indevido. Tal fato, contudo, não deve ser visto desta forma, pois não viola o direito das partes, mas,

segurança). De toda forma, a tutela de direito material acabará não sendo deferida, se os fundamentos jurídicos não forem procedentes.

²⁴⁰ FUX, *Tutela...* cit., p. 313.

pelo contrário, previne-as da linha de raciocínio que o juiz deverá construir no momento do julgamento e permite a elas convencê-lo a respeito do desacerto dos pressupostos de sua decisão. Como a decisão se opera em sede de cognição sumária, todos os fundamentos em que o juiz se baseou no momento da concessão da tutela provisória de evidência, seja a respeito dos fatos, seja a respeito do direito,²⁴¹ poderão ser modificados, em sede de julgamento definitivo, após a consideração dos argumentos das partes.

3.4.5 Direito evidente e direito líquido e certo

Um tema bastante desenvolvido em nossa doutrina é o da liquidez e certeza como requisito de admissibilidade do mandado de segurança.²⁴² Trata-se de um conceito que pertence, sem dúvida, à esfera da evidência.

Com exceção de Alfredo Buzaid, que via no direito líquido e certo uma categoria pertencente ao direito material, há certo consenso na doutrina atual sobre se tratar de categoria estritamente processual, “caracterizando-se pela possibilidade da comprovação documental, de plano, dos fatos narrados na inicial do mandado de segurança”.²⁴³ Como ensina Hely Lopes Meirelles:

Quando a lei alude a “direito líquido e certo”, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior não é líquido, nem certo, para fins de segurança. O conceito de liquidez e certeza: adotado pelo legislador é impróprio – e mal expresso – alusivo à precisão e comprovação do direito, quando deveria aludir a precisão e comprovação dos fatos e situações que ensejam o exercício desse direito.²⁴⁴

²⁴¹ Sobre a questão da existência de cognição sumária das questões de direito, conferir: BODART, *Tutela...* cit., p. 58-64. Diz o autor fluminense: “Por imperativo lógico, há que se concluir que a cognição do direito objetivo comporta divisão em ao menos dois graus: um mais brando, anterior ao contraditório, e outro mais intenso, em momento seguinte à fase de resposta” (ibidem, p. 64).

²⁴² Por todos: AURELLI, Arlete Inês. *O juízo de admissibilidade na ação de mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 199-214.

²⁴³ Ibidem, p. 200.

²⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 37.

O conceito se baseia, assim, na ausência de necessidade de dilação probatória para comprovação do fato em que o direito se fundamenta, cuja prova está pré-constituída, prescindindo, assim, de outras provas que não as juntadas à inicial. Tratando-se de categoria processual, a ausência desse requisito deve ser tida como impeditivo do exercício do direito de ação, requisito de admissibilidade do processo, e não relacionada ao mérito.²⁴⁵ Se o fato não pode ser provado de plano, então não haverá permissão de reconhecimento de um direito nele baseado por meio desse tipo de procedimento, não podendo ser proferida sentença de mérito.

Alexandre Freitas Câmara discorda dessa visão, vendo no requisito do direito líquido e certo fundamento de mérito do mandado de segurança.²⁴⁶ Apesar da respeitável posição, a primeira corrente prevalece na doutrina e acabou sendo positivada no art. 10 da Lei n. 12.016/09, ao dispor que, faltando algum dos requisitos, a inicial será de pronto indeferida.²⁴⁷

Além disso, a posição encontra amparo no enunciado n. 304 da Súmula da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “Decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria”.

Vê-se, assim, que no mandado de segurança, a evidência é requisito de admissibilidade e se afere pela prova dos fatos apenas, independentemente da procedência dos fundamentos jurídicos. Havendo prova pré-constituída do que se alega, o procedimento especial relativo a esse tipo de tutela diferenciada já será admissível, ainda que, ao final, não haja tutela a ser concedida. A regra vale para todos os casos de tutela definitiva fundadas na evidência.

²⁴⁵ AURELLI, *O juízo...* cit., p. 204-5.

²⁴⁶ “A sentença que afirma a inexistência de ‘direito líquido e certo’ (mas não a inexistência do direito substancial) é sentença de mérito e, por esta razão, alcança a autoridade de coisa julgada substancial. Apenas seu conteúdo, porém, é que se torna imutável, e o conteúdo da sentença, na hipótese, limita-se a declarar a inexistência de ‘direito líquido e certo’. Fica, pois, o autor, impedido de novamente impetrar mandado de segurança (contra a mesma autoridade, pela mesma causa de pedir e com o mesmo objeto), mas nada impede que vá às ‘vias ordinárias’” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. I, p. 136).

²⁴⁷ “Art. 10. A inicial será desde logo indeferida, por decisão motivada, quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais ou quando decorrido o prazo legal para a impetração.”

3.4.6 O pressuposto da probabilidade do direito

Outra questão que deve ser analisada é a existência de uma exigência mínima a respeito das provas para a concessão da tutela de evidência.

Entende-se aqui que, sendo exigida a prova dos fatos, a existência de evidência desses fatos se aferirá a partir da espécie de prova exigida por cada hipótese de cabimento da tutela. A tutela executiva, por exemplo, exige a existência de um título executivo, que é prova documental que atende a requisitos legais específicos. O procedimento monitório, o mandado de segurança e a tutela provisória de evidência dos incs. II, III e IV do art. 311 do novo CPC têm como pressupostos próprios a prova documental dos fatos alegados, sendo esse, portanto, o patamar mínimo de prova exigido para sua concessão.

A tutela provisória de evidência em razão do abuso de defesa, por sua vez, não estabelece como requisito um tipo específico de prova. Diante da ausência de especificação da prova necessária, nessa hipótese, bastará a existência de “probabilidade do direito”, prevista para a tutela de urgência (art. 300 do novo CPC), já que não se poderia exigir a prova documental, se o legislador fez questão de explicitá-la para as outras hipóteses e silenciou nessa específica. Além disso, o abuso de defesa em si já é um elemento de corroboração da veracidade dos fatos alegados, razão pela qual, faz sentido a fixação de um patamar menos rigoroso de comprovação dos fatos, nessa hipótese específica. Por outro lado, padeceria de falta de lógica exigir para a tutela provisória de evidência menos intensidade na prova do que para a tutela provisória de urgência.

No regime do Código de 1973, a tutela antecipada tem como pressuposto genérico a prova inequívoca da verossimilhança das alegações. No sistema do novo CPC, o que deverá ser aferida é a “probabilidade do direito”, expressão um pouco mais fluida, pois não exige algo inequívoco, ao mesmo tempo em que se revela mais completa, pois extrapola os limites fáticos da demanda, para englobar a causa de pedir, em suas dimensões fática e jurídica.

Dessa forma, concorda-se com a lição de que:

Quer se fundamente na urgência ou na evidência, a técnica antecipatória sempre trabalha nos domínios da “probabilidade do direito” (art. 300) – e, nesse sentido, está comprometida com a prevalência do direito provável ao longo do processo. Qualquer que seja o seu fundamento, a técnica antecipatória tem como pressuposto a probabilidade do direito, isto é, de uma convicção judicial formada a partir de uma cognição sumária das alegações da parte.²⁴⁸

Assim, a probabilidade do direito é o piso geral exigível, em termos de pressuposto, para as tutelas antecipadas no novo CPC.²⁴⁹ Em alguns casos, contudo, exigir-se-á a prova documental a respeito dos fatos para a concessão da tutela diferenciada.

Não há, portanto, como já foi dito, um patamar genérico da intensidade da prova para se aferir a existência de evidência. É evidente o direito, cuja prova se adequa à forma exigida pelo tipo de tutela cabível. Não se deve falar, por conseguinte, em prova pré-constituída, em incontestabilidade ou em certeza, pois ainda que sejam requisitos de certas tutelas de evidência, não são pressupostos de todas.

Por fim, deve ser ressalvado que o grau da exigência probatória para a configuração da evidência poderá considerar as circunstâncias concretas do contexto litigioso, entre as quais “(i) o valor do bem jurídico ameaçado ou violado; (ii) a dificuldade de o autor provar a sua alegação; (iii) a credibilidade da alegação, de acordo com as regras de experiência (art. 375); e (iv) a própria urgência alegada pelo autor”.²⁵⁰

²⁴⁸ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *Novo curso...* cit., p. 202.

²⁴⁹ “A probabilidade que autoriza o emprego da técnica antecipatória para a tutela dos direitos é a probabilidade lógica – que é aquela que surge da confrontação das alegações e das provas com os elementos disponíveis nos autos, sendo provável a hipótese quem encontra maior grau de confirmação e menor grau de refutação nesses elementos. O juiz tem que se convencer de que o direito é provável para conceder “tutela provisória” (MITIDIERO, Daniel. Livro V – Da tutela antecipada. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa et al (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 782). Vale mencionar também a lição de Bruno V. da Rós Bodart, segundo a qual: “Uma proposição será provável quando, na reconstrução dos fatos operada no seu intelecto, o julgador observar que militam mais elementos em favor da aludida proposição do que em sentido contrário. O resultado dessa equação varia de acordo com a quantidade de elementos de que dispõe o juiz. A probabilidade pode ser medida em uma escala, a depender da quantidade e qualidade da prova já constituída, bem como da contribuição do contraditório. A função da ciência jurídica é determinar os graus de probabilidade necessários para decisões jurídicas corretas” (BODART, *Tutela...* cit., p. 45-46).

²⁵⁰ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *Novo curso...* cit., p. 203.

A intensidade exigida para a prova, portanto, poderá ser ampliada ou reduzida, conforme se revele necessário, a fim de se adequar às peculiaridades de cada caso e de se tornar compatível com os direitos colocados em jogo.²⁵¹

²⁵¹ NERY JUNIOR; NERY, *Código de Processo Civil...* cit., art. 273, nota n. 13.

4 CABIMENTO DA TUTELA PROVISÓRIA DE EVIDÊNCIA

4.1 Considerações gerais

Analisados os aspectos gerais da tutela provisória de evidência, passar-se-á a analisar as hipóteses de cabimento estabelecidas no novo CPC, as quais estão previstas no art. 311 e nos procedimentos especiais.

A tutela antecipada no direito brasileiro, pelo novo CPC, passou a ser dividida em tutela antecipada de urgência e tutela antecipada de evidência. A primeira característica geral entre as hipóteses de tutela de evidência é, portanto, a ausência de urgência.

O art. 311 prevê quatro hipóteses de cabimento. Segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero, o denominador comum entre elas é a noção de defesa inconsistente, inspirada na *référé-provision* do direito francês.²⁵² Apesar de não vislumbrarmos esse denominador comum entre as hipóteses, vê-se um elemento funcional equivalente entre elas: trata-se de situações que qualificam a evidência do direito do autor, ou seja, que tornam a probabilidade de procedência qualificada. Dizem respeito à probabilidade de procedência do pedido do autor e a uma situação adjetiva a essa probabilidade, que pode ser o tipo do direito material, a conduta das partes, a qualidade dos fundamentos jurídicos da causa de pedir ou a qualidade da prova produzida pela parte autora ou pela defesa. Presentes probabilidade de procedência e situação qualificadora há direito à tutela antecipada de evidência.

Em termos da exigência da prova dos fatos, divide-se em dois grupos, o das hipóteses que exigem prova documental (incisos II, III e IV) e o da que não

²⁵² Dizem os autores: “Na realidade, o conceito de defesa inconsistente – que tem sua inspiração no direito francês, em que se subordina a concessão do *référé provision* à existência de uma obrigação não *sérieusement contestable*, art. 809 do Code de Procédure Civile – já seria suficiente para abarcar todas as hipóteses previstas no art. 311. Esse era o conceito, aliás, que mais bem servia para iluminar os conceitos de ‘abuso do direito de defesa’ e ‘manifesto propósito protelatório’ constantes do direito anterior como hipóteses autorizadas de antecipação da tutela não fundada no perigo. O que o legislador fez nos incisos do art. 311 foi especificar aquilo que entende como defesa efetiva ou potencialmente inconsistente” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *Novo curso...* cit., p. 201). No mesmo sentido: BARBOSA, Andrea Carla. Direito em expectativa: as tutelas de urgência e evidência no Projeto de novo Código de Processo Civil – Breves comentários. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, v.194, p. 251, abr. 2011.

exige (inciso I). Didier Jr., Braga e Oliveira, por essa razão, classificam as tutelas provisórias de evidência em duas categorias: punitiva e documentada.²⁵³

Não parece ser a melhor classificação, já que função e tipo de prova são critérios diferentes que não devem ser utilizados numa mesma divisão. O ideal seria dividi-las em documentadas (incs. II, III e IV) e não documentadas (inc. I), se tomarmos o tipo de prova exigida; ou ainda, caso o critério seja a postura do réu, ativas (incs. II e III), que se baseiam apenas na conduta do autor, e reativas (incs. I e IV), que consideram a conduta do réu. Essa última classificação, por exemplo, tem utilidade para análise do cabimento liminar da medida, conforme se vê do parágrafo único do art. 311.

A prova documental exigida deve ser representativa dos fatos constitutivos do direito do autor. Ainda que não tenha sido mantida a exigência de prova documental irrefutável, prevista no projeto aprovado no Senado (art. 278, inc. III), a prova deve ser suficiente para produzir convicção no juiz a respeito da veracidade das alegações, ao menos em cognição sumária.

Documento, na dicção carneluttiana, é uma coisa capaz de representar um fato,²⁵⁴ é uma prova histórica, porque antecede o início do processo, e real, porque todo documento é uma coisa.²⁵⁵ São, assim, coisas que carregam um registro físico a respeito de um ou mais fatos, como desenhos, fotografias, gravações sonoras e filmes. Em sentido estrito, porém, documentos são registros escritos de fatos por meio de palavras, feitos em papel ou em outros meios,²⁵⁶ podendo ser públicos ou privados, sendo, portanto, sinônimo de prova literal.

A prova documental exigida para a antecipação da tutela de evidência deve ser compreendida em seu sentido amplo, pois a disciplina desse tipo de prova no Código abrange todos os tipos de documentos, não só os escritos, como se vê no art. 422 do novo CPC. Uma foto, por exemplo, poderá servir de fundamento para o seu deferimento, desde que, contudo, seja suficiente para que o juiz se convença da veracidade do alegado, em seu conjunto.

²⁵³ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso...* cit., 2015, p. 619-620.

²⁵⁴ THEODORO JÚNIOR, *Curso...* cit., 2014, p. 496.

²⁵⁵ ARRUDA ALVIM, *Manual...* cit., p. 1014.

²⁵⁶ THEODORO JÚNIOR, *Curso...* cit., 2014, p. 496.

A força probante dos documentos, contudo, é limitada, estando sua disciplina prevista entre os arts. 405 e 441 do novo CPC. Entre as regras previstas, algumas devem ser destacadas.

O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença (art. 405 do novo CPC), gozando eles de presunção *iuris tantum* de autenticidade. Em alguns casos, o instrumento público faz parte da substância do ato (exemplo do art. 108 do CC), sendo, portanto, essencial como meio de prova a respeito deles, e, por isso, insuprível e insubstituível por qualquer outro meio de prova (art. 406 do novo CPC).

As declarações constantes do documento particular escrito e assinado ou somente assinado presumem-se verdadeiras em relação ao signatário (art. 408 do novo CPC). Quando o documento contiver declaração de ciência de determinado fato, o documento particular prova a ciência, mas não o fato em si, incumbindo o ônus de prová-lo ao interessado em sua veracidade (art. 408, parágrafo único). O documento particular prova que o seu autor fez a declaração que lhe é atribuída, mas não o fato (art. 412). A nota escrita pelo credor em qualquer parte de documento representativo de obrigação, ainda que não assinada, faz prova em benefício do devedor (art. 416). Qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, a cinematográfica, a fonográfica ou de outra espécie, tem aptidão para fazer prova dos fatos ou das coisas representadas, se a sua conformidade com o documento original não for impugnada por aquele contra quem foi produzida (art. 422). As fotografias digitais e as extraídas da rede mundial de computadores fazem prova das imagens que reproduzem, devendo, se impugnadas, ser apresentada a respectiva autenticação eletrônica ou, não sendo possível, realizada perícia (art. 422, § 1.º).

Ao analisar o mérito do pedido de antecipação da tutela de evidência, portanto, o juiz deve estar atento não só à existência da prova documental a respeito dos fatos alegados, mas à sua força probante, ou seja, à sua aptidão para comprovação de tais fatos.²⁵⁷

²⁵⁷ Didier Jr., Braga e Oliveira defendem a possibilidade de as partes incluírem em negócio jurídico processual a atribuição a um documento de aptidão para permitir ou não a tutela de evidência (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso...* cit., 2015, p. 620).

Por fim, observa-se que devem ser admitidas como documentais as chamadas provas documentadas, quais sejam, a prova produzida antecipadamente (art. 381 a 383) e a prova emprestada, a qual recebeu positividade expressa no novo CPC (art. 372).

4.2 Abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte

A hipótese do inciso I do art. 311 do novo CPC repete a previsão do art. 273, inc. II, do CPC de 1973,²⁵⁸ prevendo que cabe a antecipação da tutela, se “ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte”. Entre as redações dos dois dispositivos, a única distinção é que o novo CPC se refere ao comportamento da parte, enquanto a antiga disposição se referia ao do réu, o que representa um aprimoramento, já que é possível que o réu faça pedidos, dando ensejo à antecipação da tutela por si pretendida.

Para parte da doutrina, a hipótese do inc. I guarda caráter punitivo, pois decorre do abuso da defesa ou da intenção indevida de protelar, destinando-se a sancionar o comportamento inadequado do réu.²⁵⁹ Esse, porém, não é o entendimento que deve prevalecer. Conforme foi dito no item 2.3.2, a antecipação prevista no inc. I do art. 311, na verdade, se baseia simplesmente na maior probabilidade de veracidade da posição jurídica de uma das partes, em razão do comportamento processual e extraprocessual da outra.²⁶⁰ Assim, o que acontece é que “mercê da defesa procrastinatória apresentada pelo réu, o direito do autor fica ainda mais evidenciado, emergindo maior probabilidade de vitória da sua pretensão”.²⁶¹

²⁵⁸ Redação dada pela Lei n. 8.952/1994. Como observa Alexandre Freitas Câmara, “este mecanismo de aceleração da entrega da prestação jurisdicional, porém, é subutilizado. No STJ, por exemplo, encontram-se poucas decisões reconhecendo o cabimento da tutela antecipada fundada em abuso do direito de defesa” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O direito... cit.*, p. 49).

²⁵⁹ BEDAQUE, *Tutela cautelar... cit.*, p. 357.

²⁶⁰ MITIDIERO, *Antecipação... cit.*, p. 136-137.

²⁶¹ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao Novo CPC. Artigo por artigo*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 524. No mesmo sentido: THEODORO JÚNIOR, *Curso... cit.*, 2015, p. 681; DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso... cit.*, 2015, p. 620.

A tutela antecipada do inc. I, portanto, justifica-se não pela intenção em punir, ainda que acabe por representar uma punição, mas sim na evidência que decorre da não desincumbência do réu de seu ônus de oferecer uma defesa séria.

4.2.1 Definição de abuso do direito de defesa

O abuso de direito de defesa se configura pelo oferecimento de contestação sem consistência, ou seja, por resistência que não se consubstancia em contraponto efetivo aos fatos e fundamentos jurídicos alegados ou ao pedido deduzido pelo autor. É essa a lição de Luiz Fux, para quem “a defesa abusiva é a inconsistente, bem como a que não enfrenta com objeções, defesa direta ou exceções materiais à pretensão deduzida, limitando-se à articulação de preliminares infundadas”.²⁶²

Tal interpretação deriva do conceito de abuso de direito, de origem no direito civil, que é o exercício de um direito que excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (art. 187 do CC). Como ensinam Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, o abuso é a:

[...] conduta que, embora lícita, mostra-se desconforme com a finalidade que o ordenamento pretende naquela circunstância fática alcançar e promover. Almeja-se com a disciplina do abuso do direito uma valoração axiológica do exercício de determinada situação jurídica subjetiva – não apenas dos direitos subjetivos, mas também dos interesses potestativos, dos poderes jurídicos etc. – à luz dos valores consagrados no ordenamento civil-constitucional.²⁶³

Em outras palavras, pode-se dizer que o abuso encerra o exercício irregular do direito, em razão da dissonância entre a sua finalidade sócio-jurídica abstrata e a intenção concreta do titular ao exercê-lo.

²⁶² FUX, *Tutela...* cit., p. 347. Em linha mais ampla, Marinoni, Arenhart e Mitidiero defendem que a hipótese abrange qualquer situação em que a defesa do réu se mostre frágil diante da robustez dos argumentos do autor (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *Novo curso...* cit., p. 201).

²⁶³ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, v. I, p. 345.

Nesses termos, a fixação do conceito de abuso de um determinado direito envolve a fixação da sua respectiva finalidade abstrata. No caso da defesa, sua finalidade é a *efetiva* refutação das teses e fatos apresentados pelo autor, a fim de proteger a esfera jurídica do réu em face da pretensão autoral. É para isso que o réu tem o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Dissoa dessa finalidade, contudo, e é, portanto, abusiva, a defesa que é inconsistente, não séria, que não se contrapõe aos fatos alegados ou que não oferece argumentos jurídicos sólidos, pois não visa à refutação mencionada, mas à mera procrastinação no processo, a fim de adiar o seu encerramento e de manter consigo, enquanto possível o bem da vida em disputa.²⁶⁴ O réu, portanto, abusa do direito de defesa quando o exerce menos para convencer o juiz do acerto de sua posição jurídica e mais para adiar o julgamento da causa.²⁶⁵

Definido, assim, a partir do conceito de abuso de direito, o abuso do direito de defesa é aquele que excede o limite imposto pela finalidade do respectivo direito, “em razão de não condizer com defesa dotada de seriedade e consistência”.²⁶⁶

Não se adere, portanto, à posição de Daniel Mitidiero, para quem, para a concessão da tutela antecipada nesta hipótese, basta a maior consistência de uma das posições jurídicas assumidas pelas partes no processo.²⁶⁷ Com efeito, a menor consistência da posição sustentada pelo réu em relação à do autor não torna, por si só, a defesa abusiva, já que, em regra, uma das posições será sempre mais ou menos robusta do que a outra. É somente a sua manifesta

²⁶⁴ Com apoio nos parâmetros adotados pela doutrina e jurisprudência relativas ao *référé* francês, Bruno V. da Rós Bordart relaciona algumas hipóteses em que se poderá verificar a ausência de consistência da defesa: “(a) a não impugnação dos fatos constitutivos alegados pelo autor como fundamentos de seu direito, ou a sua impugnação não séria; (b) a ausência de alegação de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito autoral, ou, se opostas tais exceções, a sua manifesta carência de fundamentos; (c) a verificação *in iure*, por parte do juiz, da idoneidade dos fatos deduzidos pelo autor à produção dos efeitos por ele afirmados, bem como da ausência de fatos impeditivos, extintivos ou modificativos releváveis de ofício” (BODART, *Tutela... cit.*, p. 103).

²⁶⁵ Em um dos seus poucos julgados a respeito da matéria do abuso do direito de defesa, o STJ entendeu que o reconhecimento administrativo de um direito pela Fazenda Pública e a insistência em recorrer contra a concessão judicial do mesmo direito enseja a concessão da tutela antecipada, em razão da configuração do abuso do direito de defesa (STJ, REsp 194.193/CE, Rel. Ministro Gilson Dipp, 5.^a Turma, julgado em 25.03.1999, DJ 19.04.1999, p. 166).

²⁶⁶ ARANEGA, Guilherme Francisco Seara; TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. A concessão da tutela antecipada *ex officio* no caso de abuso de direito de defesa. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, v. 240, p. 141, fev. 2015.

²⁶⁷ MITIDIERO, *Antecipação... cit.*, p. 136-137.

inconsistência e a ausência de seriedade que configurará o abuso do direito de defesa.

4.2.2 Definição de manifesto propósito protelatório

A doutrina tem atribuído significações distintas às expressões abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório, diferenciando-as, em alguns casos, pelo critério topológico da conduta indevida, tratando como abuso do direito de defesa os atos praticados dentro do processo e de manifesto propósito protelatório o comportamento adotado fora do processo (v.g., simulação de doença, ocultação de prova).²⁶⁸ Dessa forma, o abuso do direito de defesa abrangeria, além da fragilidade da defesa, os atos protelatórios praticados no processo, como a provocação infundada de incidentes processuais, a interposição de recursos protelatórios ou o requerimento de provas desnecessárias.²⁶⁹

Não parece ser esse, contudo, o critério mais acertado para a distinção, por não estar amparado no sentido do texto interpretado, nada havendo nas expressões abuso de direito e manifesto propósito protelatório que indique o *locus* da realização do ato indevido como critério distintivo. O mais correto, assim, parece ser a diferenciação das hipóteses pelo critério material, considerando que o abuso do direito de defesa diz respeito à consistência da defesa e o manifesto propósito protelatório, à postura da parte no decorrer do processo.²⁷⁰

Dessa forma, o manifesto propósito protelatório se caracteriza pela prática de “atos ou omissões destinados a retardar o andamento do processo”,²⁷¹ independentemente de ocorrerem dentro ou fora dele.

²⁶⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, v. 2, p. 499. No mesmo sentido: CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela no processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999. p. 34-35; ZAVASCKI, *Antecipação...* cit., p. 81.

²⁶⁹ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso...* cit., 2015, p. 621-622.

²⁷⁰ Ainda que pela simples significação das palavras, o propósito protelatório possa ser classificado como abuso de defesa, o fato de que a lei separou os dois pressupostos parece tornar necessária a restrição do conceito de abuso para que não abranja o segundo conceito.

²⁷¹ ZAVASCKI, *Antecipação...* cit., p. 81.

Não basta, porém, a pura intenção protelatória do réu, exigindo-se a efetiva prática por ele de atos destinados a protelar,²⁷² ou seja, de atos dos quais se extraia o propósito protelatório.²⁷³

Não é necessário, por outro lado, que o propósito protelatório atinja sua finalidade. Ao contrário de Teori Albino Zavascki, que defende que a tutela antecipada “punitiva” somente é cabível se verificar-se o efetivo atraso processual,²⁷⁴ entende-se aqui que a conduta do réu, por si só, permite o deferimento da tutela provisória de que tratamos, independentemente dos resultados que produza.

Com efeito, a interpretação que exige o resultado não leva em consideração que a *ratio* da hipótese é a de atribuir credibilidade às alegações da parte, em razão do comportamento indevido da outra parte e da ausência de contraposição séria e leal à sua pretensão, o que o mero ato voltado à protelação já é capaz de conferir. Como se disse, a antecipação, nesse caso, não é punição pelo abuso, mas reconhecimento da qualidade do direito alegado ensejado pelo abuso.

Além disso, tal interpretação esvazia o instituto, pois a partir dela, seriam poucas as situações de cabimento da antecipação de tutela, tendo em vista que o juiz detém poderes suficientes para impedir a maior parte dos expedientes protelatórios. O pedido do réu de produção de provas inúteis, por exemplo, não deve constituir obstáculo ao andamento célere do processo, pois, percebido, deve ser indeferido pelo juiz. Indica, contudo, que o réu pretende o prolongamento indevido do processo, o que permite concluir pela insubsistência de sua posição processual, devendo, por isso, servir para a concessão da antecipação.

²⁷² *Ibidem*, p. 81.

²⁷³ Nesse sentido, as seguintes situações ensejam o deferimento da tutela antecipada de evidência do inc. I: “a) reiterada retenção dos autos por tempo prolongado; b) fornecimento de endereços inexatos a fim de embaraçar intimações; c) prestar informações erradas; d) embaraçar a produção de provas – pericial, testemunhal, inspeção judicial etc.; e) ‘pode igualmente revelar-se pelo confronto com sua atitude em outro processo, onde havia sustentado determinados fundamentos de fato ou de direito; todavia, no processo conexo, adota argumentação antagônica, sem justificar devidamente tal descompasso’; f) invocar uma tese bisonha ou oposta à orientação dominante nos tribunais superiores etc.; g) alienação de bens necessários à satisfação do demandante; h) repetir requerimento antes indeferido etc.” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA; *Curso... cit.*, 2015, p. 623).

²⁷⁴ “Se o que se busca é privilegiar a celeridade da prestação jurisdicional, há de se entender que na fluidez das expressões da lei somente se contém atos ou fatos que, efetivamente, constituam obstáculo ao andamento do processo” (ZAVASCKI, *Antecipação...cit.*, p. 80-81).

Desta forma, se a defesa é abusiva ou protelatória, o juiz poderá concomitantemente indeferir as provas eventualmente requeridas, julgar antecipadamente o mérito e conceder a tutela antecipada, o que permitirá a execução imediata da sentença, na medida em que afastará o efeito suspensivo da apelação.²⁷⁵

4.2.3 Correlação com a litigância de má-fé

É possível correlacionar as figuras da litigância de má-fé, do abuso de defesa e do manifesto propósito protelatório, não no sentido de confundir os institutos e finalidades, mas no de verificar os casos de incidência dessa hipótese de antecipação.

As hipóteses de litigância de má-fé, portanto, são referenciais de comportamentos indevidos processualmente, que, por isso, podem configurar o abuso de defesa e o propósito protelatório, sem que a elas eles estejam restritos.²⁷⁶ Genericamente, pode-se dizer que as hipóteses dos incs. I a III do art. 80 do novo CPC, por dizerem respeito ao mérito, configuram abuso do direito de defesa, e que a incidência das hipóteses dos incs. IV a VII configura o manifesto propósito protelatório da parte.²⁷⁷

Nesses casos, incorrendo a parte em alguma das hipóteses de litigância de má-fé, arcará ela tanto com a sanção correspondente como com a inversão da distribuição do ônus do tempo decorrente da antecipação pela evidência.

Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes discorda dessa posição, entendendo que nesse caso somente caberá a antecipação, sob pena de violação do princípio *ne bis in idem*.²⁷⁸ Na linha do que defendem Didier Jr, Braga e Oliveira,

²⁷⁵ BEDAQUE, *Tutela cautelar...* cit., p. 357.

²⁷⁶ Nesse sentido: MARCATO, Antonio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008. p. 830; BUENO, *Tutela...* cit., p. 45; MARINONI, *Antecipação...* cit., 2011, p. 276; BODART, *Tutela...* cit., p. 113.

²⁷⁷ “Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II – alterar a verdade dos fatos;

III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI – provocar incidente manifestamente infundado;

VII – interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.”

²⁷⁸ Segundo o autor, “[...] ocorrendo situação na qual potencialmente incida a tutela antecipada sancionatória e outra sanção processual, aquela prevalece, por critério de especialidade (entre

contudo, não se vislumbra qualquer impedimento à atribuição de mais de um efeito jurídico ao mesmo fato,²⁷⁹ podendo o juiz cumular a antecipação e a aplicação das outras sanções previstas ou outros efeitos jurídicos. Além disso, como foi dito, a antecipação não configura sanção, pelo que também não há incidência da vedação ao *bis in idem*.

4.2.4 Necessidade de plausibilidade do direito

Apesar de a antecipação do inc. I do art. 311 não exigir um tipo específico de prova, não há dúvida de que sua concessão está condicionada à existência de plausibilidade razoável do direito alegado. Com efeito, o abuso de defesa e o propósito protelatório servem para qualificar a verossimilhança do alegado, mas são insuficientes, por si sós, para a concessão da tutela antecipada, já que de nada servem se não houver objeto a ser qualificado.

Assim, mesmo diante de um comportamento indevido por parte do réu, o juiz não deverá conceder a antecipação se tal conduta não tiver o condão de atribuir ao autor a aparência de uma posição processual privilegiada, o que ocorrerá, por exemplo, nos casos de ausência de verossimilhança das suas alegações ou de maior verossimilhança das alegações do réu. O juiz deve realizar, portanto, uma análise comparativa dos direitos alegados pelas partes, concedendo a antecipação ao autor (ou ao réu), apenas se o direito alegado por ele for mais *verossímil* do que o alegado pela parte adversa.²⁸⁰

4.2.5 Deferimento liminar

No regime do CPC de 1973, a doutrina defendia a possibilidade de concessão da tutela antecipada, em caráter liminar, sem a prévia oitiva do réu,

seus requisitos inclui-se, além da conduta desleal do demandado, a probabilidade de existência do direito do demandante – *supra*, n.14), e em decorrência de sua maior aptidão para proporcionar uma *tutela jurisdicional efetiva e tempestiva (supra*, n. 2)” (LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela antecipada sancionatória*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 130).

²⁷⁹ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso...* cit., 2015, p. 623.

²⁸⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 232.

baseando-se na possibilidade de o juiz considerar os atos praticados pelo réu fora do processo.²⁸¹

Esse posicionamento, contudo, ficará superado em razão da disposição do parágrafo único art. 311, que somente autoriza a concessão liminar da tutela provisória de evidência, nas hipóteses dos incs. II e III. Dessa forma, ainda que os fatos considerados como protelatórios possam ser anteriores à formação da relação processual, a antecipação da tutela só será admitida após a regular citação do réu e a possibilidade de oferecimento de sua defesa.²⁸²

Ainda que a disposição seja passível de crítica, por não permitir a antecipação quando o réu age maliciosamente, furtando-se, por exemplo, à citação, a opção legislativa é coerente com a finalidade da medida, que é de garantir a fruição imediata da tutela à parte que detém o direito mais provável, o que, em princípio, só é possível aferir após a manifestação do réu (ou ao menos da concessão de oportunidade para tanto).

4.3 Tese firmada em precedentes ou súmula

O inc. II do art. 311 dispõe que cabe a antecipação da tutela de evidência, quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

São, portanto, dois os requisitos para a concessão da medida nessa hipótese. O primeiro é a existência de prova documental ou documentada (prova emprestada ou produzida antecipadamente) a respeito dos fundamentos fáticos, comum aos outros tipos de tutela antecipada de evidência. O segundo requisito diz respeito à existência de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

Como se pode perceber, o legislador elegeu a qualificação dos fundamentos jurídicos do pedido, em razão da existência de precedentes, como elemento suficientemente relevante para autorizar a concessão da tutela de

²⁸¹ Nesse sentido: FUX, *Tutela...* cit., p. 347; NERY JUNIOR; NERY, *Código de Processo Civil...* cit., art. 273, nota n. 33; BUENO, *Tutela...* cit., p. 46.

²⁸² ZUFELATO, Camilo. Tutela da evidência e o Projeto de Novo CPC. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tutela-da-evidencia-e-o-projeto-de-novo-cpc/9769>>. Acesso em: 18.05.2015; DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso...* cit., 2010, p. 500.

forma imediata, inclusive sem a necessidade de oitiva prévia do réu (art. 311, parágrafo único).

A hipótese revela a preocupação do novo Código com o funcionamento e eficácia de um sistema de precedentes jurisprudenciais e corresponde a um grande avanço em termos de efetividade, pois oferece proteção ao litigante que desde logo sabe ter razão em seu pleito, não mais havendo controvérsia que justifique a espera pela conclusão do processo para a entrega final do bem de vida.²⁸³

Além disso, a hipótese serve para desestimular a litigância de massa irracional, tornando-a economicamente danosa.²⁸⁴ Com efeito, é comum que grandes litigantes, entre eles o Estado, resistam a cumprir os deveres reconhecidos de forma definitiva em sede de precedentes jurisprudenciais, já que se revela financeiramente vantajoso permanecer com o bem da vida (em regra, dinheiro) durante o processo, gozando de sua posse e extraindo dele os frutos, enquanto esperam serem compelidos a efetuar a sua entrega. Com isso, multiplicam-se os processos individuais voltados a reconhecer, caso a caso, o direito de cada um dos titulares desses direitos, trazendo sobrecarga, prejuízo e descrédito ao sistema de justiça civil como um todo.

A previsão do inc. II do art. 311, portanto, se vier a se revelar eficaz, poderá vir a exercer uma função importantíssima para o sistema judiciário ao fazer com o que o processo deixe de representar uma vantagem para quem deixa de cumprir deveres já reconhecidos e consolidados na jurisprudência. Com isso, a hipótese do inc. II transcenderá do caso individual concreto e poderá vir a representar uma mudança em nossa cultura jurídica, capaz de futuramente ensejar a redução do número de litígios.

²⁸³ VALLADÃO NOGUEIRA, Luiz Fernando. O Projeto do Novo CPC e a tutela de evidência. In: GONZAGA JAYME, Fernando; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (coord.). *Processo civil: novas tendências. Homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 585.

²⁸⁴ “É imperativo, em tempos de busca por eficiência jurisdicional, que se torne a litigância de massa irracional uma conduta desvantajosa economicamente, o que envolve a efetiva punição, como litigante de má-fé, daquele que não cumpre, sem qualquer razão, as normas jurisprudenciais. A postura do réu, portanto, deve ser racional e dialógica, oferecendo um argumento relevante para sua resistência, onde não se inclui a mera repetição acrítica e onerosa de teses já superadas, caso contrário dá-se ensejo a sua punição por sua conduta abusiva” (MACÊDO, Antecipação... cit., p. 548).

4.3.1 Linhas gerais sobre precedentes

O sistema de precedentes vinculativos se destina à uniformização e à estabilização na interpretação dos textos legais pelos tribunais, por meio do estabelecimento da competência de alguns deles de fixarem o sentido que as normas devem conter e a obrigação dos outros órgãos judiciais de observarem esse sentido no momento da prolação de suas decisões judiciais individuais.²⁸⁵

Não se trata, contudo, de estabelecimento de uma hierarquia propriamente dita entre os tribunais e órgãos judiciais, mas de divisão de funções entre eles. Com efeito, a atribuição de força vinculante a determinadas decisões nada mais é do que concessão de competência aos órgãos que as prolatarão de fixarem a interpretação que deve prevalecer.²⁸⁶

Dessa forma, ao decidirem os casos concretos, os órgãos judiciais deverão tomar como fundamento não somente os textos legislativos em vigor, mas o sentido que lhes conferiram os tribunais que têm a função de fixação de precedentes.

Importante notar que a norma é o produto da interpretação construído a partir do texto e que com ela não se confunde, tratando-se de construção que agrega “algo novo que se coloca ao lado da lei, integrando uma ordem jurídica mais ampla”.²⁸⁷ Assim, a existência de um órgão que tenha a função de fixar o produto final dessa construção revela-se não só legítima, como essencial para

²⁸⁵ “A ideia motriz seria a da possibilidade de se estabelecerem ‘standards interpretativos’ a partir do julgamento de alguns casos: um Tribunal de maior hierarquia, diante da multiplicidade de casos, os julgaria abstraindo-se de suas especificidades e tomando-lhes apenas o ‘tema’ a ‘tese’ subjacente. Definida a tese, todos os demais casos serão julgados com base no que foi predeterminado; para isso, as especificidades destes novos casos também serão desconsideradas para que se concentre apenas na ‘tese’ que lhes torna idênticos aos anteriores” (NUNES, Dierle. *Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória*. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, v. 199, p. 55-56, set. 2011).

²⁸⁶ “Note-se, portanto, que o fato de os precedentes do Superior Tribunal de Justiça obrigarem não tem qualquer relação com a liberdade de interpretar ou com o dever de o juiz contribuir para a realização da justiça. A função do Superior Tribunal de Justiça não se sobrepõe a dos tribunais de apelação e juízes e, por essa simples razão, não há como pensar que os precedentes interferem sobre a tarefa dos últimos. Se cabe apenas ao Superior Tribunal de Justiça definir o sentido da lei federal, não há como alegar que um precedente viola a liberdade de o juiz inferior julgar e a sua tarefa de colaborar para a realização da justiça” (MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 160).

²⁸⁷ MARINONI, *O STJ...* cit., p. 158.

conferir unidade ao direito, concretizando os valores da igualdade, imparcialidade, coerência e segurança jurídica. Não há, portanto, razão para se reconhecer inconstitucionalidade das normas que preveem a vinculatividade de algumas espécies de decisões judiciais.

Em termos práticos, os precedentes nada mais são do que “decisões anteriores que funcionam como modelos para decisões futuras. Aplicam-se as lições do passado para resolver problemas do presente e do futuro, constituindo uma parte fundamental da razão prática humana”.²⁸⁸

Em termos estruturais, por sua vez, são compostos de duas partes, as circunstâncias fáticas e a tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*).²⁸⁹ A *ratio decidendi* é o elemento vinculante da motivação, ou o precedente, em sentido estrito, que engloba “apenas as considerações que representam indispensavelmente o nexó estrito de causalidade jurídica entre o fato e a decisão”. As demais observações, advertências ou aspectos que não guardem essa relação de causalidade consubstanciam-se o *obiter dictum*, chamado de elemento persuasivo do precedente.²⁹⁰ A *ratio decidendi*, assim, é o que transcende ao precedente que a origina,²⁹¹ às particularidades e especificidades do caso decidido, ou como sintetiza Teresa Arruda Alvim Wambier, a *ratio decidendi* é a *rule*.²⁹²

Para aplicação dos precedentes, portanto, o juiz deverá identificar os fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) do precedente utilizado e demonstrar que o caso sob julgamento se adequa ao caso que deu origem ao precedente, ajustando-se aos seus fundamentos.

²⁸⁸ MaCCORMICK, Nel; SUMMERS, Robert S. Introduction. In: _____; _____. *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997, p. 1 apud THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015. p. 292.

²⁸⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 12.

²⁹⁰ NUNES, Processualismo... cit., p. 69.

²⁹¹ MACÊDO, Antecipação... cit., p. 526.

²⁹² “A *ratio decidendi* equivale a *rule*. Uma *rule* é criada para futuros casos quando ocorre de chegar ao Judiciário um *case of first impression*, ou seja, um caso que deve ser decidido sem que se lhe aplique precedente algum: um caso novo. O que será a *ratio decidendi* neste caso (= *rule*) pode ser determinado expressamente na decisão. Mas o que usualmente ocorre é que a *rule* é definida na decisão subsequente” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Precedentes e evolução do direito. In: _____ (coord.). *Direito jurisprudencial*. 2. tir. São Paulo: Ed. RT, 2012, v. 1, p. 44).

O novo CPC estabeleceu todo um sistema de formação, revisão e eficácia dos precedentes, disciplinado especialmente em seu Livro III.

Além disso, mantiveram-se e estabeleceram-se diversos modos de sua atuação, entre os quais podemos citar o julgamento liminar de improcedência (art. 332); a dispensa de reexame necessário, quando a sentença estiver fundada neles (art. 496, § 4.º); a dispensa de exigência de caução para levantamento de depósitos ou atos de alienação e transferência de bens, em execução provisória (art. 521, IV); permissão de julgamento monocrático de recurso (art. 932, IV e V); afastamento do prolongamento do julgamento de apelação, sucedâneo dos embargos infringentes (art. 942, § 4.º); e, por fim, o cabimento de antecipação de tutela de evidência do inc. II do art. 311, de que aqui tratamos.

Conjugando o art. 311, inc. II, com o art. 1.012, § 1.º, inc. V, que prevê o efeito meramente devolutivo para a sentença que confirma, concede ou revoga tutela provisória, pode-se concluir que se estabeleceu também a exequibilidade imediata das sentenças que estiverem em conformidade com a jurisprudência vinculante²⁹³ (desde que os fatos estejam amparados em prova documental). Tratar-se-á, contudo, de forma ainda mais efetiva de execução provisória, pois, conforme mencionado, a parte estará dispensada do depósito de caução para levantamento de depósito em dinheiro, em razão de a decisão estar em conformidade com “súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos”, nos termos do art. 521, inc. IV, do novo CPC.²⁹⁴

4.3.2 Espécies de precedentes exigidos

O inc. II do art. 311 fixa alguns tipos de precedentes como pressupostos para o cabimento da tutela de evidência, especificamente a súmula vinculante e o julgamento de casos repetitivos.

Súmula é o conjunto dos enunciados de determinado tribunal, é a soma dos verbetes elaborados, ou na lição de Nelson Nery Junior, “é o conjunto das

²⁹³ THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, *Novo CPC...* cit., p. 320-321.

²⁹⁴ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso...* cit., 2015, p. 626.

teses jurídicas reveladoras da jurisprudência reiterada e predominante no tribunal e vem traduzida em forma de verbetes sintéticos numerados e editados”.²⁹⁵

As súmulas vinculantes são as editadas pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 103-A da CF, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004, as quais têm por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, produzindo efeitos de vinculação para os demais órgãos do Poder Judiciário e para a Administração Pública. Diferem-se das súmulas persuasivas, pois o ato administrativo ou judicial que importe seu descumprimento pode ser cassado diretamente pelo STF, por meio de reclamação, e enseja a responsabilidade funcional do administrador público autor do ato.

Os casos repetitivos, por sua vez, englobam duas espécies de técnicas de fixação de precedentes baseadas na existência de repetição de casos, a decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos especial e extraordinário repetitivos. É o que disciplina o art. 928 do novo CPC.

Ambos são incidentes que visam a responder a uma disfunção decorrente da índole individual do processo civil de origem continental-europeia, que restringe a coisa julgada apenas às partes, o que torna necessário o estabelecimento de uma relação jurídico-processual para cada relação jurídico-material.²⁹⁶ Assim, numa sociedade de massas, passa a ser comum a proposição de demandas em série para tratar da mesma questão, ainda que as relações materiais controvertidas sejam objetivamente idênticas.

A técnica dos julgamentos de casos repetitivos serve, nesse contexto, para conferir segurança jurídica, uniformidade, racionalidade e tratamento isonômico aos julgamentos, por meio da fixação de teses jurídicas que devem prevalecer no julgamento das demandas individuais concretas, podendo servir, além disso, como forma de prevenção de novos litígios, em razão da possibilidade de previsão do desfecho deles.

²⁹⁵ NERY JUNIOR, *Princípios...* cit., p. 108.

²⁹⁶ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *Novo curso...* cit., p. 576.

O incidente de resolução de demandas repetitivas é uma das novidades do novo CPC e está previsto e disciplinado nos arts. 976 a 987. A técnica inspira-se em duas experiências, a *Group Litigation Order* do direito inglês e o *Musterverfahren* do direito alemão²⁹⁷ e prevê a fixação de tese jurídica pelos tribunais, quando houver simultaneamente efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (art. 976).

Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais, bem como aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal (art. 985). Caso a tese não seja observada, caberá reclamação (art. 985, § 1.º).

O julgamento dos recursos extraordinário ou especial repetitivos, por seu turno, tem disciplina estabelecida nos arts. 1.036 a 1.041 do novo CPC, sendo cabível, quando houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais, com fundamento em idêntica questão de direito (art. 1.036).

Após atendidas às formalidades relativas à preparação e ao julgamento dos recursos paradigmas, eles serão decididos com a fixação de uma tese. Em seguida, os demais recursos que tratem sobre idêntica controvérsia serão declarados prejudicados ou decididos aplicando a tese firmada (art. 1.039).

Publicado o acórdão, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior (art. 1.040, inc. I); o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior (art. 1.040, inc. II); por fim, os processos suspensos em primeiro e segundo graus de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior (art. 1.040, inc. III).

²⁹⁷ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *Novo curso...* cit., p. 579.

4.3.3 Interpretação extensiva

Nos casos acima referidos, o cabimento da tutela de evidência é inequívoco, pois decorre da expressa menção no texto da lei. Deve-se, contudo, questionar a restrição a eles e analisar a possibilidade de sua extensão às demais hipóteses de julgamentos vinculativos, previstas no art. 927.²⁹⁸

Com efeito, se a evidência qualificada se alcança pela conjugação de prova documental e fundamento jurídico sedimentado em determinados tipos de precedentes vinculantes, deve-se perquirir se há alguma distinção substancial entre as espécies de precedentes eleitas e as demais, que justifique sua eleição. No presente caso, não se vislumbra essa distinção.

Como se pode perceber, todos os tipos de precedentes arrolados no art. 927 guardam relevância, procedimento especial de formação e adequação constitucional da competência de seus formuladores, para que sejam aptos a vincular da mesma forma, não havendo razão para que sejam menos eficazes dos que os previstos no inc. II do art. 311. Vejam-se, por exemplo, as decisões previstas no inc. I do art. 927, que possuem vinculatidade oriunda da Constituição Federal (art. 102, § 2.º). Qual seria a razão para negar-lhes aptidão para a tutela antecipada de evidência? Assim, deve-se entender que a evidência decorre do fato de que o pedido do autor encontra fundamento em tese fixada por meio de precedentes vinculantes, dos quais os juízes e tribunais não poderão se esquivar, e não por ter sido fixado nesse ou naquele tipo de precedente.²⁹⁹

Conclui-se, assim, que qualquer dos meios de fixação de teses vinculantes previstos no art. 927 do novo CPC serve para autorizar a concessão

²⁹⁸ O art. 927 do NCPC estabelece a obrigação de observação pelos juízes e tribunais de determinados provimentos, conferindo-lhes nítido caráter vinculante. São eles: “I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

²⁹⁹ Nesse sentido: “O que o art. 311, II, autoriza, portanto, é a ‘tutela da evidência no caso de haver precedente do STF ou do STJ ou jurisprudência firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais. Esses precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não ter adequadamente suas razões retratadas em súmulas vinculantes” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *Novo curso...* cit., p. 202. No mesmo sentido: DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso...* cit., 2015, p. 625; MACÊDO, *Antecipação...* cit., p. 542.

da antecipação de tutela de evidência, não sendo necessário, ademais, o trânsito em julgado da decisão paradigma, em razão da inexistência de qualquer exigência nesse sentido no texto da lei e de ele não ser extraível de qualquer princípio ou regra do ordenamento.³⁰⁰

4.4 Pedido reipersecutório

O inc. III do art. 311 prevê o cabimento da antecipação da tutela de evidência, quando 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.

Trata-se, como se vê, de hipótese de tutela diferenciada em razão das exigências do direito material. Enquanto as demais hipóteses do art. 311 são genéricas, aptas a serem deferidas para qualquer espécie de direito e baseiam-se, direta ou indiretamente, na inconsistência da defesa, a presente hipótese é apenas uma opção casuística de reforço de efetividade a um tipo específico de direito material, qual seja, a posse em caso de contrato de depósito violado.

4.4.1 Contrato de depósito

O contrato de depósito é aquele pelo qual, o depositário recebe um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame (art. 627 do CC). As principais obrigações do depositário são duas: ter o cuidado e a diligência que costuma ter com o que lhe pertence na guarda e conservação da coisa depositada, e restituí-la, com todos os frutos e acréscimos, quando o exigir o depositante (art. 629 do CC). São espécies do contrato de depósito o voluntário e o obrigatório, dividindo-se esse último em legal, necessário e miserável.³⁰¹

Exigindo o depositante o bem dado em depósito e não sendo efetuada a sua restituição ocorrerá o descumprimento do contrato e o esbulho possessório, a serem reparados pela tutela jurisdicional.

³⁰⁰ Nesse sentido: BODART, *Tutela...* cit., p. 124.

³⁰¹ MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 13. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2007. p. 114.

4.4.2 Procedimento especial no CPC de 1973

O CPC de 1973 prevê um procedimento especial, chamado de ação de depósito, o qual presta tutela diferenciada em relação a esse tipo de contrato.

Nesse rito especial, estabelecido entre os arts. 901 e 906 do Código Buzaid, não há previsão de um provimento antecipado propriamente. Instruído o pedido adequadamente, com a prova literal do depósito e a estimativa do valor da coisa, o juiz determina a citação do réu para que efetue a entrega da coisa, o seu depósito em juízo, a consignação do equivalente em dinheiro, ou ofereça contestação (art. 902).³⁰²

Vê-se, portanto, que se a opção do réu for a de contestar em vez de entregar a coisa, não ocorre violação da ordem judicial a ensejar o seu cumprimento forçado, mas mera conversão do rito para o ordinário (art. 903), razão pela qual não se concorda com o entendimento de que o rito especial mencionado já contém previsão de tutela antecipada de evidência.³⁰³

Outra peculiaridade do rito da ação de depósito era a previsão de decreto de prisão do depositário infiel, em caso de procedência do pedido (decisão definitiva) e descumprimento da respectiva ordem judicial. Essa previsão, contudo, foi abolida definitivamente pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da súmula vinculante n. 25,³⁰⁴ tendo sido extinto um dos elementos de diferenciação desse tipo de tutela.

A partir do início da vigência do novo CPC, prevista atualmente para 17 de março de 2016, não haverá mais um rito especial correlato à ação de depósito, pelo que a pretensão de restituição da coisa depositada passará a ser tutelável por meio do procedimento comum. Como compensação, contudo, o legislador estabeleceu o cabimento da tutela antecipada de evidência para esse caso, autorizando, assim, a expedição imediata de ordem de entrega do objeto.

Trata-se, portanto, de um direito material que o sistema pretende tutelar de forma diferenciada, dando respaldo imediato ao depositante que tem seus bens móveis indevidamente retidos, o que confere segurança a esse tipo de

³⁰² A prova literal do depósito, portanto, dizia respeito à admissibilidade da ação, pois ligada ao cabimento desse tipo de procedimento especial.

³⁰³ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso...* cit., 2015, p. 627.

³⁰⁴ “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.”

negócio. O que muda é que a tutela diferenciada antes era prestada por meio do estabelecimento de um rito especial e, a partir de agora, o será por meio de tutela provisória, conferida em procedimento comum.

4.4.3 Requisitos e disciplina

Para o deferimento do pedido de tutela imediata, faz-se necessário o oferecimento de prova documental adequada do contrato de depósito. Essa exigência é totalmente consentânea com o art. 646 do CC, que estabelece que o depósito voluntário provar-se-á por escrito.

O autor deverá também comprovar documentalmente, além da existência do contrato, a ocorrência da mora, razão pela qual, não se tratando de depósito a termo (*mora ex re*), será necessária a juntada da notificação respectiva (*mora ex personae*).³⁰⁵

A tutela provisória, contudo, só poderá ser deferida, em relação à pretensão restitutória, de caráter específico, não podendo ser estendida à pretensão reparatória, cabível em caso de perda da coisa, seja porque a lei só faz referência à ordem de entrega, seja porque o cabimento da indenização depende do conhecimento de questões que demandam instrução, como a ocorrência de força maior.³⁰⁶

Preenchidos os requisitos mencionados, a tutela antecipada será deferida, independentemente da oitiva do réu (art. 311, parágrafo único), determinando-se que ele efetue imediatamente a entrega da coisa, com o que o autor passará a fruir de sua posse, até que o pedido seja julgado em caráter definitivo.

Apesar de o inc. III estabelecer apenas a cominação de multa, em caso de descumprimento, não se pode ignorar que a tutela antecipada nesse caso tem feição mandamental, razão pela qual o juiz estará autorizado a usar os

³⁰⁵ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso...* cit., 2015, p. 628. Nesse sentido também o enunciado n. 29 do Seminário “O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil”, da ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados): “29) Para a concessão da tutela de evidência prevista no art. 311, III, do CPC/2015, o pedido reipersecutório deve ser fundado em prova documental do contrato de depósito e também da mora” (disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 06.09.2015).

³⁰⁶ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso...* cit., 2015, p. 628.

amplos poderes previstos no art. 536 do novo CPC, podendo, portanto, determinar quaisquer medidas necessárias à satisfação do autor.³⁰⁷

4.5 Defesa não fundada em prova

4.5.1 Requisitos

O inc. IV do art. 311, por fim, prevê a antecipação da tutela de evidência, quando “a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável”.

Trata-se de hipótese que guarda semelhança com outras formas de tutela diferenciada. Camilo Zufelato vê parentesco de suas exigências com a do direito líquido e certo previsto para o mandado de segurança.³⁰⁸ Marinoni, por sua vez, vislumbra se tratar de uma tutela antecipada fundada na técnica monitoria, baseada em prova escrita, contra a qual não se oferece defesa fundada.³⁰⁹

Da leitura do dispositivo, extraem-se dois requisitos necessários para o deferimento desse tipo de tutela antecipada: a prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor e a ausência de oposição pelo réu de prova capaz de gerar dúvida razoável.³¹⁰

4.5.1.1 Prova suficiente dos fatos constitutivos do autor

A exigência de prova documental não difere daquela exigida para as demais hipóteses do art. 311. A expressão “suficiente” não parece qualificar de

³⁰⁷ Ibidem, p. 628.

³⁰⁸ ZUFELATO, Tutela... cit..

³⁰⁹ MARINONI, *Antecipação...* cit., 2011, p. 279. Marinoni, aliás, em monografia sobre o tema, inclui, em sua concepção do abuso do direito de defesa, o oferecimento de defesa de mérito indireta infundada, na qual o réu admite a veracidade dos fatos alegados pelo autor, mas a eles contrapõe fato impeditivo, modificativo ou extintivo, sem, entretanto, produzir prova pré-constituída de suas exceções (MARINONI, *Abuso...* cit., p. 103 e seguintes).

³¹⁰ Para Didier Jr., Braga e Oliveira essa hipótese de cabimento exige a presença de três requisitos: 1) evidência demonstrada pelo autor e não abalada pelo réu, por meio de prova exclusivamente documental; 2) prova documental dos fatos constitutivos do direito do autor; 3) ausência de contraprova documental suficiente do réu, que seja apta a gerar dúvida razoável (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso...* cit., 2015, p. 629). Entendemos, contudo, que o item 1 é apenas a reunião dos itens 2 e 3.

forma específica a prova exigida para esse caso, pois em todas as hipóteses ela deve ser suficiente, ou seja, apta a provar aquilo a que se destina. O legislador, ao que parece, quis expressar que a prova exigida é apenas a suficiente, não sendo necessário que seja irrefutável, tal como previa a redação do projeto aprovado originalmente no Senado Federal (PLS 66/2010, art. 278, inc. III).

A prova documental deve comprovar todos os fatos constitutivos de que decorre o direito do autor. Se o pedido decorre da existência de um contrato e da mora, ambos os fatos deverão estar provados documentalmente.

Conforme observa Marinoni, a doutrina distingue o núcleo do fato constitutivo dos seus elementos secundários. Os primeiros devem ser provados, situação em que os segundos serão presumidamente aceitos, somente demandando prova, se forem postos em dúvida pelo réu. Cita o exemplo dado por Moniz de Aragão de que o autor não precisa provar que o tabelião que assinou o instrumento agiu dentro de suas atribuições.³¹¹ Assim, apesar de comporem os fatos constitutivos, os fatos secundários não demandarão prova por parte do autor, para que a antecipação seja deferida. Ainda que o réu alegue algum vício nos fatos secundários, diante da prova documental suficiente do núcleo dos fatos constitutivos e da presunção de veracidade dos fatos secundários que daí decorre, permanecerá havendo fundamento para o deferimento da tutela de evidência, até porque a simples alegação não deve ser considerada “prova capaz de gerar dúvida razoável”.

Considerando a *ratio* do dispositivo, a exigência de prova documental suficiente deve ser considerada satisfeita nos casos em que haja dispensa de prova. Com efeito, se um fato deve ser tido por verdadeiro, independentemente de prova, não há razão para dar-lhe tratamento menos vantajoso do que àquele que está comprovado documentalmente e que ainda pode ser submetido à contraprova.

A razão do dispositivo, sem dúvida, é privilegiar uma espécie de prova. Não se deve, porém, esquecer-se da finalidade a que as provas se destinam, que é de produzir convicção no julgador a respeito dos fatos alegados.³¹² Se

³¹¹ MARINONI, *Abuso...* cit., p. 106-107.

³¹² “Com efeito, a função da prova é permitir o embasamento concreto das proposições formuladas, de forma a convencer o juiz de sua validade, diante da sua impugnação por outro sujeito do diálogo. É por essa razão que somente os fatos (*rectius*, as afirmações de fato) controvertidos são objeto de prova; as afirmações de fato sobre as quais não se levanta (por

essa convicção é alcançada mais fortemente, mas por outro meio, como pelo sistema de presunções legais, o fato deve ser considerado como se tivesse sido provado para todos os fins, inclusive para o deferimento da tutela de evidência.

Dessa forma, entende-se aqui que os fatos presumidos verdadeiros em caso de revelia, confissão, inércia em caso de ordem de exibição de documentos, etc., devem ser considerados como provados suficientemente, para os fins do art. 311, inc. IV. Corrobora essa posição o fato de que não se pode premiar o réu que, chamado a juízo, não se opõe aos fatos e ao mesmo tempo não satisfaz a obrigação, pois, como bem leciona Marinoni:

É sabido que um dos principais princípios do processo civil moderno impõe as partes o dever de colaborar com o juízo. A parte que opta por não contestar não só despreza este princípio, como também coloca em risco a validade daquele outro que diz caber ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Este último princípio, como já foi dito, não só visa possibilitar a redução da massa dos fatos controvertidos, como também permitir uma melhor elucidação da matéria fática, contribuindo para uma melhor prestação jurisdicional. [...] Admitir que o réu pode comparecer em juízo, optar por não contestar e ainda não adimplir a sua obrigação é desconsiderar o direito do autor, e abrir espaço para que o tempo do processo seja utilizado pelo réu para retardar um direito que se mostra desde logo incontroverso.³¹³

Neste ponto, observamos que não pode ser considerada abusiva a conduta do réu revel, pois ele sequer maneja o direito de defesa. Não faz sentido, porém, dar tratamento mais benéfico ao réu que não oferece defesa do que àquele que oferece defesa inconsistente, já que a evidência que exsurge no primeiro caso é ainda mais intensa do que no segundo. Isso conduz à conclusão de que, nos casos de ausência de controvérsia do pedido, além do cabimento de julgamento antecipado (arts. 355 do novo CPC), pode ser deferida a tutela de evidência.

Outra situação em que a tutela do inc. IV deverá ser deferida é aquela em que o juiz, aplicando a teoria das cargas dinâmicas do ônus da prova, prevista no art. 373, § 1.º, do novo CPC, atribua ao réu o ônus de provar a inexistência

nenhum dos sujeitos do processo) qualquer dúvida são incontroversas e, portanto, estão fora da investigação processual (arts. 341 e 374, III, CPC/2015, com a ressalva de que, ao contrário do que diz o último dispositivo, não são os fatos que são incontroversos, mas sim as afirmações feitas sobre eles)" (MARINONI; ARENHART, *Prova...* cit., p. 65).

³¹³ MARINONI, *Abuso...* cit., p. 139.

dos fatos constitutivos. Como, nesse caso, os fatos constitutivos são presumidos verdadeiros até a prova em contrário produzida pelo réu, devem ser considerados provados, desde logo, para fins da tutela antecipada.

Todavia, não sendo o caso de presunção legal e não havendo prova documental, o juiz não estará autorizado a deferir essa tutela antecipada, por mais irrefutáveis que sejam as provas produzidas durante a instrução.

4.5.1.2 Ausência de contraprova capaz de gerar dúvida razoável

O segundo requisito exigido é a ausência de oposição capaz de gerar dúvida razoável, em razão da existência de contraprova, ou seja, de prova que se refira aos próprios fatos constitutivos já provados.

A redação aprovada originalmente no Senado Federal mencionava a exigência de prova inequívoca, expressão que foi substituída, na versão promulgada, por prova capaz de gerar dúvida razoável. A mudança representa uma redução de intensidade da prova exigida do réu para que a tutela não venha a ser concedida. Vê-se, portanto, da análise da redação original aprovada no Senado Federal e da redação final, que foi atenuada a intensidade tanto da prova exigida do autor (de irrefutável para suficiente), para a concessão da tutela, como da prova exigida do réu (inequívoca para capaz de gerar dúvida), para a sua não concessão.

A dúvida razoável é aquela que se justifica racionalmente, que não é intuitiva ou gratuita. A existência de um substrato probatório documental dos fatos constitutivos exige do juiz que ele demonstre por meio de argumentos a existência de elementos que coloquem em xeque a veracidade das alegações do autor. Não é necessário que se tenha certeza da falsidade delas, mas se exige mais do que uma desconfiança infundada.

Para evitar a concessão da tutela nesse caso, o réu deverá produzir contraprova documental ou documentada no momento da contestação, pois, tão logo oferecida a defesa, se inexistir a referida prova nos autos, o juiz estará autorizado a deferir a tutela e a única prova que pode ser produzida nesse

momento processual é a documental.³¹⁴ Dessa forma, ainda que o réu afirme ter contraprova a produzir durante a instrução, o juiz deverá deferir a tutela antecipada do inc. IV, já que à prova documental do autor não se contrapõe outra da mesma natureza.

Para Didier Jr., Braga e Oliveira, contudo, esse entendimento não se revela correto:

[...] se a contraprova documental do réu é insuficiente, mas ele requer a produção de outros meios de prova, não é autorizada a concessão da tutela provisória de evidência, que pressupõe que se trate de causa em que a prova de ambas as partes seja exclusivamente documental. Nesses casos, o juiz prosseguirá com a determinação da coleta de novas provas em favor do réu.³¹⁵

A partir dessa premissa, concluem os prestigiados autores que a tutela antecipada somente caberá se o réu não se contrapuser documentalmente aos fatos constitutivos e, concomitantemente, informar que não dispõe de outras provas a produzir, situação, na qual, contudo, o processo deveria ser julgado antecipadamente. Por essa razão, inclusive, entendem eles que o inc. IV trata de hipótese de tutela de evidência definitiva, que se confunde com o julgamento antecipado do mérito, e que foi colocada equivocadamente no rol das hipóteses de tutela de evidência.³¹⁶

Não parece ser essa a melhor interpretação. A tutela de evidência, nesse caso, se justifica por um critério de preponderância de probabilidades: aceita-se o sacrifício do improvável em benefício do provável, aferindo-se essa probabilidade em razão do peso das provas oferecidas. Se o réu não oferece prova da mesma natureza da prova apresentada pelo autor, arcará ele com o ônus do decurso do tempo do processo; porém, isso ocorrerá de forma provisória, podendo, ao final, ser reconhecida a maior consistência de sua posição jurídica, com a consequente improcedência dos pedidos do autor.

³¹⁴ “Insista-se: a contraprova do réu, cuja ausência se pressupõe para a concessão de tutela de evidência, é a documental” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso...* cit., 2015, p. 629).

³¹⁵ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso...* cit., 2015, p. 629.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 629.

Eventual contraprova produzida durante a instrução, contudo, será apta para afastar a tutela de evidência deferida, desde que seja capaz de afastar a convicção do julgador a respeito da veracidade dos fatos constitutivos.

Isso porque a tutela de evidência se funda, como dito, na maior probabilidade de procedência da pretensão de uma das partes, em razão de estar evidenciada em determinadas situações. Assim, se a tutela antecipada vier a perder esse substrato, em razão dos elementos produzidos durante o processo, não haverá mais justificativa para a distribuição diferenciada do ônus do tempo no mencionado processo.

4.5.2 Extensão à defesa indireta infundada

Parece-nos que o dispositivo diz menos do que pretende, devendo ser interpretado de forma a abranger as situações em que o réu oferece defesa indireta infundada.

Nesses casos, o réu não se contrapõe aos fatos constitutivos alegados, confessando-os. Oferece, contudo, resistência efetiva à ação, alegando a ocorrência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, aptos, em tese, a ensejar a improcedência do pedido.

Nessas hipóteses, se a exceção material trazida pelo réu estiver fundada em prova pré-constituída, o pedido de tutela antecipada de evidência deverá ser indeferido. Se, por outro lado, a defesa indireta estiver desamparada por provas, não haverá razão para que o direito do autor continue esperando para ser exercido. Nesse último caso, estarão plenamente satisfeitos os requisitos do inc. IV, pois aos fatos constitutivos do autor, admitidos como verdadeiros pelo réu, não se terá produzido prova capaz de gerar dúvida razoável.³¹⁷ Nessa hipótese, não será necessário que haja prova documental dos fatos constitutivos do autor, em razão da presunção de veracidade operada.

³¹⁷ É a conclusão a que chegam Marinoni, Arenhart e Mitidiero: “A hipótese do inciso IV é a hipótese clássica em que o tempo para produção da prova deve ser suportado pelo réu – e não pelo autor que já se desincumbiu de seu ônus probatório documental. Embora não tenha sido previsto textualmente pelo art. 311, também é possível antecipação da tutela fundada na evidência quando o autor alega e prova o fato constitutivo de seu direito e o réu opõe defesa indireta sem oferecer prova documental, protestando pela produção de prova oral ou prova pericial” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *Novo curso...* cit., p. 202). No mesmo sentido: MEDINA, *Novo Código...* cit., p. 502.

A razão de ser da hipótese do inc. IV é a inexistência de justificativa para que o autor espere o tempo necessário à produção da prova que interessa ao réu.³¹⁸ As provas que cabiam ao autor já estão nos autos, pertencendo ao requerido o ônus da prova dos fatos que ainda pendem de demonstração. Dessa forma, não faz sentido se atribuir à outra parte, que não ao réu, o ônus do decurso do tempo necessário ao fim do litígio. Na hipótese de apresentação de defesa de mérito indireta, por sua vez, o fato constitutivo do direito do autor é incontroverso. O autor já não tem o ônus de comprovar o fato constitutivo de seu direito e, por isso, o tempo necessário para o réu produzir a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo alegado não deve pesar sobre o primeiro.

Como bem observa William Akerman, essa hipótese não altera a distribuição do ônus da prova, mas lhe confere caráter substancial, “que se soma ao seu viés processual, refletido na regra de julgamento, a fim de lhe dar a efetividade necessária a um processo mais justo. Pesará o ônus sobre quem dele deve se desincumbir”.³¹⁹

Observa-se, por fim, que a concessão da tutela de evidência nesse caso, faz com que o requerido perca o interesse em protelar a conclusão do feito, tornando-se o maior interessado na rápida solução do litígio e na rápida produção das provas necessárias, caso entenda ter razão. Por outro lado, afasta-se a eficácia da tática daqueles réus que somente alegam as defesas indiretas, para adiar o julgamento e, com isso, a perda da posse do bem da vida em litígio.

4.5.3 Necessidade de oitiva do réu

Cabe, ainda, observar que a hipótese do inc. IV não autoriza a concessão da medida antecipatória sem a oitiva do réu. A vedação decorre da interpretação *contrario sensu* do parágrafo único do art. 311 e da própria sistemática do seu cabimento, estritamente ligada ao conteúdo substancial da defesa apresentada.

Com efeito, não se pode cogitar que o juiz entenda infundada a defesa que sequer pôde ser oferecida, não sendo possível concordar com a tese de que

³¹⁸ MARINONI, *Antecipação...* cit., 2011, p. 276.

³¹⁹ AKERMAN, William. Novo CPC: tutela de urgência e tutela da evidência. *Revista Jus Navigandi*, ano 19, n. 3.983, 28.05.2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28980>>. Acesso em: 15.05.2015.

seria suficiente a demonstração da ausência de fundamento da defesa, por meio da juntada de manifestações extrajudiciais do requerido, como, por exemplo, o teor da contranotificação que o réu enviou ao autor.³²⁰ Somente a defesa realizada dentro do processo importa para os fins desse inciso, sendo necessário que ela seja efetivamente possibilitada. Além disso, deve-se reconhecer que as eventuais manifestações do réu fora do processo, ainda que sejam aptas a fazerem prova contra ele, não demandaram a assistência de advogado, e, por isso, delas podem ter escapado questões efetivamente relevantes para fins de defesa, as quais, se trazidas por ocasião da contestação, poderão provocar dúvida razoável.

4.6 Hipóteses de cabimento nos procedimentos especiais

4.6.1 Novo CPC

Além das previstas no art. 311, o novo CPC prevê outras hipóteses que também devem ser incluídas na categoria da tutela antecipada de evidência, vista em contraposição à tutela de urgência. Trata-se das liminares autorizadas em procedimentos especiais, as quais guardam as mesmas características das medidas previstas no art. 311, quais sejam, a cognição sumária, a dispensa da urgência e a presença de elementos que justificam a distribuição do ônus do tempo de maneira diferenciada.

Esse último requisito, nos procedimentos especiais, em regra, diz respeito ao direito material tutelado, tal como no caso do art. 311, inc. II, seja em razão da “constatação de que o direito tutelado pode ser evidenciado de plano ou merece um tratamento diferenciado por sua relevância social”.³²¹ Os procedimentos especiais, aliás, foram os primeiros em nosso ordenamento a permitirem a concessão de tutela antecipada.

De toda forma, mesmo nesses procedimentos o legislador pode exigir algo, além da natureza da matéria tratada, para autorizar o deferimento da tutela antecipada de evidência. Veja-se, por exemplo, o caso das tutelas possessórias,

³²⁰ VALLADÃO NOGUEIRA, O Projeto... cit., p. 585.

³²¹ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso...* cit., 2015, p. 576.

em que além de o processo relacionar-se à posse, a liminar exige que a ação seja de força nova, ou seja, que o esbulho tenha ocorrido há menos de ano e dia.

No novo CPC, os procedimentos que preveem expressamente tutelas que podem ser consideradas de evidência são as ações possessórias, os embargos do devedor e os embargos de terceiro.

No primeiro caso, o novo CPC mantém a sistemática do CPC anterior e prevê, em seu art. 562, o cabimento de medida antecipada, quando a posse e o esbulho estiverem devidamente comprovados. Nesse rito especial, contudo, a exigência de prova é menos rigorosa do que nos demais casos de tutela de evidência, pois se a inicial não estiver devidamente instruída, o juiz autorizará a produção de provas pelo autor em audiência de justificação, autorizando-se, assim, a concessão da medida com base na produção de prova testemunhal (arts. 562 e 563).

No caso das ações possessórias, nos termos do art. 558, *caput* e parágrafo único, o cabimento do procedimento especial depende do lapso temporal havido entre o esbulho e a propositura da ação. Como leciona Antonio Carlos Marcato, “circunstâncias de natureza temporal e relacionadas ao bem da vida reclamado pelo autor é que irão determinar a adoção, caso a caso, do procedimento adequado para o processamento das ações de manutenção ou de reintegração de posse”.³²² Assim, se a ação for de força velha (lapso de mais de ano e dia), o rito será comum; se de força nova (lapso de menos de ano e dia), o rito será o especial. Se for adotado o rito especial, bastará a prova da posse e do esbulho para a concessão da liminar.³²³

No caso de adoção do rito comum, por sua vez, será cabível a tutela provisória genérica, de urgência ou de evidência, conforme o caso concreto. Isso porque, tratando-se de procedimento comum, não há razão para restringir o cabimento de tais tutelas ao autor da pretensão possessória, desde que

³²² MARCATO, *Procedimentos...* cit., p. 156.

³²³ “É que naqueles casos o legislador entendeu de fixar uma presunção legal de evidência do direito, como, v.g., quando a lesão data de menos de ano e dia, o direito à posse assim evidenciado e lesado merece proteção imediata. Com isso, o legislador insculpiu norma *in procedendo*, retirando o arbítrio do juiz. Havendo a lesão, nesse prazo, nada recomenda o aguardo do delongado e ritual procedimento ordinário. A tutela deve engendrar-se e realizar-se de plano” (FUX, *Tutela...* cit., p. 323).

presentes os respectivos requisitos. Afinal, trata-se de procedimento comum para todos os efeitos.³²⁴

Nesse sentido, aliás, deve-se sopesar que o rito especial representa um verdadeiro privilégio concedido a esse tipo de direito material, pois serve para dispensar o autor dos requisitos genéricos das tutelas provisórias, autorizando a concessão dela, mediante a simples prova do direito. Não faz sentido, dessa forma, que afastado o rito especial, o titular passe a ter menos direitos do que o postulante ordinário e passe de privilegiado à pária, apenas em razão da data do esbulho.

A ação de embargos de terceiro, da mesma forma, prevê a possibilidade de concessão de medida liminar, independentemente de qualquer urgência, bastando que o embargante comprove suficientemente o domínio ou a posse dos bens constrictos judicialmente, hipótese na qual o juiz determinará a suspensão de tais medidas, bem como a manutenção ou a reintegração da posse (art. 678 do novo CPC).

No caso dos embargos do devedor, o art. 919, § 1.º, do novo CPC dispõe que o efeito suspensivo poderá ser concedido se houver prévia garantia e forem verificados os requisitos para a concessão da tutela provisória, o que coloca a de evidência no âmbito de abrangência do dispositivo. Assim, preenchidos os requisitos de quaisquer das quatro hipóteses do artigo, os embargos receberão o efeito suspensivo, independentemente de qualquer urgência, com fulcro apenas na qualificação da probabilidade de procedência dos embargos.³²⁵

Por fim, deve ser mencionada a existência no novo CPC de hipótese de antecipação da tutela recursal fundada em evidência, conforme se verifica no art.

³²⁴ Nesse sentido: DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso...* cit., 2015, p. 576; NERY JUNIOR; NERY, *Código de Processo Civil...* cit., art. 273, nota n. 18. Essa também é a posição reiterada do Superior Tribunal de Justiça, conforme assinalado na seguinte ementa: “Agravo Regimental – Ação de Reintegração de Posse – Tutela antecipada rejeitada na Corte local – Decisão monocrática que conhece e nega provimento a Agravo em Recurso Especial. Insurgência do demandado. 1. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacífico no sentido de que é possível a concessão de tutela antecipada em ação de reintegração de posse, ainda que se trate de posse velha, desde que preenchidos os requisitos do art. 273 do CPC. 2. A análise do preenchimento dos requisitos autorizadores da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional (artigo 273 do CPC) reclama o reenfrentamento do contexto fático-probatório dos autos, providência inviável em recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental não provido.” (AgRg no Ag 1232023/PR, Rel. Ministro Marco Buzzi, 4.ª Turma, julgado em 27.11.2012, DJe 17.12.2012).

³²⁵ Nesse sentido: BODART, *Tutela...* cit., p. 154; NERY JUNIOR; NERY, *Comentários...* cit., p. 1817.

1.012, § 4.º, o qual prevê a possibilidade de concessão de efeito suspensivo à apelação se o apelante demonstrar a *probabilidade de provimento do recurso* ou sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação. A conjunção alternativa *ou* no dispositivo deixa claro que a probabilidade de provimento do recurso é requisito suficiente para a concessão do efeito, de forma que a antecipação da tutela recursal poderá ser concedida, tanto em razão da urgência como da evidência.

4.6.2 Legislação extravagante

Na legislação processual extravagante, da mesma forma, estão previstas medidas liminares que têm natureza de tutela antecipada de evidência, pois seguem a mesma lógica e possuem a mesma estrutura das medidas previstas nos procedimentos especiais previstos no novo CPC, diferenciando-se apenas topologicamente.

Entre elas, podemos citar: a) a liminar da ação de alimentos (Lei n. 5.478/1968, art. 4.º);³²⁶ b) a liminar da ação de despejo (Lei n. 8.245/1991, art. 59, § 1.º);³²⁷ c) a liminar de reintegração ou imissão na posse, em caso de perda da propriedade nos contratos envolvendo alienação fiduciária de imóvel (Lei n. 9.514/1997, art. 30);³²⁸ d) a liminar nas ações de busca e apreensão de veículos alienados fiduciariamente (Decreto-Lei n. 911/1969, art. 3.º);³²⁹ e e) a liminar de indisponibilidade de bens nos casos de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/1992, art. 7.º).³³⁰

³²⁶ “Art. 4.º Ao despachar o pedido, o juiz fixará desde logo alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita.”

³²⁷ “§ 1.º Conceder-se-á liminar para desocupação em quinze dias, independentemente da audiência da parte contrária e desde que prestada a caução no valor equivalente a três meses de aluguel, nas ações que tiverem por fundamento exclusivo: [...]”.

³²⁸ “Art. 30. É assegurada ao fiduciário, seu cessionário ou sucessores, inclusive o adquirente do imóvel por força do público leilão de que tratam os §§ 1.º e 2.º do art. 27, a reintegração na posse do imóvel, que será concedida liminarmente, para desocupação em sessenta dias, desde que comprovada, na forma do disposto no art. 26, a consolidação da propriedade em seu nome.”

³²⁹ “Art. 3.º O proprietário fiduciário ou credor poderá, desde que comprovada a mora, na forma estabelecida pelo § 2.º do art. 2.º, ou o inadimplemento, requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, podendo ser apreciada em plantão judiciário. (Redação dada pela Lei n. 13.043, de 2014)”

³³⁰ “Art. 7.º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.”

A última hipótese trata, na verdade, de medida cautelar, o que, por essência, exigiria *periculum in mora*. O dispositivo, porém, em sua literalidade, dispensa qualquer risco de dano, o que ensejava controvérsia a respeito da necessidade ou não de tal requisito. Em sede de julgamento recurso especial repetitivo n. 1.366.721/BA, porém, o STJ pacificou a questão, reconhecendo ser dispensável a existência de risco concreto, já que ele estaria implícito no caso, em face dos valores protegidos pela referida hipótese.³³¹ Considera-se, portanto, que se trata de hipótese fundada na evidência, pois deverá ser deferida independentemente de alegação e prova de urgência.³³²

Por fim, vale observar que no rito especial do mandado de segurança, a concessão da liminar exige a alegação (e prova, se o caso) do receio de ineficácia da medida (Lei n. 12.016/2009, art. 7.º, inc. III),³³³ “expressão que deve ser entendida da mesma forma que a consagrada expressão latina *periculum in mora*, perigo na demora da prestação jurisdicional”,³³⁴ o que afasta a medida da categoria das tutelas provisórias de evidência. Assim, nesse rito, a tutela definitiva é de evidência, mas a tutela provisória é de urgência.

³³¹ “Processual civil e administrativo. Recurso especial repetitivo. Aplicação do procedimento previsto no art. 543-C do CPC. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Cautelar de indisponibilidade dos bens do promovido. Decretação. Requisitos. Exegese do art. 7.º da Lei n. 8.429/1992, quanto ao *periculum in mora* presumido. Matéria pacificada pela colenda primeira seção. [...] 5. Portanto, a medida cautelar em exame, própria das ações regidas pela Lei de Improbidade Administrativa, não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o *periculum in mora* encontra-se implícito no comando legal que rege, de forma peculiar, o sistema de cautelaridade na ação de improbidade administrativa, sendo possível ao juízo que preside a referida ação, fundamentadamente, decretar a indisponibilidade de bens do demandado, quando presentes fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa. 6. Recursos especiais providos, a que restabelecida a decisão de primeiro grau, que determinou a indisponibilidade dos bens dos promovidos. 7. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e do art. 8.º da Resolução n. 8/2008/STJ” (STJ, REsp 1.366.721/BA, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Og Fernandes, 1.ª Seção, julgado em 26.02.2014, DJe 19.09.2014).

³³² Nesse sentido, conferir: BODART, *Tutela...* cit., p. 107; COSTA, Eduardo Jose da Fonseca. Tutela de evidência e tutela de urgência na ação de improbidade administrativa (ou a indisponibilidade liminar de bens à luz da teoria da “imagem global”). In: _____; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Guilherme Recena. *Improbidade administrativa: aspectos processuais da Lei nº 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 167.

³³³ “Art. 7.º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

[...]

III – que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.”

³³⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança: comentários sistemáticos à Lei n. 12.016, de 7-8-2009*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 41.

4.7 Pedido parcialmente incontroverso: a separação pelo novo CPC da tutela provisória de evidência do julgamento antecipado parcial de mérito

A Lei n. 10.444/2002 incluiu o § 6.º no art. 273 do CPC de 1973, prevendo que a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

A hipótese do art. 273, § 6.º, baseia-se, como se pode perceber, apenas na evidência do direito, dispensando qualquer avaliação a respeito da urgência, tratando-se, assim, de uma hipótese de provimento baseado exclusivamente na evidência. Aliás, para os autores que vislumbram na hipótese do inc. II do art. 273 o fundamento punitivo ou sancionatório e não o da evidência, a hipótese do pedido incontroverso foi a primeira em que se previu a tutela antecipada de evidência genérica, desapegada de um direito material específico.

O novo CPC, nas versões do Anteprojeto e do Projeto de Lei n. 66/2010, aprovado inicialmente no Senado Federal, previa a controvérsia parcial do pedido como hipótese de tutela provisória de evidência, mantendo-a junto da tutela antecipada, ressaltando, porém, que nesse caso se trataria de “solução definitiva”.³³⁵

A partir da redação aprovada na Câmara dos Deputados (PL n. 8.046/2010) até a redação promulgada, o novo CPC alterou topologicamente a hipótese, transferindo-a para o inc. I do art. 356,³³⁶ e criando, a partir dele, a figura do julgamento antecipado parcial do mérito. Com essa modificação, eliminou-se do sistema uma das hipóteses de tutela antecipada de evidência.

4.7.1 Pressupostos

³³⁵ PLS 66/2010: “Art. 278. A tutela de evidência será concedida, independentemente da demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação, quando: [...] II – um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva;” (BUENO, *Projetos...* cit., p. 162).

³³⁶ “Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

I – mostrar-se incontroverso;

II – estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355.”

A parcialidade da ausência de controvérsia dos pedidos se configura nas hipóteses em que ela não atinge todos pedidos, quando há cumulação deles, ou em que não atinge o pedido integralmente, quando há a sua decomponibilidade. Deve haver, além disso, independência jurídica da parte ou parcela incontroversa em relação àquela ainda controvertida, sob pena de a prejudicialidade ou interdependência gerarem risco de julgamento contraditório.³³⁷

Há relação de dependência entre os capítulos da sentença (e, portanto, do pedido), quando um não subsistir logicamente se o outro tiver sido negado. São dependentes, por prejudicialidade, por exemplo, o pedido de condenação ao pagamento de juros em relação ao pedido de pagamento do principal (se o segundo é improcedente, o primeiro também o será), o pedido de alimentos em relação ao pedido de reconhecimento de paternidade, o pedido de restituição da coisa em relação ao pedido de rescisão do contrato que a transmitiu.³³⁸ Nesses casos, se somente o pedido dependente for incontroverso, não haverá sua antecipação, em razão da necessidade de verificação da procedência do pedido prejudicial.

A ausência de controvérsia, por sua vez, se caracteriza pela ausência de discussão do ponto entre as partes. Decorre da falta de impugnação específica das alegações que conduzem ao pedido; da transação parcial; do reconhecimento jurídico parcial do pedido; da confissão ou da dispensa de prova a respeito de determinado fato.³³⁹

Um ponto a ser observado é que, como ensina Teori Albino Zavascki,

[...] a ausência de controvérsia deve considerar e envolver a posição do juiz, o terceiro figurante da relação processual angularizada. Portanto, além da ausência de controvérsia entre as partes, somente poderá ser tido como incontroverso o pedido que, na convicção do juiz, for verossímil. “Incontroverso”, em suma, não é o “indiscutido”, mas sim o “indiscutível”.³⁴⁰

³³⁷ THEODORO JÚNIOR, *Curso... cit.*, 2014, p. 418.

³³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 47-48. Sobre o tema, conferir ainda: BONICIO, Marcelo José Magalhães. Notas sobre a tutela antecipada “parcial” na nova reforma do Código de Processo Civil. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Ed. RT, v. 808, p. 74, fev. 2003.

³³⁹ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *Novo curso... cit.*, p. 227.

³⁴⁰ ZAVASCKI, *Antecipação... cit.*, p. 111.

Luiz Guilherme Marinoni amplia o conceito de incontroverso para abranger os fatos que, no momento do saneamento, não demandem dilação probatória, ou seja, que poderiam conduzir ao julgamento antecipado, ainda que a convicção a respeito deles se origine da análise efetiva das provas.³⁴¹

A interpretação extensiva do autor decorre do art. 331, § 2.º, do CPC de 1973, que determina que o juiz deverá fixar na decisão saneadora os pontos controvertidos, encaminhando o processo para a fase instrutória. Cassio Scarpinella Bueno adota interpretação semelhante, conceituando pedido incontroverso como “aquele que não depende de prova complementar” ou “que já foi suficientemente comprovado”.³⁴²

Com o devido respeito aos brilhantes doutrinadores, a interpretação não parece a mais correta. A controvérsia surge da ausência de impugnação aos fatos alegados. Se o ponto for impugnado surge a questão, a qual somente será dirimida mediante a análise das provas. A controvérsia não se desnatura porque as provas utilizadas para sua solução são pré-constituídas, em vez de produzidas na fase instrutória. O legislador, portanto, ao eleger a ausência de controvérsia como pressuposto valorizou a convicção que se origina da presunção de veracidade e não a que decorre da análise do conjunto probatório.

O novo CPC bem percebeu essa distinção e criou uma segunda hipótese de cabimento do julgamento parcial de mérito (art. 356, inc. II), na qual ele é autorizado quando um ou mais dos pedidos ou parcela deles estiver em condições de imediato julgamento. Dessa forma, apesar de separar a ausência de controvérsia da dispensa de dilação probatória, o legislador do novo CPC valorizou ambas as situações igualmente, permitindo que, diante de ambas, o juiz profira decisão parcial de mérito.

4.7.2 Natureza do provimento previsto no art. 273, § 6.º, do CPC de 1973

A partir do conceito de ausência de controvérsia, pode-se perceber que estruturalmente o provimento que nela se baseia não é proferido com base em

³⁴¹ MARINONI, *Antecipação...* cit., 2011, p. 286.

³⁴² BUENO, *Tutela...* cit., p. 54.

cognição sumária, pois não se funda em mera aparência, mas em convicção plena a respeito dos fatos conhecidos.

Por isso, apesar de previsto no art. 273, a caracterização do pronunciamento do § 6.º como antecipação de tutela não era pacífica, havendo parcela considerável da doutrina que a considerava hipótese de julgamento parcial do mérito, e, portanto, de tutela definitiva. Para além da questão da cognição, Marinoni e Arenhart sustentam que a conclusão a respeito da definitividade da tutela do pedido incontroverso decorreria também do princípio da razoável duração do processo.³⁴³

Dessa forma, para essa parcela da doutrina, o provimento fundado em ausência de controvérsia não se sujeita ao regime característico das tutelas provisórias, do que deflui que se reveste dos efeitos da coisa julgada, sendo apto à emanção de certeza jurídica, não pode ser revogado ou modificado posteriormente, não se sujeita à confirmação na sentença e pode conceder efeitos irreversíveis.³⁴⁴

Partindo-se do referido posicionamento, o novo CPC não teria operado a exclusão de uma das hipóteses da tutela antecipada de evidência, pois ela não se caracterizava como tal no anterior. Teria apenas procedido à correção topológica e terminológica do instituto, dando tratamento legislativo adequado à natureza dele, concluindo-se, assim, que o pedido parcialmente incontroverso nunca deu origem a uma tutela de natureza provisória e continuária, a partir do novo CPC, não o fazendo.

Para outra parcela da doutrina, entretanto, a hipótese se trata efetivamente de tutela antecipada.

Teori Albino Zavascki, por exemplo, apesar de reconhecer que seria melhor ter dado tratamento de tutela definitiva à hipótese, afirma curvar-se à

³⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil. Processo de conhecimento*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 235.

³⁴⁴ ARRUDA ALVIM, José Manoel de; ASSIS, Araken de; ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 552. No mesmo sentido, confira-se: MEDINA, José Miguel Garcia; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Processo civil moderno. Parte geral e processo de conhecimento*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 229; THEODORO JÚNIOR, *Curso...* cit., 2014, p. 419; BUENO, *Tutela...* cit., p. 62. Em termos jurisprudenciais, esse posicionamento foi acolhido em notável voto proferido no AI n. 0044712-08.2005.8.26.0000, de relatoria do Desembargador José Luiz Gavião de Almeida, do TJSP, de 07.06.2005 e registrado em 24.06.2005.

opção legislativa, entendendo que o regime aplicável ao caso é o de tutela antecipada.³⁴⁵

Para José Roberto dos Santos Bedaque, por sua vez, a opção do legislador pela tutela provisória não é somente cabível, como a mais conveniente, tendo em vista que “produz os efeitos práticos pretendidos, sem retirar do juiz a possibilidade de revogar a antecipação, por haver concluído, à luz dos elementos dos autos, pela inexistência do direito, mesmo em relação aos fatos incontroversos.”³⁴⁶

No mesmo sentido, Athos Gusmão Carneiro defende “que nem sempre a questão relativa à ‘amplitude’ da contestação se ostenta com suficiente nitidez, e podem surgir controvérsias sobre se (ou qual) determinada parcela do pedido realmente não mereceu contradita, ou se talvez teria sido impugnada implicitamente”.³⁴⁷

Teresa Arruda Alvim Wambier, por sua vez, encontra solução intermediária bastante interessante. O juiz deve decidir em que caráter decide o pedido parcialmente incontroverso, com base no grau de convicção por si alcançado em função quadro processual. Se plenamente convencido, concederá a tutela em caráter definitivo; se entender que, diante do quadro probatório, poderá posteriormente ser necessária a reanálise da questão, deverá decidir, em caráter provisório.³⁴⁸

Nelson Nery Junior e Rosa Nery, por sua vez, em sentido semelhante, defendem que o sistema permite a adoção das duas vertentes, mas que será o requerente que definirá a natureza da medida e, por conseguinte, seu regime jurídico: se pretender a tutela definitiva, o pedido será baseado no art. 269, II, se a provisória, no art. 273, § 6.º. Ao juiz, por seu turno, caberá a análise do cabimento da medida requerida pela parte.³⁴⁹

³⁴⁵ ZAVASCKI, *Antecipação...* cit., p. 113-114. Nesse sentido também: NERY JUNIOR; NERY, *Código de Processo Civil...* cit., art. 273, nota n. 4.

³⁴⁶ BEDAQUE, *Tutela cautelar...* cit., p. 362-363.

³⁴⁷ CARNEIRO, *Da antecipação...* cit., p. 54.

³⁴⁸ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. O juiz aplica a lei à verdade dos fatos? *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, v. 216, p. 429, fev. 2013.

³⁴⁹ Dizem os autores: “Nada obstante a decisão que adianta os efeitos da parte não contestada da pretensão tenha alguns dos atributos de decisão acobertada pela coisa julgada material parcial e, conseqüentemente, de título executivo judicial, reveste-se do caráter da provisoriedade. Não há óbice no seu enquadramento dentro da sistemática do processo civil brasileiro, ainda que o meio processual para alcançá-la seja o do instituto da tutela antecipada do CPC 273. Falamos em meio processual porque, na essência, ontologicamente, essa situação

O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, decidiu, em sede do REsp n. 1.234.887/RJ, que a hipótese do art. 273, § 6.º, possui natureza de tutela antecipada. Após longa e detalhada análise doutrinária e jurisprudencial, o Relator, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, conclui que a natureza provisória da medida deve se impor, em razão da evidente opção legislativa:

Ao que se tem, portanto, a decisão que antecipa a tutela da parte incontroversa da demanda, a bem da verdade, é de natureza meritória e satisfativa, porém, por questão de política legislativa, foi mantida no rol do artigo 273 do Código de Processo Civil, relacionando-se, erroneamente, com o juízo de cognição sumária.

[...]

Em vista do quanto exposto, não se discute que a tutela prevista no § 6.º do artigo 273 do CPC atende aos princípios constitucionais ligados à efetividade da prestação jurisdicional, ao devido processo legal, à economia processual e à duração razoável do processo, e que a antecipação em comento não é baseada em urgência, nem muito menos se refere a um juízo de probabilidade (ao contrário, é concedida mediante técnica de cognição exauriente após a oportunidade do contraditório). Porém, como já dito, por questão de política legislativa a tutela acrescentada pela Lei nº 10.444/02 não é suscetível de imunização pela coisa julgada.³⁵⁰

A nosso ver, essa é a posição que deve realmente prevalecer.

Com efeito, apesar do brilhantismo teórico, as considerações doutrinárias em contrário acabavam por conflitar com o texto expresso da lei. Em primeiro lugar, porque se trata de um parágrafo do art. 273, cujo *caput* dispõe sobre a tutela antecipada. Veja-se que, nos termos do art. 11, inc. III, alínea c, da Lei Complementar n. 95/1998, os parágrafos devem conter aspectos complementares à norma enunciada no *caput* ou as exceções à regra por este estabelecida. Assim, ainda que não se trate de regra com conteúdo absoluto,

seria equiparável ao reconhecimento jurídico parcial do pedido, que, entre nós, enseja a extinção do processo com resolução do mérito, em favor do autor (CPC 269 II), ou seja, o nosso direito já contém guarida para a pretensão do autor quando ocorre a admissão parcial do pedido condenatório. Há, portanto, duas soluções possíveis para a hipótese: a) caso o autor pretenda a antecipação parcial da tutela, haverá decisão interlocutória sobre o tema, provisória, segundo o regime jurídico da tutela antecipada; b) caso o autor alegue que o réu reconheceu parcialmente o pedido (CPC 269 II), o juiz, acolhendo a alegação, proferirá decisão interlocutória definitiva de mérito: o processo (conjunto de todas as pretensões deduzidas pelo autor e pelo réu, quando, por exemplo, reconvém) não será extinto. V. Leonardo José Carneiro da Cunha. O § 6.º do art. 273 do CPC: tutela antecipada parcial ou julgamento antecipado parcial da lide? (*RDDP* 1/109). V. *coments. CPC* 162 §§ 1.º e 2.º e coment. 4 CPC 273” (NERY JUNIOR; NERY, *Código de Processo Civil...* cit., art. 273, nota n. 45).

³⁵⁰ STJ, REsp 1.234.887/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, julgado em 19.09.2013, DJe 02.10.2013.

não há dúvida de que a topologia da disposição tem carga de sentido que não deve ser ignorada.

Não fosse isso, tem-se também que o texto da regra refere-se literalmente ao cabimento de tutela antecipada: “§ 6.º A *tutela antecipada* também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.

Não há, portanto, como sustentar um deslize topológico do legislador ao situar o dispositivo no art. 273. Houve, sim, uma opção inequívoca pela tutela antecipada, a qual, ainda que não fosse a mais conveniente ou precisa em termos jurídicos, não parece padecer de nenhum vício de constitucionalidade que impeça sua aplicação.

Conclui-se, assim, que o legislador de 2002 quis permitir o adiantamento da eficácia da tutela quando o réu não se insurgisse contra todos os pedidos, mas não quis afastar a provisoriedade desse provimento, deixando em aberto a possibilidade de sua modificação. Entende-se aqui, portanto, que o art. 273, § 6.º, do CPC de 1973 prevê uma hipótese de tutela antecipada de evidência, ainda que contenha em si todos os elementos necessários à formação de uma tutela definitiva, salvo a autorização legal, para tanto.

4.7.3 Tratamento da hipótese no novo CPC

Com a entrada em vigor do novo CPC, a polêmica se encerrará, ficando expressamente estabelecido que a hipótese do pedido parcialmente incontroverso trata de fracionamento do mérito, ficando “definitivamente superada, portanto, a ideia de que todo o julgamento sobre o mérito do processo possa ocorrer somente na sentença”.³⁵¹

Não há mais lugar para discussão: suprimiu-se uma hipótese de tutela antecipada e estabeleceu-se que a ausência parcial de controvérsia do pedido é fundamento para uma tutela de caráter definitivo, conferindo-se à referida medida toda a eficácia potencial que ela guardava em si. Por conseguinte, o regime jurídico aplicável à decisão baseada na ausência de controvérsia parcial

³⁵¹ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa et al. (coord.). *Breves comentários...* cit., p. 960.

do pedido não é mais o da tutela antecipada de evidência, sendo cabíveis a ele, todos os elementos pertinentes à tutela definitiva.

Em primeiro lugar, a decisão é suscetível de formação da coisa julgada material.³⁵² Assim, havendo preclusão da decisão, a execução será definitiva (art. 356, § 3.º, do novo CPC) e não será necessária sua confirmação, em sede da sentença. Ainda que a sentença final venha a reconhecer um vício processual que conduziria à extinção do pedido sem resolução do mérito, a decisão parcial antecipada não será atingida.

Assim como a tutela de evidência, a medida será exequível imediatamente, mas por força própria, seja porque o recurso cabível será o de agravo de instrumento (art. 356, § 5.º, do novo CPC), que não dispõe naturalmente de efeito suspensivo (art. 1.019, inc. I), seja por expressa previsão legal, que inclusive prevê dispensa de caução para sua execução provisória.³⁵³ Se, contudo, for deferido o efeito suspensivo ao agravo de instrumento, a exequibilidade imediata será afastada.³⁵⁴

Dessa forma, não há que se confundir as duas espécies de tutela. Em ambos os casos, o beneficiário da medida estará autorizado a fruir do bem jurídico disputado desde logo, e nisso, elas se assemelham. Porém, no caso do julgamento parcial, a tutela será mais completa, com atribuição de todos os efeitos da tutela definitiva, inclusive os relativos à concessão da certeza jurídica pretendida e à eliminação das restrições relativas à execução provisória.

Vê-se, portanto, que a hipótese antes tida como de tutela antecipada converteu-se em tutela definitiva, mantendo-se a possibilidade de execução imediata. Dessa forma, mantiveram-se os benefícios que a antecipação da tutela oferecia, ao mesmo tempo em que se garantiu o aprofundamento da carga eficaz do mesmo provimento, ao dispensar a sua confirmação em sede de tutela final e permitir a formação da coisa julgada material.

³⁵² MITIDIERO, Livro V – Da tutela antecipada cit., p. 963. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso...* cit., 2015, v. I, p. 826.

³⁵³ “Art. 356. [...] § 2.º A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto.”

³⁵⁴ MITIDIERO, Livro V – Da tutela antecipada cit., p. 964.

5 REGIME JURÍDICO DA TUTELA PROVISÓRIA DE EVIDÊNCIA: DISTINÇÕES NA DISCIPLINA DECORRENTES DA AUSÊNCIA DE URGÊNCIA

5.1 Considerações gerais

Após termos traçado os parâmetros conceituais da tutela provisória de evidência, na forma como foi disciplinada no novo CPC, e descrito as hipóteses de cabimento, fazem-se pertinentes algumas considerações a respeito do regime jurídico desse tipo de tutela antecipada.

Sendo espécie do gênero tutela antecipada, a tutela provisória de evidência obedece às linhas gerais da disciplina jurídica existente sobre o tema, um dos mais abordados em nossa literatura especializada.

A provisoriedade e sumariedade da cognição marcam a disciplina da tutela antecipada em geral, sendo determinantes em diversos aspectos da tutela de urgência e de evidência, estabelecendo, por exemplo, limitações relacionadas ao seu cumprimento e à necessidade de confirmação na sentença.

O regime jurídico, contudo, não é único, havendo distinções no tratamento que as duas espécies de tutela antecipada devem receber em sua aplicação, pois parte de tais regras decorre de necessidades específicas provenientes da função neutralizadora do perigo de dano, que apenas as tutelas de urgência possuem. Essas diferenças podem ser encontradas a partir de opções expressas do legislador, ao estabelecer que determinada regra se aplica a esse ou àquele tipo de tutela provisória ou da interpretação teleológica de determinados aspectos da disciplina jurídica de cada uma delas.

São exemplos de opções legislativas a regra do art. 303, que permite, nos casos de tutela de urgência, a propositura de procedimento autônomo para requerimento de tutela antecipada antecedente; a regra do art. 300, § 2.º, que permite a realização de justificção prévia para a concessão de tutela de urgência; e a regra do art. 311, parágrafo único, que veda a concessão de tutela de evidência de forma liminar, nos casos previstos nos incs. I e IV do mesmo artigo.

Fora desses casos em que o próprio legislador previu um tratamento diferenciado, a regra será de identidade no tratamento, salvo se algum aspecto

da disciplina decorrer exclusivamente de uma necessidade oriunda do receio de dano, hipótese em que não será aplicável aos casos de tutela de evidência.

Em primeiro lugar, abordaremos os aspectos da disciplina que são comuns aos dois tipos de tutela antecipada, ou seja, em que não se encontram diferenças substanciais nos regimes da tutela de urgência e da de evidência. Em seguida, e por fim, trataremos dos aspectos em que há alguma diferença na disciplina das referidas espécies de tutela provisória.

5.2 Aspectos em que não há distinções na disciplina das tutelas antecipadas

5.2.1 Classificação do pronunciamento judicial: decisão interlocutória e sentença

A fixação dos critérios para classificação dos provimentos judiciais em sentença e decisão interlocutória é questão polêmica. Em sua redação original, o art. 162, § 1.º, do CPC de 1973 elegia como critério diferenciador o da finalidade do ato. Segundo o dispositivo, já revogado, “sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”. Assim, se o ato importasse a extinção do processo, seria sentença; se decidisse questão incidente, sem extingui-lo, seria decisão interlocutória, e se apenas promovesse o andamento do feito, seria despacho.³⁵⁵

A Lei n. 11.232/2005 modificou o sistema de execução de título executivo judicial, transformando-o em fase do processo, que, portanto, não era mais extinto com a sentença, mas prosseguia com o cumprimento dela. Em razão disso e atendendo a reclamos de parte da doutrina,³⁵⁶ foi alterada a redação do art. 162, § 1.º, para prever que sentença é “o ato do juiz que implica alguma das

³⁵⁵ “Nenhum outro parâmetro anterior ao da lei, por mais importante e científico que seja, poderia ser utilizado para estabelecer a natureza e a espécie do pronunciamento judicial. O critério, fixado *ex lege*, tinha apenas a finalidade como parâmetro classificatório. Toda e qualquer outra tentativa de classificação do pronunciamento do juiz que não se utilizasse do elemento teleológico deveria ser interpretada como sendo *de lege ferenda*” (NERY JUNIOR; NERY, *Comentários...* cit., p. 715-716).

³⁵⁶ ARRUDA ALVIM WAMBIER, *Nulidades...* cit., p. 27-31.

situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”. O critério para distinção entre os provimentos teria passado, assim, a ser material, ou seja, o conteúdo do ato.

Parte da doutrina, contudo, continuou entendendo que o critério teleológico não foi excluído da classificação, tendo apenas a ele sido agregado o critério material. O principal fundamento para essa interpretação seria a manutenção da redação do § 2.º do art. 162, que define decisão interlocutória como o “o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente”, ou seja, a classificação de decisão interlocutória continuaria vinculada à sua função não extintiva do processo, já que seria decisão tomada no curso do feito.³⁵⁷

A classificação dos provimentos, portanto, teria passado de um critério único para um critério misto, combinando finalidade e conteúdo. Nesse sentido, sentença seria o ato judicial que implica alguma das situações dos arts. 267 e 269 e que põe fim à fase de conhecimento do processo em primeiro grau, enquanto decisão interlocutória seria o provimento que resolve questão incidente, de qualquer conteúdo, e não põe fim a essa fase, que prossegue.³⁵⁸

O novo CPC adotou e explicitou esse posicionamento doutrinário, dispondo em seu art. 203, § 1.º, que sentença é “o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução”. O conceito de decisão interlocutória, por sua vez, é o de provimento judicial que não se encaixe no conceito de sentença e que tenha natureza decisória, ou seja, resolva questão, sendo apto a causar gravame a uma das partes (art. 203, § 2.º, do novo CPC). Os despachos, por fim, são classificados por exclusão, sendo os demais provimentos que não sejam sentença ou decisão interlocutória, praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte (art. 203, § 3.º, do novo CPC).

³⁵⁷ NERY JUNIOR; NERY, *Comentários...* cit., p. 716. No mesmo sentido: ARRUDA ALVIM, *Direito...* cit., p. 673; NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 130.

³⁵⁸ Parece-nos, contudo, que o critério preponderante na divisão entre sentença e decisão interlocutória continua sendo o da finalidade extintiva. Com efeito, não pode haver extinção da fase de conhecimento por outros fundamentos que não os elencados nos arts. 267 ou 269 (ou 485 e 487 no novo CPC), razão pela qual todos os provimentos que extingam a fase de conhecimento serão necessariamente sentenças, independentemente da análise do conteúdo de que disponham. Se houvesse ato que extinguisse a fase de conhecimento sem o conteúdo dos arts. 267 e 269, então, poderíamos dizer que o conteúdo seria relevante para a definição do conceito. Como, contudo, não há essa espécie de ato, o conteúdo deve ser visto mais como um anexo à função extintiva do que um critério efetivamente determinante na classificação.

Na sistemática adotada pelo novo CPC, portanto, pode haver decisão interlocutória que resolva o mérito ou importe extinção de pedido sem resolução do mérito. Dessa forma, as sentenças e decisões interlocutórias podem ser definitivas e terminativas, devendo-se classificá-las conforme extingam ou não a fase de conhecimento na instância originária.

A partir dessas considerações, pode-se concluir que o provimento judicial que defere ou que indefere a tutela antecipada deve ser considerado decisão interlocutória, pois não põe fim à fase de conhecimento do processo, não se tratando, portanto, de sentença, e tem natureza decisória, sendo apto a causar gravame a uma das partes, não se tratando, portanto, de despacho.

Havia alguma divergência a respeito da natureza do provimento previsto no art. 273, § 6.º, do CPC de 1973, pois, como se viu, parte da doutrina vislumbrava nele julgamento parcial de mérito, que teria conteúdo de sentença, nos termos do anterior art. 162. Dessa forma, se combinássemos os entendimentos de que o provimento do art. 273, § 6.º era tutela definitiva e o de que a sentença se define pelo conteúdo, e não pela função, teríamos que esse tipo de provimento seria sentença e não decisão interlocutória. Porém, nessa hipótese específica, já não se trataria de tutela antecipada, a qual é essencialmente provisória.

No novo CPC, como já foi dito, essa questão ficou superada, pois o pedido incontroverso passou a ser pressuposto do julgamento parcial de mérito (art. 356, inc. I), com a adoção expressa pelo legislador da tese de que se trata de provimento definitivo. De toda forma, continua se tratando de decisão interlocutória, em razão da adoção da concepção funcional de sentença.³⁵⁹

Deve ser ressalvado, contudo, que as considerações acima delineadas não se aplicam aos casos em que a tutela antecipada for deferida ou denegada no bojo da sentença, hipótese em que sua natureza será de sentença, em razão do caráter indivisível da decisão, em termos classificatórios.

Como afirmam Nelson Nery Junior e Rosa Nery:

A decisão judicial de primeiro grau não pode ser cindida em capítulos para efeitos de recorribilidade (Nery. *Recursos* 6, n. 2.4, p. 120 *et seq.*). Ainda que nela o juiz resolva várias questões, recebe classificação única. Se o ato do juiz resolve

³⁵⁹ MITIDIERO, Livro V – Da tutela antecipada cit., p. 963.

questões preliminares, concede tutela antecipada e extingue o processo, é classificado pelo seu *conteúdo mais abrangente* (Nery. *Recursos* 6, n. 2.4, p. 121), isto é, como sentença (CPC 162 § 1.º).³⁶⁰

Disso decorre que, se for proferido fora da sentença, o provimento antecipatório (ou denegatório) será considerado decisão interlocutória, recorrível por meio de agravo de instrumento (art. 1.015, inc. I). Se for proferido no bojo da sentença, por sua vez, será considerado capítulo da sentença, recorrível por meio de apelação (art. 1.013, § 5.º), a qual, contudo, não terá efeito suspensivo, em relação a esse capítulo, por expressa disposição legal (art. 1.012, § 1.º, inc. V).³⁶¹

5.2.2 Grau de cognição e provisoriedade do provimento

Como se disse, a cognição sumária é técnica de prestação de tutela diferenciada, por meio da qual se autoriza a prolação de provimento baseada em juízo de probabilidade, formado diante da aparência do direito. Não se caracteriza pelo grau de convencimento, propriamente, mas pelo momento procedimental em que é proferida, sendo sumária a cognição, quando ainda for possível a qualquer das partes crescer, de alguma forma, o conjunto de alegações e de provas existentes no processo, o que acontece até o momento da sentença.³⁶² A tutela antecipada, portanto, permite ao juiz proferir decisão, antes de atingido esse ápice cognitivo do processo, alcançado apenas no momento da cognição exauriente.

Como afirma Daniel Mitidiero:

A técnica antecipatória, em regra, está fundada em um juízo de probabilidade oriundo de cognição sumária – seja porque o

³⁶⁰ NERY JUNIOR; NERY, *Código de Processo Civil...* cit., art. 273, nota n. 27. No mesmo sentido: NERY JUNIOR, *Teoria...* cit., p. 129-130.

³⁶¹ Em razão do mencionado artigo, a tutela antecipada, seja qual for, continua correspondendo “a uma verdadeira retirada do efeito suspensivo da apelação” (BUENO, *Tutela...* cit., p. 99).

³⁶² Nesse sentido, a lição de Cassio Scarpinella Bueno: “Não se pode admitir, à luz do princípio do contraditório e da ampla defesa, que o magistrado, antes do exaurimento do procedimento possa pretender estar totalmente convencido de que o autor (ou o réu) tem inteira razão. A cognição exauriente é um fenômeno necessariamente vinculado a um procedimento que permite a ampla incidência daqueles princípios que, em situações de urgência, eles cedam espaço para a incidência (prevalcimento momentâneo) do princípio da efetividade da jurisdição” (BUENO, *Tutela...* cit., p. 21).

contraditório ainda não se formou, seja porque ainda não produzidas no processo *todas as provas necessárias* para esclarecimento integral do litígio. O juiz decide com base *id quod prima facie justum videtur*. Daí a razão pela qual observa a doutrina corretamente que a técnica antecipatória trabalha em geral no terreno dos *elementos fático-jurídicos* ainda não submetidos completamente ao diálogo no processo e das provas *prima facie* (“instruction prima facie”, “prove leviores”, “summarischen Beweis”).³⁶³

Da sumariedade da cognição, em regra, decorre a provisoriedade do provimento, pois não faria sentido permitir às partes produzir outros elementos de prova, se não fosse possível a revisão do pronunciamento exarado mediante a cognição sumária. A relação entre sumariedade da cognição e provisoriedade do provimento, portanto, é decorrência do princípio do contraditório e da ampla defesa, os quais estariam sendo violados se o seu exercício se revelasse inútil, diante da definitividade da tutela concedida antes dele.

No caso da tutela provisória de evidência, essa quadra não é diferente. Ainda que, casuisticamente, o legislador tenha elegido circunstâncias em que entende ser maior ou mais qualificada a probabilidade do direito, isso se opera igualmente por meio de cognição sumária, pois passível de ser complementada, já que o prosseguimento do procedimento poderá revelar a incorreção do juízo originalmente realizado. Por tudo isso, não se revela correta a interpretação de que na tutela provisória de evidência há cognição exauriente, em razão de ser possível um nível de conhecimento aprofundadíssimo a respeito dos fatos.³⁶⁴

Deve-se, contudo, ressaltar que a cognição realmente será exauriente quando a tutela antecipada for decidida no bojo da sentença ou depois dela, pois estará satisfeito o requisito topológico-procedimental que configura o requisito da exauriência da cognição.³⁶⁵

Se nosso sistema conferisse o efeito meramente devolutivo à apelação, toda a tutela antecipada seria baseada em cognição sumária, já que a sentença, por si só, seria exequível, desde logo, o que tornaria desnecessária qualquer discussão sobre a antecipação da tutela, nela e a partir dela. Como, contudo, o efeito suspensivo da apelação continua sendo a regra geral em nosso sistema

³⁶³ MITIDIERO, *Antecipação...* cit., p. 96-97.

³⁶⁴ Para Luiz Fux, por exemplo, a liminar fundada em evidência é proferida com cognição exauriente, o que se verifica em função da própria evidência do direito (FUX, *Tutela...* cit., p. 309-310).

³⁶⁵ Nesse sentido: MITIDIERO, *Antecipação...* cit., p. 96-97. GRINOVER, *Tutela...* cit., p. 19.

recursal, persiste a utilidade da concessão da tutela antecipada tanto na sentença, como depois dela, a qual, contudo, passa por uma transfiguração, passando a ser fundada em cognição exauriente.

Mesmo quando for fundada em cognição exauriente, contudo, a tutela antecipada continuará sendo provisória, pois surtirá efeitos apenas até sua confirmação nas instâncias recursais, o que, se não vier a ocorrer, implicará a eliminação dos seus efeitos de forma retroativa.

5.2.3 Efeitos antecipáveis

Os efeitos antecipáveis pelo instituto da tutela antecipada não variam em função do fundamento da medida.

Discute-se, desde que a tutela antecipada passou a ser prevista entre nós, se todas as espécies de tutela são passíveis de antecipação. A conclusão parece ter sido afirmativa.³⁶⁶ Mesmo as medidas que não comportam execução *strictu sensu*, ou seja, que se esgotam na declaração ou na constituição de uma nova situação jurídica, podem ser objeto da antecipação, em razão dos efeitos acessórios ao pronunciamento judicial pretendido.³⁶⁷ Um exemplo bastante conhecido na prática é a baixa da restrição dos órgãos de proteção ao crédito em ação em que se pretende obter tutela declaratória da inexistência do débito. O que se faz, na verdade, é determinar provisoriamente que as partes se comportem como se a tutela final tivesse sido concedida tal como pretendida e, em caso de descumprimento, procede-se desde logo à execução.³⁶⁸

Marinoni ressalva que, no caso de pedido exclusivamente declaratório, é possível a tutela antecipatória de natureza mandamental ou executiva, apenas se à época da propositura da ação, o interesse por essas medidas ainda não existia, pois, do contrário, deveria ter sido pedida sentença capaz de gerá-los.³⁶⁹ A conclusão parece não ser adequada ao conteúdo dos princípios da efetividade,

³⁶⁶ “Qualquer tutela definitiva, e somente a tutela definitiva, pode ser concedida provisoriamente. As espécies de tutela definitiva são, por isso, as espécies de tutela provisória” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso... cit.*, 2015, p. 569).

³⁶⁷ Ovídio Araújo Baptista da Silva discorda desse ponto, entendendo que as eficácias declaratória e constitutiva não se antecipam (SILVA, *Curso... cit.*, v. 3, p. 66).

³⁶⁸ MITIDIERO, *Antecipação... cit.*, p. 146.

³⁶⁹ MARINONI, *Antecipação... cit.*, 2011, p. 56.

tempestividade e eficiência, não havendo razão para, por exemplo, deixar de determinar a baixa da restrição de crédito, após ter sido reconhecida inexigível a dívida que a gerou.

Conclui-se, assim, que, ainda que deva haver identidade entre os provimentos definitivo e provisório, final e antecipado, isso não quer dizer que o pedido de antecipação não possa ser diverso do pedido final, desde que dele decorra. Continuará havendo identidade entre a tutela definitiva e a provisória, pois o cumprimento dos efeitos também poderia ser feito ao final, quando o processo já estivesse resolvido, do que se conclui que os efeitos da declaração final não precisam constar expressamente do pedido, para que seja autorizada a sua antecipação.³⁷⁰

De toda forma, realmente não é possível antecipar a eficácia certificadora da sentença, seja ela qual for. A certeza jurídica decorrente da sentença transitada em julgado é efeito especial que não se pode antecipar, pois decorre exatamente do esgotamento procedimental ao qual a pretensão deve se submeter.³⁷¹ Assim, ainda que seja possível antecipar os efeitos que advirão da declaração, por exemplo, suspendendo a exigibilidade do tributo, não se pode antecipar a própria declaração, para, no mesmo exemplo, reconhecer a extinção do crédito tributário.³⁷²

Dentro do mesmo raciocínio, não se poderá admitir o adiantamento da providência desconstitutiva, seja porque ela depende do trânsito em julgado, seja porque pode implicar perigo de irreversibilidade da medida ou de seus efeitos. Nelson Nery Junior e Rosa Nery citam o exemplo do divórcio provisório, que permitiria aos cônjuges contraírem novo casamento, o que tornaria a medida irreversível.³⁷³

³⁷⁰ Nesse sentido, o entendimento esposado por Nelson Nery Junior e Rosa Nery: “A norma legal autoriza a antecipação da própria tutela de mérito ou de seus efeitos (CPC 273), de sorte que, ainda que o pedido seja de rescisão de contrato, se a apreensão dos títulos a ele vinculados for consequência da procedência do pedido, esse efeito pode ser antecipado sem que se possa falar em decisão *extra* ou *ultra petita*. Havendo diferença entre o pedido principal (mérito, pretensão deduzida em juízo) e o pedido de tutela antecipada (v.g., efeitos da procedência do pedido principal), essa circunstância não enseja, de forma automática, o indeferimento da tutela antecipada” (NERY JUNIOR; NERY, *Código de Processo Civil...* cit., art. 273, nota n. 50).

³⁷¹ Nesse sentido: BUENO, *Tutela...* cit., p. 110; MARINONI, *Antecipação...* cit., 2011, p. 52.

³⁷² Correta, portanto, a tese veiculada no enunciado da súmula do STJ n. 212: “A compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória”.

³⁷³ NERY JUNIOR; NERY, *Código de Processo Civil...* cit., art. 273, nota n. 17. O TJSP possui decisão em que se deferiu a antecipação de tutela para determinar o divórcio entre as partes,

5.2.4 Coisa julgada

A coisa julgada se classifica em material (imutabilidade para fora do processo) e formal (imutabilidade da sentença em si mesma – efeito endoprocessual) e representa uma expressa opção política do poder constituinte originário pelo valor da segurança jurídica (art. 5.º, inc. XXXVI), sendo “elemento de existência do Estado Democrático de Direito”.³⁷⁴

Cândido Rangel Dinamarco, baseado em Enrico Tullio Liebman, ensina que a coisa julgada não é um efeito da sentença, mas especial qualidade que imuniza os efeitos substanciais desta ao bem da estabilidade da tutela jurisdicional.³⁷⁵

Apesar de parte da doutrina entender que a teoria de Liebman foi positivada pelo CPC de 1973, Nelson Nery Junior e Rosa Nery defendem, a nosso ver com acerto, que o texto aprovado no Congresso rejeitou a referida teoria, optando pela concepção de que a imutabilidade atinge apenas o comando da sentença, ou seja, a eficácia declaratória da decisão e não os seus efeitos.³⁷⁶

A certeza do direito material, que a coisa julgada induz, pressupõe que as partes não tenham sofrido limitações para oferecer alegações e produzir provas, e também que o tempo disponibilizado a elas tenha sido suficiente para o desenvolvimento dessas garantias com proveito.³⁷⁷ A coisa julgada, portanto, é qualidade que diz respeito apenas às tutelas definitivas, proferidas em cognição

em razão da concordância da parte requerida (TJSP, AI n. 2167896-15.2015.8.26.0000, Rel. Desembargador Alexandre Lazzarini, 9.ª Câmara de Direito Privado, julgado em 10.11.2015). A decisão não menciona o dispositivo, mas é fundada no art. 273, § 6.º, do CPC de 1973, pois se baseia na controvérsia parcial do pedido, sendo evidente a adoção da concepção que vislumbra na hipótese caso de julgamento parcial do pedido e não de tutela antecipada, pois dispõe que “o feito deve prosseguir na origem quanto às demais questões laterais ao divórcio, ainda não decididas”, ou seja, não prosseguirá quanto ao divórcio.

³⁷⁴ NERY JUNIOR; *Princípios...* cit., p. 56.

³⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 4. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 217.

³⁷⁶ NERY JUNIOR; NERY, *Código de Processo Civil...* cit., nota 2 ao art. 467. Leciona Nelson Nery Junior em outra obra: “Coisa julgada material (*auctoritas rei iudicatae*) é a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário (CPC 46; LINDB 6.º § 3.º), nem a remessa necessária do CPC 475” (NERY JUNIOR, *Princípios...* cit., p. 56).

³⁷⁷ GRECO, Leonardo. Cognição sumária e coisa julgada. In: AURELLI, Arlete Inês et al (coord.). *O direito de estar em juízo e a coisa julgada. Estudos em homenagem a Thereza Alvim*. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 871.

exauriente, pois somente essas foram proferidas com exercício pleno dos princípios do contraditório e da ampla defesa, sendo incompatível com a tutela proferida com base em cognição sumária. Como observa Eduardo Talamini:

A emissão de decisões amparadas em cognição sumária (superficial) não é em si mesma incompatível com as garantias do processo. Renuncia-se a uma investigação mais completa e aprofundada das questões relevantes para a solução do conflito em troca de uma decisão célere. Mas se paga um preço pelo emprego da cognição superficial. A contrapartida razoável consiste na impossibilidade de que a decisão adquira o mesmo grau de estabilidade atribuível ao resultado da cognição exauriente. Adota-se solução de compromisso: sacrifica-se a profundidade e se produz um pronunciamento urgente e apto a gerar os resultados concretos desejados, mas que não constitui decisão definitiva.³⁷⁸

Além disso, a antecipação se restringe aos efeitos do provimento, não possuindo nenhuma carga declaratória, não sendo possível, por isso, ao menos em termos conceituais, que uma tutela que nada declara submeta-se à coisa julgada material, se somente essa carga pode ser atingida pela imutabilidade.³⁷⁹

No que diz respeito à antecipação deferida no bojo da sentença, a conclusão deve ser a mesma, mas por outra razão. Com efeito, ainda que seja proferida com fundamento em cognição exauriente, não possui ela conteúdo de sentença, tendo o respectivo comando natureza acessória ao dispositivo da decisão de mérito. A tutela antecipada, além do mais, revela-se incompatível com a própria existência da coisa julgada, pois serve exatamente para emprestar efeitos ao dispositivo até que ele venha a dispor de eficácia própria, momento em que se implementa verdadeira condição resolutiva relativamente à tutela antecipada. Como por ocasião da formação coisa julgada, o dispositivo sempre terá eficácia própria, a tutela antecipada nunca estará em vigor após o trânsito em julgado.

Observa-se, por fim, que a chamada estabilização da tutela antecipada, prevista no art. 304 do novo CPC, não modifica as conclusões ora alcançadas, pois nela também não se forma a coisa julgada, ainda que permita que o

³⁷⁸ TALAMINI, Tutela de urgência... cit., p. 28.

³⁷⁹ Nesse sentido: PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. 4. ed. rev., atual. e ampl. com notas do Projeto de Lei do novo CPC. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 110; MARINONI, *Antecipação...* cit., 2011, p. 193.

provimento antecipado se torne definitivo, após o decurso do prazo de 2 anos da ciência da decisão que extinguiu o processo (art. 304, § 5.º, do novo CPC).³⁸⁰

Com efeito, nos casos da estabilização, o decurso do referido prazo não altera o provimento decisório, o qual, como se disse, não é passível de coisa julgada, porque não tem conteúdo declaratório e porque é proferido por meio de um juízo de cognição sumária, características essas que a excluem. No mais, essa conclusão se ampara em expressa opção legislativa, prevista no § 6.º do art. 304, que dispõe que a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada.³⁸¹

De toda forma, entende-se aqui que a sistemática da estabilização não se aplica à tutela antecipada de evidência, pois, por força de opção expressa do legislador, ela somente é cabível, “nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação” (art. 303, *caput*), restringindo-se, portanto, à tutela provisória de urgência.³⁸² Por essa razão, o presente trabalho não se aprofundará na questão.

5.2.5 Necessidade de requerimento

Outro elemento comum a todas as formas de tutela antecipada, independentemente do fundamento, é a necessidade de requerimento da parte interessada. Trata-se de exigência que decorre do princípio do dispositivo e tem relação direta com a responsabilidade processual da parte beneficiária da tutela, em caso de sua não confirmação.

O art. 273 do CPC de 1973 é expresso nesse sentido, dispondo que o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar os efeitos da tutela pretendida.³⁸³ O

³⁸⁰ Em sentido contrário: NERY JUNIOR; NERY, *Comentários...* cit., p. 864. Um panorama completo da questão pode ser encontrado em: REDONDO, *Estabilização...* cit., p. 183-189.

³⁸¹ A dinâmica da estabilização é bastante similar à existente no procedimento monitorio, no qual o provimento inicial é proferido com cognição sumária e pode se tornar definitivo, em caso de inércia do réu. A doutrina, contudo, tem assentado que a decisão liminar do procedimento monitorio não é apta à formação da coisa julgada, em razão das mesmas razões acima referidas. Nesse sentido, conferir: TALAMINI, *Tutela...* cit., p. 85-86; MEDINA, *Novo Código...* cit., p. 968.

³⁸² Em sentido contrário, admitindo a tutela provisória de evidência antecedente: BODART, *Tutela...* cit., p. 145; MEDINA, *Novo Código...* cit., p. 503.

³⁸³ No sentido de que não cabe a concessão de tutela antecipada de ofício, conferir: STJ, REsp 1.178.500/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3.ª Turma, julgado em 04.12.2012, DJe 18.12.2012; TRF-4.ª Região, AI 2001.04.01002929-5/PR, Rel. Desembargador Federal Nylson Paim de Abreu, 6.ª Turma, julgado em 08.05.2001, DJ 06.06.2001, p. 1857; TRF-1.ª Região, AI 1997.01.00.018994-8/DF, Rel. Desembargador Federal Velasco Nascimento, 1.ª Turma, julgado em 18.08.1998, DJ 24.09.1998.

art. 299 do novo CPC, de forma oblíqua, mantém a exigência de requerimento, ao dispor que a tutela provisória será *requerida* ao juízo da causa.³⁸⁴

Em função da redação do art. 797 do CPC de 1973, parte da doutrina defendia a possibilidade de deferimento de tutela de natureza cautelar *ex officio*.³⁸⁵ Tal permissão poderia ser compreendida como fruto da concepção de que a tutela cautelar visa a proteger o próprio processo e não um direito da parte, entendimento que, como foi dito, considera-se superado, o que altera a conclusão a respeito da dispensa de requerimento. “Compreendida a tutela cautelar como uma tutela do direito da parte, no entanto, seu pedido submetesse à regra geral que exige requerimento. Nessa perspectiva, não pode o juiz conceder tutela cautelar de ofício”.³⁸⁶

Diante do novo CPC, parte da doutrina já defende a manutenção de vedação da concessão de tutela antecipada de ofício, salvo expressa autorização legal.³⁸⁷ Contudo, há autores, como Humberto Theodoro Júnior, que entendem que a concessão de ofício continua sendo possível, desde que se verifique situação de vulnerabilidade da parte e risco sério e evidente de comprometimento da efetividade da tutela jurisdicional.³⁸⁸ A exigência de comprometimento de efetividade a que alude o doutrinador, contudo, revela que, mesmo para ele, somente seria possível a concessão de ofício, em caso de tutela de urgência, e não na de evidência, na qual não se vislumbra a presença de riscos.

³⁸⁴ THEODORO JÚNIOR, *Curso... cit.*, 2015, p. 624.

³⁸⁵ ARRUDA ALVIM; ASSIS; ARRUDA ALVIM, *Comentários... cit.*, p. 1427-1428. Com base nisso e na proximidade que vê entre os institutos da tutela antecipada e cautelar, José Roberto dos Santos Bedaque defende inclusive a possibilidade de concessão da tutela antecipada de ofício, em casos excepcionais. Para o professor da USP: “Nesses casos extremos, em que, apesar de presentes os requisitos legais, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional não é requerida pela parte, a atuação *ex officio* do juiz constitui o único meio de se preservar a utilidade do resultado do processo. Nessa medida, afastar taxativamente a possibilidade de iniciativa judicial no tocando à tutela antecipatória pode levar a soluções injustas” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Arts. 270 a 273. In: MARCATO, Antonio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008. p. 843).

³⁸⁶ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *Novo curso... cit.*, p. 205.

³⁸⁷ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso... cit.*, 2015, p. 593.

³⁸⁸ THEODORO JÚNIOR, *Curso... cit.*, 2015, p. 624. Vale notar que o art. 277 do primeiro projeto do novo CPC aprovado no Senado Federal (PLS 166/2010) dispunha que, “em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o juiz poderá conceder medidas de urgência de ofício”, o que autorizaria, em regime excepcional, a dispensa do requerimento, tal como sugerido pelo autor mineiro.

Bruno V. da Rós Bodart, por outro lado, sustenta o cabimento da tutela provisória de ofício, pois ela não serve apenas ao interesse da parte, mas à administração da justiça como um todo, constituindo ferramenta para melhora da qualidade da prestação jurisdicional e instrumento de moralização da vida jurídica, não se podendo submeter a sua aplicação ao desejo da parte contrária.³⁸⁹ Não concordamos com a conclusão do processualista fluminense, por entender que a função sistêmica da antecipação fundada na evidência não se sobrepõe à de proteção de um direito individual. São funções que convivem e se complementam, como fazem na tutela cautelar e na antecipada em razão da urgência. Tanto assim que o sistema não dispensou a parte que dela se beneficia de responsabilidade em caso de sua revogação. Dessa forma, ainda que o legislador pudesse dispensar o requerimento, o fato de não o ter feito, mantém-no como necessário.³⁹⁰

Daniel Mitidiero parece encontrar um ponto de equilíbrio entre as duas posições. Inicialmente afirma que, com a propositura da ação visando à tutela do direito, a liberdade e a autonomia privada já se encontram devidamente resguardadas. Nesse caso, o deferimento da tutela antecipada não se situa no plano da iniciativa, mas no da condução do processo, a qual cabe ao juiz em colaboração com as partes³⁹¹. Com base nisso, o autor sustenta que, vislumbrando a presença dos requisitos e ausência de requerimento, deve ser admitido que o juiz consulte a parte se ela deseja ou não a sua concessão, deferindo a medida, caso haja interesse dela.

Com isso, equilibra-se a iniciativa judicial, inspirada na promoção da igualdade entre os litigantes e a na adequação da tutela jurisdicional, e o respeito à liberdade da parte, que pode não ter interesse em fruir de decisão provisória ao longo do procedimento, notadamente em face do regime de responsabilidade objetiva a ela inerente (art. 302).³⁹²

³⁸⁹ BODART, *Tutela...* cit., p. 151.

³⁹⁰ O mesmo autor defende ainda o cabimento da concessão de ofício nos casos de abuso de direito de defesa, argumentando que por se tratar de uma sanção por comportamento desleal, não poderia ficar condicionada ao desejo da parte (BODART, *Tutela...* cit., p. 117). Contudo, a conclusão não deve ser adotada, por não considerarmos válida a premissa de que essa hipótese de tutela antecipada se trata de sanção.

³⁹¹ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação...* cit., p. 93.

³⁹² MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *Novo curso...* cit., p. 205-206.

A solução parece consentânea com as disposições legais do novo CPC, especialmente a que estabelece o dever da cooperação entre o órgão jurisdicional e as partes (art. 6.º), e com os valores constitucionais envolvidos, especialmente o da efetividade da tutela e da igualdade, em sentido substancial.

Conclui-se, assim, que a tutela antecipada, qualquer que seja, deve ser deferida apenas mediante requerimento da parte, especialmente em razão das consequências relacionadas à responsabilidade civil que dela decorrem. De toda forma, diante dos princípios da igualdade material e da colaboração, o juiz está autorizado a consultar a parte respectiva, quando perceber estarem presentes os requisitos legais e não ter havido requerimento, já que isso pode ter se dado em razão de questões outras que não a falta de interesse pela medida, entre as quais a deficiência técnica do advogado. A concessão, de toda forma, continuará condicionada à manifestação positiva da parte.³⁹³

5.2.6 Responsabilidade objetiva

A responsabilidade civil pelos danos causados ao réu pelo cumprimento da tutela antecipada que não foi confirmada no julgamento definitivo tem sido considerada objetiva pela doutrina³⁹⁴ e jurisprudência.³⁹⁵ Sob a vigência do CPC de 1973, extraía-se a regra dos arts. 811, 273, § 3.º, e 475-O, I. No novo CPC, advém do disposto no art. 302 e 520, inc. I.

A posição, contudo, não é unânime. Daniel Mitidiero, por exemplo, sustenta que, em regra, a responsabilidade deve ser subjetiva, já que o cumprimento da tutela estava amparado em exercício legítimo do poder estatal, em razão das alegações e provas trazidas aos autos, só devendo se falar em responsabilidade objetiva, quando a medida tiver sido obtida de forma

³⁹³ Ressalva-se, por fim, que o necessário é o requerimento do provimento antecipado, ainda que a fundamentação não seja a adequada. Assim, se a parte requerer a tutela provisória de urgência e o juiz perceber a presença dos requisitos da tutela de evidência, poderá deferir essa última, sem que se possa dizer que o faz de ofício. Trataremos mais do assunto no item 5.3.2, quando tratarmos de fungibilidade.

³⁹⁴ Nesse sentido: DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso...* cit., 2015, p. 590-591; THEODORO JÚNIOR, *Curso...* cit., 2015, p. 673; SILVA, *Do processo cautelar* cit., p. 205-217.

³⁹⁵ Nesse sentido: STJ, REsp 1.191.262/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 25.09.2012, DJe 16.10.2012.

injustificada, com violação da ordem jurídica, como, por exemplo, com o uso de prova falsa.³⁹⁶ Apesar de consistente, a posição não tem prevalecido.

A questão que aqui se coloca é se haveria alguma diferença, sob esse aspecto, entre as tutelas fundadas em urgência e em evidência. A resposta é negativa.

Apesar de o art. 302 do novo CPC fazer menção expressa somente à tutela provisória de urgência, a tutela deferida com fundamento na evidência deve ser submetida ao mesmo regime. Em primeiro lugar, em razão da regra do art. 520, inc. I, que trata do cumprimento provisório de sentença, à qual a tutela provisória se submete supletivamente, nos termos do art. 297, parágrafo único, e que prevê a responsabilidade objetiva, em caso de a decisão exequenda não ser confirmada, não fazendo distinção entre os fundamentos da concessão.

Além disso, não há razão para o tratamento distinto entre as tutelas de urgência e de evidência, havendo, pelo contrário, mais razões para a censura da parte que consegue a tutela de evidência sem fundamento, do que daquela que obtém a tutela de urgência imerecida, já que somente essa última foi deferida com fundamento no risco de dano.

5.3 Aspectos em que há distinções na disciplina das tutelas antecipadas

5.3.1 Legitimidade para requerer

São legitimados para requerer e receber tutela antecipada, todas as partes que fazem pedido inicial. Assim, o autor, o réu-reconvinte e o oponente estão plenamente legitimados. Também é tranquilo o reconhecimento de que o réu pode se beneficiar da antecipação, quando se tratar das ações dúplices, nas quais a pretensão do réu é deduzida na própria contestação.

A divergência surge nos casos em que não se trata de ação dúplice e o réu não reconvém. Athos Gusmão Carneiro, por exemplo, entende que não se poderia admitir a antecipação nesse caso, afirmando caberem somente as técnicas do julgamento antecipado ou do indeferimento da inicial, em prol do

³⁹⁶ MITIDIERO, Livro V – Da tutela antecipada cit., p. 785.

réu.³⁹⁷ Marinoni, por outro lado, observa com percuciência que o réu também pede tutela jurisdicional quando requer a rejeição do pedido formulado. Assim, se a improcedência é a tutela pretendida pelo réu, não há razão para se recusar a antecipação dos seus efeitos, quando houver interesse processual na medida e os pressupostos estiverem presentes.³⁹⁸

Em regra, essa situação não ocorre, pois, como já dito, a pretensão do réu está sempre ligada à manutenção do *status quo*. Se, por exemplo, o autor pretende a rescisão do contrato e a retomada do imóvel vendido, não é necessário que o réu peça tutela antecipada para o contrato ser mantido e para permanecer no bem, basta se opor ao deferimento da antecipação da tutela eventualmente pedida pelo autor.

Contudo, há situações relacionadas aos efeitos acessórios da tutela declaratória em que se poderá vislumbrar o interesse do réu. Veja-se o caso de uma ação de cobrança, em que o credor já inseriu o nome do réu no rol dos devedores. O réu que vem a juízo se defender da cobrança, alegando a inexistência da dívida, pode pedir a suspensão da negativação, independentemente da propositura de ação própria, já que a tutela pretendida por ele é declaratória negativa, ou seja, declaratória de que o valor não é devido, sendo os efeitos acessórios dessa tutela definitiva passíveis de antecipação.

Conclui-se, assim, que todo aquele que pede tutela definitiva tem legitimidade para requerer a antecipação dos respectivos efeitos da tutela pretendida, com o fim de obter desde logo o resultado prático favorável ao qual alega ter direito,³⁹⁹ sendo anti-isonômicos os entendimentos que retiram esse direito do réu.

5.3.1.1 Distinção entre a tutela de urgência e a de evidência

Em algumas situações específicas, porém, a restrição à legitimação do réu parece se justificar.

³⁹⁷ CARNEIRO, *Da antecipação...* cit., p. 52.

³⁹⁸ MARINONI, *Antecipação...* cit., 2011, p. 147.

³⁹⁹ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso...* cit., 2015, p. 572-573.

No caso da tutela provisória de urgência antecedente, por exemplo, a legitimidade é restrita à figura do autor. É o que ponderam Didier Jr., Braga e Oliveira:

De fato, só o autor poderá se valer dessa medida e por essa via (petição inicial). Seria complicado admitir-se a formulação do requerimento em caráter antecedente em instrumento de outros atos postulatórios como a reconvenção ou a denunciação da lide, na medida em que já prazo curto em lei para sua apresentação, que deve ser feita concomitantemente ao pleito de tutela definitiva, sob pena de preclusão temporal e consumativa.⁴⁰⁰

Nesse caso, deve ser observado ainda que não há eficácia declaratória na medida deferida nesse incidente, pois nele não se profere tutela definitiva. Assim, também por isso, não há o que ser antecipado em favor do réu.

Também se vislumbram restrições à legitimação do réu para requerer as tutelas provisórias de evidência do art. 311. Como já se disse, a tutela de evidência se caracteriza pelo fundamento e não pela natureza da medida, sendo os fundamentos previstos no art. 311, em regra, relacionados ao direito do autor, pois tais hipóteses foram construídas casuisticamente com o fim de distribuir de forma isonômica o ônus do tempo do processo, nos casos em que se revelava razoável a transferência desse ônus do autor para o réu.

Dessa forma, não se trata de incompatibilidade essencial entre a posição do réu e a tutela provisória de evidência, mas finalística e circunstancial, relacionadas às hipóteses de cabimento. No caso, por exemplo, dos incs. I (abuso de defesa), II, III e IV, não se vislumbra como o réu (enquanto réu) possa preencher os requisitos dessas hipóteses de cabimento, de tal forma que o indeferimento da medida decorreria não da falta de legitimidade, mas da falta de preenchimento dos pressupostos exigidos.⁴⁰¹

Contudo, sempre que o fundamento da antecipação de evidência for pertinente à situação do réu, ele também terá direito a ela. No caso do propósito protelatório (inc. I), por exemplo, não há razão para recusar ao réu o direito da antecipação, se o autor incidir em tal conduta.⁴⁰² Corrobora esse entendimento,

⁴⁰⁰ Ibidem, p. 574.

⁴⁰¹ THEODORO JÚNIOR, *Curso...* cit., 2015, p. 678 e 683.

⁴⁰² Ibidem, p. 678.

aliás, o fato de que o legislador trocou a expressão “do réu”, constante do inc. II do art. 273 do Código de 1973, por “da parte”, no inc. I do art. 311 do novo CPC.

5.3.2 Fungibilidade entre as medidas provisórias

A fungibilidade entre as medidas provisórias pode ser analisada sob dois aspectos: a) possibilidade de alteração da medida pretendida por outra medida mais adequada ao caso concreto; e b) manutenção da medida pretendida, com alteração do nome e regime jurídico a ela indevidamente atribuídos pela parte.

Em ambos os casos, o valor a ser protegido pela fungibilidade é o da efetividade da jurisdição, o que se faz com amparo na concepção instrumentalista, segundo a qual devem ser privilegiados os escopos do processo e o direito material em detrimento das formas.⁴⁰³ A ideia é a de que havendo pedido de tutela, genericamente falando, e estando os seus requisitos preenchidos, não há razão para recusá-la a quem dela precisa, ainda que o provimento contenha tutela diversa da requerida.

Sob o primeiro aspecto, o juiz não dá o que foi pedido, mas algo diverso. É o que ocorre, por exemplo, quando, ao analisar o pedido de uma tutela provisória satisfativa, o juiz conclui que a única medida que se justifica é uma de natureza conservativa (cautelar) ou, ainda, no caso em que o juiz entende que a medida cautelar nominada requerida não preenche os requisitos legais, mas que é possível deferir uma outra, nominada ou inominada. Em ambos os casos, o juiz pode deferir a medida que entender cabível e não haverá violação do princípio do dispositivo, pois a troca se consubstancia, em última análise, em um deferimento parcial, em que a constrição deferida em face do réu é tão ou menos gravosa do que a pretendida (o menos está contido no mais). Trata-se aqui da

⁴⁰³ “A instrumentalidade do processo é vista pelo aspecto negativo e pelo positivo. O negativo corresponde à negação do processo como valor em si mesmo e repúdio aos exageros processualísticos a que o aprimoramento da técnica pode insensivelmente conduzir (v. nn. 34 e 35; v. ainda n. 1); o aspecto negativo da instrumentalidade do processo guarda, assim, alguma semelhança com a ideia da instrumentalidade das formas. O aspecto positivo é caracterizado pela preocupação em extrair do processo, como instrumento, o máximo de proveito quanto à obtenção dos resultados propostos (os escopos do sistema); infunde-se com a problemática da *efetividade do processo* e conduz à assertiva de que ‘o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda plenitude todos os seus escopos institucionais’ (v. nn. 34 e 36)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 377).

“fungibilidade de provimentos”.⁴⁰⁴ Pela mesma razão, contudo, não se pode admitir o inverso, ou seja, a adoção de medida mais gravosa do que a requerida, pois isso feriria a exigência de requerimento (o mais não está contido no menos).

Sob o segundo aspecto mencionado, a fungibilidade estabelece a irrelevância da correspondência entre a natureza da medida pretendida e o nome a ela atribuído pela parte ao requerê-la. É a acepção mais utilizada do termo fungibilidade e é dela que trata o art. 273, § 7.º, do CPC de 1973 e o parágrafo único do art. 305 do novo CPC.

Trata-se, em princípio, da simples aplicação do brocardo *iura novit curia*, segundo o qual o juiz sabe o direito e não está vinculado à qualificação jurídica dos fatos atribuída pelas partes. No caso de fungibilidade entre as medidas antecipativas e cautelares, a eficácia do brocardo vai além da causa de pedir e alcança o pedido, aplicando-se, por consequência, o regime jurídico adequado ao caso. Assim, se a parte pede o depósito judicial de um bem litigioso para salvaguardá-lo de risco de dano e denomina a medida de tutela antecipada, o juiz deve apreciar o pedido a partir do regime jurídico aplicável à natureza que o pedido realmente tem, que é o da cautelar de sequestro.

⁴⁰⁴ “Nada impede a dedução lógica de que quem pode o mais, por consequência, pode o menos. Os provimentos de urgência têm uma base *cautelar comum*, mas o pedido de tutela antecipada contém alcance nitidamente maior no ambiente externo do processo. Frente a tal espécie de pedido, o juiz (ou o relator) está autorizado a tomar uma *providência urgente de efeito mais brando* e igualmente eficaz quanto à prevenção do dano que se avizinha. [...] Não houve modificação do pedido, mas apenas adequação da tutela àquilo que constou dos limites da demanda. *A fungibilidade, portanto, é de provimentos*” (MELO, Gustavo de Medeiros. O princípio da fungibilidade no sistema de tutelas de urgência: um departamento do processo civil ainda carente de tratamento adequado. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, v. 167, p. 86, jan. 2009). Humberto Theodoro Júnior nega, porém, a existência desse tipo de fungibilidade entre as medidas: “Na tutela de evidência é o pedido substancial da parte que se intenta proteger, não havendo como substituir o objeto da tutela, sem comprometer a liberdade do autor de definir o objeto litigioso e de pleitear o remédio processual que entenda útil à sua defesa. Ou se acata o pedido da parte, ou se lhe nega acolhida. Não há como decretar, por iniciativa do juiz, medida satisfativa diversa daquela requerida pela parte. Pode deferi-la em parte, mas não substituí-la por outra completamente distinta” (THEODORO JÚNIOR, *Curso...* cit., 2015, p. 677-678). É de fungibilidade de provimentos que trata o seguinte acórdão: “Compra e venda com reserva de domínio. Ação de consignação em pagamento. Deferimento de medida obstativa de anotações em serviços de proteção ao crédito. Natureza *cautelar* presente, a possibilitar a aplicação da fungibilidade, o que autoriza seja deferida medida diversa da pleiteada, desde que melhor adequada a debelar a situação de risco. Presença dos requisitos legais, a assegurar a sua persistência. Recurso improvido. No âmbito da atuação de urgência, pode o juiz conceder providência cautelar diversa daquela pleiteada pela parte, desde que se mostre adequada a atender a situação de risco evidenciada nos autos, suficientemente identificados os requisitos legais, não há como deixar de conceder a providência, que encontra amparo legal.” (TJSP, AI 0128558-20.2005.8.26.0000, Rel. Desembargador Antonio Rigolin, julgado em 28.06.2005 e registrado em 05.07.2005).

Aqui, portanto, ontologicamente o provimento judicial pedido e o que será deferido ou indeferido é o mesmo, o que muda é apenas o nome e o correspondente regime jurídico que o juiz atribuirá a ele. Como observa Gustavo de Medeiros Melo, o “requerimento formulado pela parte continua sendo essencialmente o mesmo, significando isso que a substituição não está no plano dos pedidos, mas sim na técnica dos pressupostos”.⁴⁰⁵

A fungibilidade, porém, não se limita a autorizar o juiz a desconsiderar a qualificação jurídica atribuída ao pedido pela parte, pois para isso já existia e era suficiente o princípio do *iura novit curia*. Sua principal função é, em verdade, a de autorizar o juiz a desconsiderar a forma como o pedido foi apresentado, conhecendo-o a despeito dela.

A importância do instituto se revelava, portanto, no fato de que, no regime do CPC de 1973, as medidas cautelares devem ser requeridas, em regra, por meio de ação própria, enquanto as medidas antecipativas satisfativas só podem ser requeridas incidentalmente. Daí porque se fazia necessária uma regra que autorizasse o deferimento das medidas em sede e na forma do procedimento relativo à outra medida, quando neles fossem requeridas.⁴⁰⁶

Não se trata, portanto, apenas de dar tratamento jurídico cabível em função da real natureza da medida pretendida, mas de desconsiderar o tratamento legalmente cabível e autorizar o deferimento da medida, ainda que requerida de forma diversa da exigida pela lei. Conclui-se, dessa forma, que a fungibilidade somente tem relevância em si mesma no que diz respeito às situações em que a lei estabeleceu diferenças procedimentais entre as medidas tidas como fungíveis. Se os procedimentos são iguais, a mera aplicação do *iura novit curia* é suficiente para a solução da questão.

Nesse sentido, no novo CPC, a discussão a respeito desse tipo de fungibilidade perdeu parte do sentido com a unificação do regime das tutelas provisórias de urgência, tendo sido tornados comuns os modos de requerimento

⁴⁰⁵ MELO, O princípio... cit., p. 102.

⁴⁰⁶ Como foi dito no item 2.2.1, a interpretação mais correta do § 7.º do art. 273 é a que conclui pela fungibilidade de mão dupla ou intertrocabilidade entre as medidas cautelares e antecipativas. Assim, tanto a cautelar pode ser deferida em sede incidental, quando pedida como tutela antecipada, como a tutela antecipada pode ser deferida de forma antecedente, quando requerida na forma de cautelar autônoma.

dessas tutelas, independentemente da natureza cautelar ou satisfativa que elas exibam.

Como ambas as medidas de urgência podem ser requeridas na forma antecedente e incidental, caso a parte formule o pedido de uma, usando o nome e regime da outra, bastará o juiz reconhecer a verdadeira natureza da medida e aplicar a ela o regime adequado, pois os procedimentos não são incompatíveis.⁴⁰⁷ Persiste, a nosso ver, portanto, a intertrocabilidade entre as medidas, em caso de a parte instaurar incidente diverso do cabível.

5.3.2.1 Fungibilidade entre tutelas de urgência e evidência

Sob o aspecto material, não vislumbramos sentido em se falar em fungibilidade entre as medidas satisfativas de urgência e de evidência, pois elas não se diferenciam em termos de conteúdo. A medida deferida é a mesma, o que muda é, somente, o fundamento.

Entre a medida de evidência e a cautelar, por sua vez, só cabe a fungibilidade de provimento se for para deferir a cautelar no lugar da medida de evidência, em razão da maior gravosidade da segunda.

No aspecto relativo à qualificação jurídica do pedido, a fungibilidade será parcial quando envolver a tutela provisória de evidência. Parcial porque o juiz poderá desconsiderar o nome atribuído pela parte e conhecer do pedido e dos fundamentos a partir da natureza que realmente tenham, mas não poderá, por outro lado, desconsiderar as limitações procedimentais, quando verificar que foi pedida, com outro nome, a medida fundada em evidência, na forma antecedente, pois essa não é aplicável ao instituto.

Assim, em caso de pedido de qualquer espécie de tutela provisória na forma incidental, a fungibilidade é plena. O juiz deve apenas reconhecer a natureza do pedido e aplicar o regime jurídico a ela pertinente, independentemente do nome atribuído pela parte. Caso, contudo, o pedido apresentado tenha natureza de tutela de evidência e seja apresentado na forma antecedente, ainda que a ele seja atribuído outro nome, a solução será a

⁴⁰⁷ É o que estabelece o art. 305, parágrafo único, quando trata da hipótese de pedido de tutela antecipada requerida como cautelar. A lei novamente perdeu a chance de tornar clara a “mão dupla” da fungibilidade.

inadmissão, visto que a forma antecedente é exclusiva para as tutelas de urgência.

A exclusão do regime antecedente para a tutela de evidência se deve à opção do legislador, que previu urgência contemporânea à propositura da ação como pressuposto para sua admissão (art. 303). Além disso, o que autoriza o uso do incidente antecedente é a necessidade imediata pela parte do provimento judicial, sem que sejam possíveis maiores delongas na preparação da ação principal, o que não ocorre com a tutela de evidência.⁴⁰⁸

Entende-se que o legislador realmente perdeu uma oportunidade de tornar ainda mais ampla a extensão da tutela de evidência e dos seus respectivos benefícios e acredita-se que isso ocorrerá no futuro. Não se pode negar, contudo, que tanto a estabilização, como a própria antecipação fundada na evidência, com a extensão que o novo CPC lhe conferiu, são institutos novos no cenário jurídico brasileiro, sendo legítima a opção restritiva do legislador, fruto de uma cautela saudável com o que é desconhecido, ao menos em termos nacionais. Dessa forma, não se vislumbra razão para se ignorar ou ter por inconstitucional a opção restritiva do legislador que exige a urgência para o exercício da tutela provisória na forma antecedente.

Assim, não há fungibilidade plena entre as medidas de urgência e de evidência. O juiz sempre estará autorizado a aplicar o regime jurídico correto à medida pleiteada, independentemente do nome que a parte lhe atribuiu, deferindo ou indeferindo o requerimento, conforme estejam presentes ou ausentes os seus requisitos. Porém, se o procedimento adotado for incompatível com a natureza da tutela pretendida, deverá inadmiti-lo, sob pena de viabilizar a burla oblíqua de restrições legítimas do sistema. Com efeito, ou se admite o pedido de evidência na forma antecedente e ele poderá ser assim requerido, ou não se o admite e ele não poderá ser aceito, pela via da fungibilidade. Do contrário, a parte poderia facilmente ultrapassar a restrição fingindo pedir outra medida na forma antecedente, quando na verdade, pede a tutela de evidência.

⁴⁰⁸ “O fato que autoriza a simplicidade do ato processual é, justamente, a urgência. Não há, nesse passo, o preenchimento da hipótese fática ou razão jurídica que autorize a aplicação do procedimento antecedente na tutela de evidência” (MACÉDO, *Antecipação... cit.*, p. 539). Em sentido contrário, admitindo a tutela provisória de evidência antecedente: BODART, *Tutela... cit.*, p. 145; MEDINA, *Novo Código... cit.*, p. 503; REDONDO, *Estabilização... cit.*, p. 181; MITIDIERO, *Livro V – Da tutela antecipada cit.*, p. 775.

5.3.3 Momento da concessão

Haverá interesse processual na concessão de tutela antecipada, enquanto a tutela final não estiver apta a surtir seus próprios efeitos, seja porque ainda não foi proferida, seja porque é cabível recurso com efeito suspensivo contra ela. Desta forma, o limite temporal da tutela antecipada é determinado pelo início da eficácia própria da tutela final, podendo ser concedida em qualquer momento processual dentro desse intervalo de tempo. Nesse aspecto, não há nenhuma diferença entre as espécies de tutela antecipada.

Do exposto, podem ser extraídas algumas conclusões.

Se o recurso de apelação não tiver efeito suspensivo, a tutela poderá ser antecipada até o momento da sentença, sendo que, a partir daí, será a própria sentença que surtirá os efeitos cabíveis.⁴⁰⁹ Assim, nesse caso, o juiz não deverá proceder à antecipação na ou a partir da sentença, não por violação a qualquer mandamento, mas por desnecessidade da medida, já que a própria sentença será apta a satisfazer a necessidade de tutela imediata.

Apesar de ter mantido o efeito suspensivo da apelação como regra, o novo CPC previu uma modificação substancial no sistema ao prever o julgamento parcial de mérito, rompendo com o princípio da unicidade da sentença (art. 356). Como nos termos do art. 203, § 1.º, o provimento judicial se caracteriza como sentença quando põe fim à fase de conhecimento, teremos nesse caso uma decisão interlocutória de mérito, a qual será recorrível por meio de agravo de instrumento, o que, aliás, foi expressamente previsto no § 5.º do art. 356.

Como o agravo de instrumento é um recurso que não dispõe naturalmente de efeito suspensivo, ter-se-á no caso uma decisão de mérito exequível imediatamente, o que, aliás, o legislador fez questão de frisar no § 2.º do art. 356. Nesses casos, portanto, a tutela antecipada, seja qual for, não poderá ser deferida na decisão do julgamento parcial ou a partir dela, pois nada acrescentará em termos de eficácia.⁴¹⁰

⁴⁰⁹ BUENO, *Tutela...* cit., p. 34.

⁴¹⁰ Ressalte-se, contudo, que mesmo nesse caso será possível o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela recursal, que apesar de ser espécie de tutela antecipada, tem cabimento a partir de outros fundamentos e sob outra perspectiva.

Por outro lado, se a apelação dispuser de efeito suspensivo, não haverá óbice à concessão da antecipação na própria sentença⁴¹¹ ou mesmo após ela, já que naturalmente a parte não disporá dos efeitos práticos da decisão recorrida. Nesses casos, a antecipação da tutela não é medida inócua, tendo, pelo contrário, muita utilidade, pois opera o efeito relevantíssimo que é o de permitir a execução provisória do comando antecipado, em razão da previsão do art. 520, inc. VII, do CPC de 1973, e do art. 1.012, § 1.º, inc. V, do novo CPC, que preveem que a apelação da sentença que concede, confirma ou revoga a antecipação dos efeitos da tutela será recebida apenas no efeito devolutivo. Aliás, ao prever nesse inciso a expressa possibilidade de concessão da tutela antecipada na sentença, o novo CPC encerrou a discussão a respeito de seu cabimento.

Assim, conforme bem observa Cassio Scarpinella Bueno, se proferida na ou a partir da sentença, a tutela antecipada se transformará em mecanismo para retirar o efeito suspensivo do recurso fora daqueles casos em que o próprio legislador o fez, tratando-se da retirada *ope iudicis* do efeito suspensivo.⁴¹²

Da mesma forma e por mais evidentes razões, antes da sentença, a antecipação da tutela poderá ser deferida em qualquer momento do processo, bastando que seus pressupostos estejam satisfeitos. Nessa quadra, contudo, é possível notar algumas diferenças no regime das tutelas de evidência e de urgência.

5.3.3.1 Distinção entre a tutela de urgência e a de evidência

Em primeiro lugar, no caso da tutela de urgência, o novo CPC previu a possibilidade de a antecipação ser apreciada após a produção de prova em justificção prévia (art. 300, § 2.º), o que não será possível em relação à de evidência, por não ser compatível com as suas hipóteses de cabimento, as quais exigem ou conduta abusiva da parte contrária ou prova documental.⁴¹³

⁴¹¹ NERY JUNIOR; NERY, *Código de Processo Civil...* cit., art. 273, nota n. 26. Nesse sentido: STJ, REsp 648.886/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 2.ª Seção, julgado em 25.08.2004, DJ 06.09.2004, p. 162; STJ, REsp 473.069/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, 3.ª Turma, julgado em 21.10.2003, DJ 19.12.2003, p. 453; STJ, REsp 706.252/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, 1.ª Turma, julgado em 13.09.2005, DJ 26.09.2005, p. 234.

⁴¹² BUENO, *Tutela...* cit., p. 100.

⁴¹³ Salvo se o próprio procedimento autorizar, como no caso das ações possessórias.

Outra diferença é a questão da possibilidade ampla e geral de deferimento liminar para as tutelas de urgência (art. 300, § 2.º) e sua restrição em alguns casos para a tutela de evidência (art. 311, parágrafo único), que ficam condicionados à prévia oitiva da parte contrária.

A oitiva prévia da parte contrária, de toda forma, continua sendo a regra, pois decorre do direito ao contraditório, devendo ser dispensada apenas quando puder causar lesão ao direito do autor,⁴¹⁴ o que se vislumbra quando a citação do réu puder tornar ineficaz a medida ou a urgência exigir uma providência imediata.⁴¹⁵

Nesse sentido, poder-se-ia afirmar que, no caso da tutela de evidência, como a urgência não está presente, a oitiva da parte contrária sempre se fará necessária. É o que entende Leonardo Greco, para quem é necessário o *periculum in mora* para a concessão liminar da tutela de evidência, mesmo nos casos dos incs. II e III, pois só a urgência autoriza a postergação do contraditório.⁴¹⁶

Não parece ser essa, todavia, a melhor a interpretação. A regra do parágrafo único do art. 311 deve ser interpretada no contexto da tutela de evidência, ou seja, sob a perspectiva da ausência de qualquer urgência. Assim, mais do que para proibir a concessão da medida de forma liminar, no caso dos incs. I e IV, a regra do parágrafo único serve para autorizá-la expressamente no caso dos incs. II e III, pois somente essa autorização demandaria regra específica. Não houvesse o parágrafo único, todas as hipóteses exigiriam a prévia oitiva da parte contrária, salvo se presente a urgência, hipótese, todavia, em que a medida seria deferida, não com amparo no art. 311, mas no art. 300 do novo CPC.

No caso dos incs. II e III do art. 311, não há qualquer violação ao direito fundamental ao contraditório, pois, como já dissemos, ele apenas será diferido no tempo, o que se justifica, nesses casos, em razão da existência de robustez

⁴¹⁴ MARINONI, *Antecipação...* cit., 2011, p. 158.

⁴¹⁵ NERY JUNIOR; NERY, *Código de Processo Civil...* cit., art. 273, nota n. 12; MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *Novo curso...* cit., p. 207.

⁴¹⁶ GRECO, Leonardo. A tutela de urgência e a tutela de evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, p. 321-322, 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/14541/11014>>. Acesso em: 22.11.2015. No mesmo sentido: MACÊDO, *Antecipação...* cit., p. 545-546.

e consistência de seus fundamentos, admitindo-se como “injusto fazer com que o autor aguarde para ver realizado um direito que já se encontra definido pelas Cortes Supremas ou que se encontra apropriadamente confortado pela prova específica que o instrumentaliza no plano do direito material”.⁴¹⁷

Já no caso dos incs. I e IV, como pudemos tratar nos capítulos respectivos, a consistência dos fundamentos que justifica a antecipação da tutela sem urgência somente se configura a partir do oferecimento da defesa, pois decorre do conteúdo dela, fazendo com que, em hipótese alguma, haja possibilidade de deferimento liminar nesses casos.

5.3.4 Irreversibilidade

5.3.4.1 Fundamento da vedação e conceito de irreversibilidade

A tutela provisória, como tutela diferenciada, proferida com cognição sumária, se caracteriza por ser modificável, revogável e exigir confirmação posterior,⁴¹⁸ para que seus efeitos sejam mantidos, inclusive *ex tunc*.

Revogada a tutela provisória, as partes devem ser repostas à situação anterior, como se a tutela nunca tivesse sido deferida, o que exige dela a reversibilidade. Se a tutela prestada provisoriamente não é, em princípio, reversível, o prosseguimento do processo se revela inútil,⁴¹⁹ pois de nada adiantará a prolação da tutela definitiva, proferida com cognição exauriente, se o bem jurídico em disputa já não puder ser atribuído à parte diversa daquela a quem o foi provisoriamente.

A reversibilidade, portanto, é a válvula de escape que permite a concessão das tutelas com cognição sumária. Como se disse acima, a concessão das tutelas provisórias não viola o direito ao contraditório e à ampla defesa, e, por conseguinte ao devido processo legal, exatamente porque o próprio sistema prevê o seu exercício diferido, postecipado, que garante ao

⁴¹⁷ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *Novo curso...* cit., p. 207. No mesmo sentido: DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso...* cit., 2015, p. 579-580.

⁴¹⁸ BUENO, *Curso...* cit., p. 290.

⁴¹⁹ ZAVASCKI, *Antecipação...* cit., p. 102.

destinatário do comando provisório demonstrar a sua incorreção e obter a sua extirpação do mundo jurídico, como se nunca tivesse se operado.

Se, porém, a tutela provisória se revela irreversível, ter-se-á o exercício esvaziado desses direitos processuais fundamentais,⁴²⁰ já que se revelarão inúteis para a obtenção de efeitos práticos pretendidos, colocando as partes em situação de grave desigualdade processual,⁴²¹ a qual se revela ilícita se não estiver suficientemente justificada, em um critério de necessidade.

Nesse sentido, portanto, revelam-se completamente coerentes e justificados em termos sistemáticos, os dispositivos que vedam a concessão da antecipação, quando “houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado” (art. 273, § 2.º, do CPC de 1973) ou “quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão” (art. 300, § 3.º, do novo CPC), o que torna a irreversibilidade um pressuposto negativo para a concessão de antecipação de tutela.

Para parte da doutrina, a irreversibilidade exigida é apenas a jurídica, consistente na revogabilidade do provimento, não sendo necessária a irreversibilidade fática. Luiz Guilherme Marinoni, por exemplo, afirma que a provisoriedade da tutela significa a sua idoneidade para declaração e para a produção da coisa julgada material, não havendo contradição entre sua estrutura e a produção de efeitos irreversíveis; o que se veda é apenas a prolação de declarações ou constituições provisórias.⁴²²

A posição não parece ser a mais acertada, pois desconsidera os fundamentos acima colocados, que exigem a reversibilidade fática dos efeitos da tutela antecipada. Além disso, reduz o conteúdo da disposição que rechaça a irreversibilidade a quase nada, já que, essencialmente, “o provimento nunca é irreversível, porque provisório e revogável”,⁴²³ sendo que sua própria estrutura garante sua reversibilidade. Mesmo as tutelas de conteúdos declaratório e

⁴²⁰ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso...* cit., 2015, p. 600.

⁴²¹ BUENO, *Tutela...* cit., p. 64.

⁴²² MARINONI, *Antecipação...* cit., 2011, p. 192-193. Defendendo igualmente a possibilidade de efeitos irreversíveis, Daniel Mitidiero afirma que a regra do § 3.º do art. 300 “vai à contramão da lógica do provável que preside a tutela provisória” (MITIDIERO, Livro V – Da tutela antecipada cit., p. 783).

⁴²³ NERY JUNIOR, Nelson. Procedimentos e tutela antecipatória. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 394.

constitutivo são juridicamente reversíveis, podendo haver retratação. A razão de não poderem ser prestadas antecipadamente é outra, diz respeito à função de prestar certeza jurídica, a qual exige esgotamento procedimental.

Conclui-se, assim, que são os efeitos jurídicos da tutela antecipada, aos quais, aliás, a antecipação se limita, que não podem ser irreversíveis; são os efeitos que devem ser passíveis de desfazimento.

A norma, contudo, comporta gradações.

Em alguns casos, o estado anterior à efetivação da tutela poderá ser devolvido *in natura* para o requerido por ela atingido. O próprio bem disputado retornará às mãos do requerido e, salvo indenização pelo tempo em que se deixou de fruir do bem, as partes retornarão plenamente ao *status quo ante*. Nesse caso, a reversibilidade fática é plena e não há qualquer óbice à concessão da tutela. É a situação imaginada pelo legislador.⁴²⁴

Há outros casos em que, pela natureza do litígio, se vislumbra não ser possível o retorno da situação específica preexistente, mas é viável sua fácil reparação genérica, porque a disputa envolve bens sem especificidades e o beneficiário da medida dispõe de meios para suportar o pagamento da indenização. Nesse caso, apesar de os efeitos *in natura* serem irreversíveis, a esfera patrimonial da parte será reintegrada à situação anterior, o que é suficiente para que a medida antecipada seja autorizada. Assim, ainda que essa não seja a solução primária a ser adotada, ela deve ser admitida em razão dos valores protegidos pela tutela antecipada e pela probabilidade do direito do autor.

Por fim, há os casos em que a irreversibilidade é manifesta, seja porque se tratam de direitos sem especificidades e o beneficiário não tem meios de indenizar o requerido prejudicado, seja porque se tratam de direitos ou bens com especificidades que impedem a reparação genérica, isto é, pecuniária, ou em que ela se revela insuficiente.

Na primeira situação, temos o exemplo dos planos de saúde. Determinado e efetivado provisoriamente o custeio pelo réu de cirurgia em prol do autor, se a tutela for revogada, o prejuízo da ré é pecuniário e amplamente indenizável. Porém, no caso concreto, poderá acontecer de o beneficiário não dispor de

⁴²⁴ De toda forma, a integral restituição *in natura* é totalmente impossível, pois o tempo em que o prejudicado pela medida permaneceu sem o bem da vida não é passível de reposição.

meios para indenizar, o que tornará o dano de difícil reparação, não pela natureza do dano, mas pelas circunstâncias concretas das partes.

No segundo caso, temos os bens de grande valor imaterial, afetivo, histórico, arquitetônico, etc., os quais não são reparáveis pecuniariamente por natureza, ainda que não esteja excluída a indenização. Trata-se aqui da irreversibilidade fática plena.

Há, assim, quatro grupos de combinação: 1) bens restituíveis *in natura*; 2) bens não restituíveis *in natura*, mas passíveis de reposição pecuniária, a qual se revela factível; 3) bens não restituíveis *in natura*, mas passíveis de reposição pecuniária, a qual não se revela factível; 4) bens não restituíveis *in natura* e não passíveis de reposição pecuniária.

Nas duas primeiras situações, a antecipação de tutela pode ser deferida. Nas duas últimas, em regra, não o deverá ser.⁴²⁵

5.3.4.2 Admissão da irreversibilidade

A regra que veda a irreversibilidade da medida antecipada, contudo, poderá ser mitigada, quando houver razão que a justifique. Aliás, a doutrina não parece divergir a respeito da possibilidade de admissão da tutela antecipada, mesmo diante da irreversibilidade fática dos seus efeitos, quando os danos decorrentes de sua não concessão forem maiores ou mais gravosos do que os danos a serem suportados pelo destinatário da medida. Com efeito, há casos em que a irreversibilidade fática pode ser um ônus que ambas as partes correm o risco de carregar, pois se a lei se preocupou com o réu, ao vedar a concessão de medidas, cujos efeitos são irreversíveis, não se deve esquecer de que a tutela antecipada, em parte dos casos, serve exatamente para evitar a ocorrência de danos irreparáveis em face do autor. A questão que se coloca, portanto, é como resolver esses casos, em que a concessão da medida antecipatória e a sua

⁴²⁵ Nesse sentido, a lição de Nelson Nery Junior e Rosa Nery: “Caso haja real perigo de irreversibilidade ao estado anterior, a medida não deve ser concedida. É o caso, por exemplo, de antecipação determinando a demolição de prédio histórico ou de interesse arquitetônico: derrubado o prédio, sua eventual reconstrução não substituirá o edifício original. Aqui existe a irreversibilidade de fato, que impede a concessão da tutela antecipada. Quando houver irreversibilidade de direito, ou seja, quando puder resolver-se em perdas e danos, a tutela antecipada pode, em tese, ser concedida. V., coment. 38 CPC 273 § 3.º” (NERY JUNIOR; NERY, *Código de Processo Civil...* cit., art. 273, nota n. 37).

denegação são ambas aptas a provocarem danos irreparáveis ou de difícil reparação, ou seja, qualquer solução importa efeitos irreversíveis.

Uma interpretação literal conduz a uma solução que privilegia o réu. É como se o legislador optasse por uma falsa neutralidade: se tanto a tutela estatal como a sua ausência causarão dano irreversível a uma ou à outra parte, o Estado não deve intervir, devendo prevalecer a situação de fato preexistente.⁴²⁶

Referida opção, contudo, fere os princípios da isonomia e da efetividade, pois privilegia a parte mais forte, que conseguiu por si se impor no mundo dos fatos e desconsidera as circunstâncias concretas de cada caso, deixando de tratar desigualmente os desiguais.

Conclui-se, dessa forma, que diante da colisão de irreversibilidades, não deve haver solução pré-estabelecida, pelo contrário, o correto é proceder-se à comparação dos valores sujeitos a risco, bem como das probabilidades dos direitos alegados por cada parte. Se o erro proveniente da cognição sumária pode ser irreversível, melhor e mais justo que a decisão seja baseada nas especificidades do caso concreto, reduzindo, com isso, as chances de equívoco, e não que seja determinada de antemão e às cegas. Assim, a tutela antecipada poderá ser deferida mesmo diante da existência de irreversibilidade fática, sendo essa a solução que mais se adequa aos valores constitucionais vigentes.⁴²⁷

A decisão nesses casos deverá ser feita mediante o exercício da ponderação dos bens jurídicos envolvidos, privilegiando-se aqueles que o sistema repute mais importante, por meio da aplicação do postulado da proporcionalidade, admitindo-se, assim, o sacrifício de um bem jurídico em favor de outro que, se não tutelado de pronto, será definitivamente sacrificado. Como lecionam Arruda Alvim, Araken de Assis e Eduardo Arruda Alvim, “o critério norteador do atuar do magistrado ao conceder medidas de urgência, é o de evitar

⁴²⁶ A neutralidade é falsa, pois, como adverte Ovídio Araújo Baptista da Silva, no domínio do processo, nada se faz impunemente. Diz o autor: “Espero ter demonstrado, com as breves observações anteriores que, no domínio do processo civil, nada se faz impunemente e que, mesmo aquelas soluções que se mostrem tão racionais e generosas, quando vistas de um determinado ponto de vista, não se fazem realidade sem um custo correspondente. Há, a respeito disto, um velho princípio, nem sempre lembrado pelos farejadores de novidades: em direito, particularmente no domínio do processo civil, o juiz não pode conceder nada a nenhuma das partes, senão à custa de um igual sacrifício do adversário. Quer dizer, tudo o que o juiz conceder ao autor ele o dará à custa do réu. E o inverso é igualmente verdadeiro” (SILVA, A “plenitude de defesa”... cit., p. 160).

⁴²⁷ Nesse sentido: MITIDIERO, *Antecipação...* cit., p. 128-129.

o mal maior, o que pode perfeitamente levar a que, em determinadas situações, a antecipação de tutela conduza a uma situação irreversível”.⁴²⁸ Dessa forma, se o bem jurídico sob risco de perecimento pertencente ao autor for mais importante do que o bem jurídico sob risco de irreversibilidade do réu, o juiz deverá deferir a tutela antecipada.

De todo modo, como bem acrescenta Cassio Scarpinella Bueno, o raciocínio deverá computar ainda as probabilidades de julgamento favorável para cada parte e a extensão do dano a ser suportado por cada um, em caso de deferimento ou indeferimento da tutela antecipada.⁴²⁹

Anota-se, por fim, que, conforme o caso, poderão ser exigidas medidas de atenuação dos riscos, quando isso se mostrar viável. Assim, nos casos em que a reparação for possível, mas se duvidar da capacidade ou da disponibilidade do autor em indenizar o réu, poder-se-á exigir caução, nos termos do que agora dispõe o art. 300, § 1.º, do novo CPC, desde que, contudo, não se trate de parte economicamente hipossuficiente.

5.3.4.3 Distinção entre a tutela de urgência e a de evidência

Como se pôde perceber, os parâmetros traçados para autorizar a concessão da tutela cujos efeitos sejam irreversíveis são todos ligados à tutela de urgência, pois, sem ela, não há perigo de dano que justifique a assunção de risco de prejuízos irreparáveis para o destinatário do comando, não havendo, por conseguinte, valores jurídicos para serem ponderados e comparados, salvo o da própria tempestividade e da isonomia.

Dessa forma e de acordo com parcela da doutrina, nos casos de mera evidência, o juiz deverá exigir reversibilidade ampla, *in natura*, dos efeitos da antecipação, em razão da ausência de dano que justifique a conversão em

⁴²⁸ ARRUDA ALVIM; ASSIS; ARRUDA ALVIM, *Comentários...* cit., p. 547.

⁴²⁹ BUENO, *Tutela...* cit., p. 65. Para o prestigiado autor paulista: “A tutela antecipada deve ser concedida sempre que a probabilidade de o autor receber julgamento meritório a seu favor (Pa), multiplicada pelo dano que ele pode vir a sofrer caso a tutela antecipada não lhe seja concedida (Da), for maior que a probabilidade de que o réu receba julgamento favorável (1-Pa), multiplicada pelo dano que ele, réu, poderá vir a experimentar caso a tutela antecipada seja concedida para o autor (Dr). Ou, em ‘economês’: $Pa(Da) > (1-Pa)Dr$ ” (BUENO, *Tutela...* cit., p. 67). Como o próprio autor ressalva, contudo, a fórmula tem limitações, especialmente quando trata de bens jurídicos de naturezas distintas.

perdas e danos do direito lesado do réu. Arruda Alvim, por exemplo, restringe a conversão das perdas e danos aos “casos extremos, de perecimento da pretensão do autor ou de danos que só com a antecipação da tutela pode ser evitado”.⁴³⁰ Antônio Cláudio da Costa Machado, mais expressamente, afirma que “[q]uanto à antecipação sancionatória (art. 273, II), a nosso ver, o problema não se coloca, porque não pressupondo ela *periculum in mora*, não há como pensar em urgência ou gravidade de qualquer espécie de sorte que somente a providência francamente reversível mesmo é que se admite nesta seara”.⁴³¹

A nosso ver, contudo, o entendimento acima esposado é bastante radical e não considera adequadamente os valores da tempestividade e da isonomia, que serão lesionados irreversivelmente, em caso de indeferimento da medida. Além disso, desconsidera que, nos casos de tutela provisória de evidência, há, em regra, uma carga mais elevada de probabilidade do direito alegado, ou seja, de que nela, ao menos em tese, há mais chances de a decisão provisória ser mantida do que de ser revogada.

Por tudo isso, a solução mais correta parece ser a admissão da concessão da tutela antecipada de evidência, nos casos em que não é possível a restituição *in natura* da situação jurídica anterior, restringindo-a, contudo, aos casos em que os bens forem passíveis de reparação genérica e ela se mostrar factível. Se, contudo, a reparação em pecúnia se mostrar improvável ou for incabível, então a tutela deverá ser indeferida, em razão de configurar-se um sacrifício desproporcional ao direito do réu.

Nesse sentido, considerando o quadro das quatro combinações acima delineadas (1. bens restituíveis *in natura*; 2. bens não restituíveis *in natura*, mas passíveis de reposição pecuniária factível; 3. bens não restituíveis *in natura*, mas passíveis de reposição pecuniária infactível; 4. bens não restituíveis *in natura* e não passíveis de reposição pecuniária), a tutela de evidência somente será admitida nas hipóteses 1 e 2. No caso 3, contudo, ela poderá ser deferida, se a caução for oferecida.

⁴³⁰ ARRUDA ALVIM, *Manual...* cit., p. 898.

⁴³¹ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil interpretado e anotado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 5. ed. Barueri: Manole, 2013. p. 582.

5.3.5 Efetivação da tutela antecipada

5.3.5.1 Efetivação da tutela antecipada e execução provisória

Como definido no item 2.1 deste trabalho, a antecipação de tutela permite a produção imediata dos efeitos que seriam produzidos ao final, especificamente dos efeitos externos da sentença, que se “operam fora do processo e no âmbito das relações de direito material”.⁴³² Por força dela, antecipa-se a exigibilidade de uma conduta, de forma provisória, iniciando-se a execução do comando, antes da formação título executivo definitivo.

A antecipação da tutela permite, portanto, a antecipação da execução, a qual se opera de forma provisória, já que não há título executivo definitivo. Em verdade, contudo, a execução não é propriamente provisória, mas sim incompleta, sendo provisório apenas o título em que a execução se funda.⁴³³ A despeito dessa ressalva, o CPC de 1973 previu expressamente que a efetivação da tutela antecipada se faz na forma de execução provisória, ao estabelecer em seu art. 273, § 3.º, que ela observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588,⁴³⁴ 461, §§ 4.º e 5.º, e 461-A. O novo CPC, por sua vez, seguiu a mesma linha, ao dispor, em seu art. 297, parágrafo único, que a “efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber”.

Pode-se dizer que a execução provisória é uma versão limitada da execução definitiva, decorrendo suas restrições da possibilidade de alteração do título exequendo, pois, conforme dispõem o art. 475-O, inc. II, do CPC de 1973, e o art. 520, inc. II, do novo CPC, se sobrevier decisão que modifique ou anule a sentença, ficará a execução sem efeito e as partes deverão ser restituídas ao seu estado anterior.

Vê-se, assim, que do caráter provisório do título decorre a provisoriedade ou incompletude dos atos executivos,⁴³⁵ de tal forma que é absolutamente natural que a efetivação da tutela antecipada se opere nos mesmos termos da

⁴³² MARINONI, *Antecipação...* cit., 2011, p. 44.

⁴³³ *Ibidem*, p. 206.

⁴³⁴ O art. 588 disciplinava a execução provisória, até ser revogado e substituído pelo art. 475-O, não tendo o legislador se lembrado de alterar também o § 3.º do art. 273.

⁴³⁵ BUENO, *Tutela...* cit., p. 132.

execução provisória da sentença, já que em ambos os casos é possível que os efeitos antecipados venham a ser desfeitos.⁴³⁶

Sobre a distinção entre as execuções provisória e definitiva, de toda forma, cabem aqui duas ressalvas. A primeira é a de que a execução provisória se aproximou muito da definitiva, a partir da Lei n. 11.232/2005, passando a permitir a prática de atos de alienação e até mesmo de levantamento de depósitos, e a ser, portanto, amplamente satisfativa, apenas condicionando tais atos ao devido caucionamento, passível de dispensa em algumas situações.⁴³⁷ O novo CPC, aliás, manteve essa aproximação e criou novas hipóteses de dispensa da caução (arts. 520 e 521). A segunda é a de que, em se tratando de obrigação de fazer, não fazer e dar coisa, não haverá diferença entre as formas provisória e definitiva. Somente na pretensão relacionada ao pagamento de quantia certa é que a provisoriedade determinará a existência de restrições, como a exigência de caucionamento.

5.3.5.2 Flexibilização nas formas de efetivação da tutela antecipada

As peculiaridades da tutela antecipada permitem que ela, em determinados casos, não só supere as restrições relativas à própria execução provisória, mas as da própria execução definitiva, permitindo-se a adoção das medidas adequadas e necessárias para sua efetivação.

⁴³⁶ José Roberto dos Santos Bedaque entende não haver qualquer identidade entre a execução provisória da sentença e a tutela antecipada. Para ele, as figuras não se confundem, por diversas razões: 1) a execução provisória não tem caráter satisfativo; 2) não provê os efeitos materiais ou processuais da sentença; 3) decorre de opção legislativa, sem apreciação de conveniência e necessidade pelo juiz; 4) desconhece a necessidade do *periculum in mora*. As duas figuras apenas se identificam no resultado prático produzido (BEDAQUE, *Tutela cautelar...* cit., p. 440-441). No mesmo sentido: FUX, *Tutela...* cit., p. 333. Luiz Guilherme Marinoni discorda desse posicionamento: “Com o devido respeito, as conclusões do ilustre processualista cuja lição acabamos de reproduzir não tomam em consideração três pontos essenciais: i) pode haver execução provisória contra o *periculum in mora* (e esta foi consagrada em vários ordenamentos jurídicos estrangeiros, inclusive no antigo art. 282 do CPC italiano); ii) ao se admitir execução provisória contra o *periculum in mora*, confere-se ao juiz oportunidade para ‘avaliar sobre sua conveniência e necessidade’; iii) a execução provisória pode permitir a integral satisfação do direito, e não apenas a prática de alguns atos executivos. Admitir a execução provisória contra o *periculum in mora*, limitá-la a algumas situações, admitir a execução provisória da sentença em todos os casos, restringir, ou não, a execução da sentença na pendência da apelação à prática de apenas alguns atos executivos, tudo isto é uma questão de política legislativa” (MARINONI, *Antecipação...* cit., 2011, p. 115).

⁴³⁷ NERY JUNIOR; NERY, *Código de Processo...* cit., art. 273, nota n. 39.

A necessidade de flexibilização das medidas executivas decorre das exigências do princípio da efetividade da tutela (art. 5.º, inc. XXXV, da CF), o qual impõe um processo idôneo à prestação da tutela do direito material e, por conseguinte, “também garante, como diz a melhor doutrina italiana, o direito às modalidades executivas adequadas a cada situação conflitiva concreta”.⁴³⁸

Assim, havendo situação concreta que o justifique, o juiz tem autorização para tomada das medidas executivas adequadas, independentemente do tipo da prestação que se execute, não sendo errado concluir, como faz Daniel Mitidiero, que

[...] em termos comparados, o sistema processual civil brasileiro para efetivação e execução da antecipação da tutela é um dos mais ricos da tradição ocidental – desde as astreintes do direito francês (art. 461, §§ 4.º e 6.º, CPC) ao *contempt of court* do direito anglo-estadunidense (art. 14, V, CPC), várias são as técnicas processuais de que podem se valer as partes e o juiz para realização dos direitos.⁴³⁹

Essa interpretação já se extraía do art. 273, § 3.º, do CPC de 1973, ao dispor que “a efetivação da tutela antecipada observará, *no que couber e conforme sua natureza*, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4.º e 5.º, e 461-A”, e vem a ser corroborada pelo art. 297 do novo CPC, que dispõe no parágrafo único que “a efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, *no que couber*”.

Assim, as expressões “no que couber” e “conforme sua natureza” já serviam para modular as restrições da execução provisória, afastando-as, quando necessário.

No novo CPC, contudo, foi conferido ao juiz poder adaptativo ainda maior em relação às medidas de efetivação da tutela provisória, ao prever-se que “o juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória” (art. 297, *caput*). O art. 139, inc. IV, no mesmo sentido, dispôs que incumbe ao juiz “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.

⁴³⁸ MARINONI, *Antecipação...* cit., 2011, p. 233.

⁴³⁹ MITIDIERO, *Antecipação...* cit., p. 154.

Disso se extrai, por exemplo, que, no caso de tutela provisória relativa ao pagamento de quantia certa, se a execução por meio das técnicas expropriatórias não satisfizer a necessidade de urgência que o caso concreto apresenta, não haverá óbice à admissão de sua efetivação por meio de imposição de multa⁴⁴⁰ ou, ainda, por meio de sub-rogação, bloqueando-se a quantia e entregando-a imediatamente ao autor (sem a necessidade de penhora, etc.).

Em razão do exposto, é bastante precisa a conclusão de Marinoni, Arenhart e Mitidiero no sentido de que, “à exceção da execução contra a Fazenda Pública, o direito brasileiro completou um arco que vai da previsão de formas rígidas de execução a um sistema que privilegia a versatilidade e a maleabilidade das técnicas executivas”, independentemente do tipo de execução.⁴⁴¹

Isso não exclui, de todo modo, a subsistência em nosso modelo processual do sistema típico, fechado, de origem europeia das técnicas executivas. A execução da obrigação de pagar quantia certa continua obedecendo aos limites e formas pré-estabelecidos na lei, inclusive a restrição a 10% do valor da multa, em caso de não pagamento no prazo fixado (art. 523, § 1.º, do novo CPC). A previsão do art. 139, inc. IV, portanto, não extingue as restrições da técnica expropriatória tradicional, mas apenas permite seu excepcionamento quando fatores concretos o exigirem, em prol da adequação da tutela necessária. Trata-se, assim, de mero temperamento ao sistema típico, aplicável somente nas situações em que ele se revele efetivamente inapto para a entrega da tutela, não bastando, para tanto, a sua menor aptidão.

5.3.5.3 Flexibilização e tutela antecipada de evidência

Sobre a possibilidade de flexibilização da forma de efetivação da tutela antecipada de evidência, cabem as mesmas considerações feitas quando tratamos da flexibilização quanto à inadmissibilidade das medidas irreversíveis, ou seja, apenas elementos concretos, relativos a riscos decorrentes da espera,

⁴⁴⁰ MARINONI, *Antecipação...* cit., 2011, p. 233. No mesmo sentido: MITIDIERO, *Antecipação...* cit., p. 156.

⁴⁴¹ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *Novo curso...* cit., p. 212.

justificam e autorizam a flexibilização das técnicas de efetivação da tutela provisória em relação à tutela definitiva. Disso decorre que o perigo de dano não determina só o cabimento da tutela de urgência, mas a forma de sua efetivação.⁴⁴²

Contrario sensu, como nos casos de tutela de evidência, o perigo de dano não estará presente, tem-se que não haverá razão para alteração da forma-padrão de efetivação da medida, aplicando-se integralmente, por conseguinte, o regime da execução provisória.⁴⁴³

A flexibilização, contudo, não é incompatível com a tutela de evidência, que estruturalmente não difere da de urgência. Havendo situação concreta em que se faça necessária a flexibilização, o juiz poderá adotá-la, desde que fundamente adequadamente o tratamento excepcional.⁴⁴⁴ O que se verifica, no entanto, é que, por essência, a tutela antecipada de evidência se executa da mesma forma que a tutela definitiva, sendo autorizada, na verdade, a adequação de qualquer delas, caso se note grave descompasso entre a forma nela estabelecida e a tutela do direito necessária (art. 139, inc. IV, do novo CPC).⁴⁴⁵

5.3.6 Tutela antecipada em face da Fazenda Pública

É ampla a aceitação doutrinária e jurisprudencial a respeito do cabimento da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, não existindo razão para excluir o Estado da sua esfera de incidência, até porque na disciplina geral da antecipação não há nenhuma disposição que o autorize.⁴⁴⁶ De toda forma, ainda

⁴⁴² BUENO, *Tutela...* cit., p. 121-123.

⁴⁴³ Nesse sentido, a lição de Cassio Scarpinella Bueno: “Os princípios da ‘efetividade da jurisdição’ e da ‘celeridade da jurisdição’ parecem repousar, suficientemente, na mera antecipação dos efeitos (‘normais’) da sentença, sem necessidade de alterar o modelo em que sua execução (ou efetivação) propriamente dirá se vai realizar. A tutela antecipada concedida com base nesses dispositivos é, a bem da verdade, forma de antecipar o início da execução, de colocar o autor, beneficiário da tutela antecipada, na porta de entrada da execução, e nada mais do que isso” (BUENO, *Tutela...* cit., p. 128).

⁴⁴⁴ MITIDIERO, *Antecipação...* cit., p. 157.

⁴⁴⁵ Para Humberto Theodoro Júnior, todavia, as medidas antecipadas de evidência seguem o mesmo procedimento aplicável às de urgência, sendo executadas pelo modelo da mandamentalidade. Diz o autor: “O caráter injuncional (mandamental) é inerente às medidas de tutela de urgência e da evidência. Seu papel consiste, precisamente, em buscar a máxima efetividade da prestação jurisdicional, eliminando ou minimizando os efeitos da inevitável demora da solução definitiva da lide” (THEODORO JÚNIOR, *Curso...* cit., 2015, p. 689).

⁴⁴⁶ ZAVASCKI, *Antecipação...* cit., p. 191.

que houvesse regra nesse sentido, ela seria inconstitucional por violação frontal aos princípios da isonomia e da efetividade. Afinal, como observa Marinoni, “dizer que não há direito à tutela antecipatória contra a Fazenda Pública em caso de ‘fundado receio de dano’ é o mesmo que afirmar que o direito do cidadão pode ser lesado quando a Fazenda é ré”.⁴⁴⁷

A conclusão, contudo, foi objeto de grande controvérsia, tendo sido sustentado por algum tempo que as tutelas antecipadas não poderiam ser concedidas em face da Fazenda Pública, em razão das regras do reexame necessário e do sistema de precatórios.⁴⁴⁸ Todavia, esse posicionamento encontra-se hoje totalmente superado, tendo a controvérsia sido deslocada para a constitucionalidade das restrições à tutela antecipada em face da Fazenda, as quais são previstas na legislação extravagante.

Entre as disposições legais que trazem limitações à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, podem-se citar a Lei n. 12.016/2009;⁴⁴⁹ a Lei n. 8.437/1992⁴⁵⁰ e a Lei n. 9.494/1997.⁴⁵¹ O novo CPC, por sua vez, eliminou qualquer dúvida a respeito da revogação de tais disposições legais a partir de sua entrada em vigor, ao dispor, em seu art. 1.059, que “à tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1.º a 4.º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7.º, § 2.º, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009”.

⁴⁴⁷ MARINONI, *Antecipação...* cit., 2011, p. 259.

⁴⁴⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Dialética, 2007. p. 220-221.

⁴⁴⁹ “Art. 7.º [...]”

§ 2.º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.”

⁴⁵⁰ “Art. 1.º [...]”

§ 1.º Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.

[...]

§ 3.º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.

[...]

§ 5.º Não será cabível medida liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários.”

⁴⁵¹ “Art. 2.º-B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado.”

Remanesce, contudo, a questão da constitucionalidade de tais restrições. Da análise dos referidos dispositivos, extrai-se, de modo geral, que as vedações relacionam-se à proteção do Erário, especialmente nas searas tributária, alfandegária e administrativa, em regra buscando prevenir a concessão de medidas que se mostrem de difícil ou impossível reversão, o que, como se viu, é consentâneo com os princípios que informam a tutela antecipada. As limitações mencionadas, portanto, não importam prejuízo à efetividade da tutela, sendo baseadas em critérios inicialmente razoáveis e proporcionais, amparadas especialmente na proteção do patrimônio público, valor superior que as justifica.

Para parte da doutrina, todavia, tais considerações revelam-se insuficientes para legitimar as restrições analisadas e qualquer vedação apriorística à concessão da tutela antecipada deve ser considerada inconstitucional por violar o imperativo da inafastabilidade da jurisdição, não havendo margem para esse tipo de disposição.⁴⁵²

Tal posicionamento, contudo, não foi acolhido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC n. 4/DF,⁴⁵³ o qual tratava do art. 1.º da Lei n. 9.494/1997, e reconheceu a constitucionalidade do dispositivo, afastando, com isso, a possibilidade de adoção de entendimento contrário em controle difuso, por força dos efeitos vinculantes da decisão.

A solução mais correta é a intermediária, pela qual a análise da constitucionalidade das normas que vedam a concessão da tutela antecipada em face da Fazenda deve ser feita considerando as peculiaridades de cada caso concreto, em cotejo com o conjunto de regras e princípios que regem o instituto da tutela antecipada e dando-se interpretação conforme a Constituição, para sempre garantir a proteção de um direito, caso haja situação de efetiva lesão ou ameaça de lesão e, em um juízo de ponderação, se verifique que os bens a serem protegidos pela antecipação possuem valor jurídico superior aos protegidos pela vedação. Assim,

[...] se, concreta e excepcionalmente, estiver demonstrado pela parte autora o grave risco de dano, deverá, afastando-se a vedação legal, ser concedida a medida, em prol da efetividade e

⁴⁵² Nesse sentido: MITIDIERO, *Antecipação...* cit., p. 166; BUENO, *A nova...* cit., p. 45.

⁴⁵³ STF, ADC 4/DF, Rel. Ministro Sydney Sanches, Pleno, julgado em 1.º.10.2008, DJe 30.10.2014, m.v., vencido o Min. Marco Aurélio.

da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Não demonstrada a situação de excepcionalidade, impõe-se rejeitar o pedido de concessão de provimento de urgência, mercê das prescrições legais que impedem seu deferimento.⁴⁵⁴

O STF vem adotando esse posicionamento e, mesmo considerando válidas, em abstrato, as restrições à concessão da tutela antecipada, tem conferido interpretação restritiva aos dispositivos legais mencionados e negado reclamações, em casos em que a medida antecipatória foi deferida por se justificar concretamente.⁴⁵⁵

Outro aspecto em que há alguma polêmica é o da possibilidade de flexibilização da técnica executiva em caso de obrigação de pagar quantia certa em face do Poder Público, tendo em vista que o regime de precatórios previsto na Constituição Federal prevê o trânsito em julgado como condição de execução, verificando-se, nesse caso, a coincidência temporal entre eficácia da decisão e trânsito em julgado.⁴⁵⁶

De modo coerente com a posição adotada em relação aos comandos dirigidos aos particulares, a doutrina e a jurisprudência têm entendido que é possível a flexibilização do sistema de precatórios, sempre em prol do valor da efetividade da tutela,⁴⁵⁷ sendo tal interpretação a que mais bem conjuga os valores e interesses envolvidos. Assim, tem sido autorizado, ainda que em caráter absolutamente excepcional, o afastamento do referido sistema, quando a proteção ao Erário estiver em confronto com mandamentos constitucionais tidos como superiores, como os direitos à vida, à saúde e à moradia.⁴⁵⁸

5.3.6.1 Tutela antecipada de evidência em face da Fazenda Pública

⁴⁵⁴ CUNHA, Tutela... cit., p. 337.

⁴⁵⁵ Ibidem, p. 320.

⁴⁵⁶ BUENO, *Tutela...* cit., p. 33.

⁴⁵⁷ Didier Jr., Braga e Oliveira, contudo, apontam a inconstitucionalidade da exigência de trânsito em julgado por violação a esse princípio (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso...* cit., 2015, p. 639).

⁴⁵⁸ Nesse sentido, os seguintes julgados: 1) STJ, REsp 746.781/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, 1.^a Turma, julgado em 18.04.2006, DJ 22.05.2006, p. 164; 2) STJ, MC 10.613/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, 1.^a Turma, julgado em 04.10.2007, DJ 08.11.2007, p. 162; 3) STJ, REsp 834.678/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, 1.^a Turma, julgado em 26.06.2007, DJ 23.08.2007, p. 216; 4) STF, AgRg na STA 223/PE, Rel. Ministra Ellen Gracie, Pleno, julgado em 14.04.2008, DJe 09.04.2014.

A tutela antecipada de evidência é igual e amplamente cabível em face da Fazenda Pública. Todas as hipóteses do art. 311 são aplicáveis à Fazenda, inclusive a relativa ao abuso de direito de defesa, não havendo porque se ignorar o mau comportamento processual do mais frequente litigante de nosso país.⁴⁵⁹

Deve-se analisar, contudo, se há distinções entre os regimes das tutelas antecipadas de urgência e de evidência em face da Fazenda Pública.

Parte da doutrina vislumbra a existência de uma primeira distinção entre as duas modalidades de tutela antecipada, no que tange às vedações mencionadas no item anterior. Antonio de Moura Cavalcanti Neto, por exemplo, sustenta que as referidas restrições somente foram admitidas pelo Supremo Tribunal Federal por razões relativas à urgência, do que conclui que não há fundamento para que sejam aplicadas à tutela de evidência.⁴⁶⁰ Seguindo a mesma diretriz interpretativa, o Fórum Permanente de Processualistas Civis editou o enunciado n. 35, dispondo que “as vedações à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública não se aplicam aos casos de tutela de evidência”.⁴⁶¹

Em nosso entender, contudo, o posicionamento não se revela correto.

⁴⁵⁹ Nesse sentido, aliás, o enunciado n. 34 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, realizado em Vitória, entre os dias 1.º e 03 de maio de 2015, que dispõe: “Enunciado n. 34: (art. 311, I) Considera-se abusiva a defesa da Administração Pública, sempre que contrariar entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa, salvo se demonstrar a existência de distinção ou da necessidade de superação do entendimento” (BUENO, *Novo Código...* cit., p. 233).

⁴⁶⁰ Afirma o autor: “A vedação à concessão de tutela da evidência contra a Fazenda Pública, quando ela será irrestritamente possível para os particulares, fere uma série de normas constitucionais, principalmente o princípio do amplo acesso à justiça e a igualdade substancial. Nessa tutela, não se questiona quanto à urgência e, por isso, desaparecem as razões encontradas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para declarar constitucional o art. 1.º da Lei nº 9.494/1997. [...]”

Sendo assim, mesmo que presentes qualquer das hipóteses previstas nas Leis nº 8.437/1992, 9.494/1997 e 12.016/2009, em se tratando de direito evidente, será possível conceder a tutela antecipada, sob pena de tornar um nada jurídico o art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal, e também o princípio da igualdade (art. 5.º, *caput*, também da Carta da República)” (CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. A possibilidade de concessão de tutela da evidência contra a Fazenda Pública no Projeto de novo Código de Processo Civil: sobre acreditar ou não no acesso à justiça. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, v. 238, p. 397-398, dez. 2014).

⁴⁶¹ BUENO, *Novo Código...* cit., p. 233. A redação do enunciado foi alterada, sem modificação substancial, no V Fórum Permanente realizado em Vitória/ES, passando à seguinte: “35. (art. 311) As vedações à concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública limitam-se às tutelas de urgência” (disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>).

Em primeiro lugar, porque as normas que restringem a antecipação da tutela não se amparam na urgência, mas na proteção do Erário e no perigo de irreversibilidade, elementos presentes quando tratamos da tutela provisória de evidência. Além disso, nenhuma das disposições legais pertinentes faz referência ao fundamento da urgência, não havendo, portanto, substrato textual para tal interpretação. Por fim, tem-se que não faz sentido vedar-se a concessão da antecipação em caso de urgência, quando o autor corre risco de sofrer um dano, e autorizá-la nos casos em que não há risco algum.

Conclui-se, assim, que as vedações relativas à Fazenda Pública são extensíveis a todos os tipos de antecipação de tutela, não havendo nesse ponto qualquer distinção entre as espécies da medida.

O único aspecto em que se vislumbra efetiva distinção entre as medidas de urgência e de evidência é o que tange à condenação de pagar quantia em dinheiro.

O sistema de precatórios tem fundamento constitucional e não sofreu nenhum tipo de modificação no novo CPC (nem o poderia), tendo sido expressamente previsto em seu art. 910, § 1.º. Por meio desse sistema, a eficácia da condenação ao pagamento de prestação pecuniária continua condicionada ao trânsito em julgado da decisão final, o que impede o deferimento da antecipação, salvo se existirem elementos relativos à urgência e à relevância do bem jurídico a justificarem racionalmente a excepcionalização, conforme foi delineado no item anterior.

Como, contudo, os casos de antecipação fundada em evidência não envolvem a presença de urgência, o tratamento diferenciado não estará autorizado, podendo-se concluir, por isso, que não cabe tutela antecipada de evidência com conteúdo condenatório pecuniário (pagamento de quantia certa) em face da Fazenda Pública.

Por fim, anota-se ser cabível a tutela antecipada de evidência em face da Fazenda Pública, no procedimento do mandado de segurança.

Com efeito, a tutela antecipada genérica prevista no CPC é aplicável aos procedimentos especiais previstos no CPC e na legislação extravagante, quando não estiverem satisfeitos os seus requisitos próprios. Nos casos das ações possessórias e da ação de despejo, por exemplo, a jurisprudência tem admitido

amplamente a concessão de tutela antecipada prevista no art. 273, quando ausentes os requisitos específicos dos respectivos procedimentos.⁴⁶²

Assim, no caso do mandado de segurança, se os requisitos do art. 7.º da Lei n. 12.016/2009 não estiverem presentes, mas verificarem-se preenchidos os requisitos do art. 311 do novo CPC, caberá a concessão da liminar com fundamento na evidência, sob pena de, por razão meramente formal, negar-se medida a que a parte faria jus no procedimento comum, desprestigiando-se, com isso, a efetividade, a tempestividade e a isonomia sem que haja uma justificativa razoável para esse sacrifício. Em tal hipótese, enfim, a tutela provisória e a tutela definitiva serão de evidência.

⁴⁶² No sentido da aplicabilidade da tutela antecipada genérica nos procedimentos especiais: 1) STJ, REsp 1.207.161/AL, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4.ª Turma, julgado em 08.02.2011, DJe 18.02.2011; 2) STJ, REsp 702.205/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5.ª Turma, julgado em 12.09.2006, DJ 09.10.2006, p. 346; 3) STJ, AgRg no AgIn 1.232.023/PR, Rel. Ministro Marco Buzzi, 4.ª Turma, julgado em 27.11.2012, DJe 17.12.2012.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente trabalho monográfico foi analisar o instituto da tutela provisória de evidência, a partir de sua disciplina no novo CPC, procedendo-se, para tanto, à exposição de temas a ela correlatos e à problematização e tentativa de solução de questões relativas à sua aplicação. Durante o trabalho, com base nas posições doutrinárias e jurisprudenciais expostas, alcançamos algumas conclusões a respeito dos temas propostos, as quais passamos a transcrever, com o fim de síntese:

1. Identifica-se a tutela antecipada de evidência com a tutela antecipada sem urgência, abrangendo-se na classificação as tutelas antecipadas previstas nos procedimentos especiais, que não exigem tipos de provas específicos para seu deferimento.
2. Há duas espécies de antecipação, sob o critério do pressuposto: a de urgência e a de evidência, podendo-se dividir a última em função do direito material pretendido (específica) e do quadro probatório existente (genérica).
3. A hipótese do abuso do direito de defesa é fundada na evidência e não se consubstancia terceira espécie de tutela antecipada. Baseia-se na evidência que exsurge do comportamento indevido da parte requerida.
4. Oferecer defesa séria é um ônus do réu, cuja não desincumbência dará ensejo à inversão na distribuição do tempo, por meio da concessão da tutela antecipada. O oferecimento de defesa séria é ônus e não dever.
5. A efetividade abrange a exigência de que a tutela seja prestada no menor tempo necessário à formação de uma decisão justa. Enquanto nos casos de tutela de urgência, a efetividade da tutela se realiza em razão da verificação de uma necessidade, nos casos de tutela de evidência a efetividade se realiza em razão da verificação da desnecessidade de sua postergação.

6. A antecipação da tutela em razão da evidência tem por principal alicerce constitucional o direito fundamental à razoável duração do processo.

7. As mesmas técnicas que representam o desenvolvimento do princípio da tempestividade da jurisdição cumprem o mandamento da igualdade ao atuarem como diferenciadoras no tratamento dado às partes, fazendo prevalecer o direito afirmado pelo autor, quando isso se revelar cabível.

8. A tutela antecipada de evidência não representa violação dos princípios do contraditório e do devido processo legal. Ainda que se compreenda que a técnica da tutela antecipada de evidência representa uma mitigação de tais direitos, essa modificação no modo e intensidade do exercício de um direito é admitida pelo sistema, tendo em vista que se trata de direitos expressos na forma de princípios.

9. A antecipação da tutela de evidência é a área de interseção de dois grupos distintos de tutelas, o da tutela de evidência e o da tutela antecipada.

10. A distribuição do ônus do tempo entre as partes é um instrumento de justiça e deve envolver a análise das peculiaridades do direito material e das circunstâncias processuais, a fim de se construir hipóteses, em que o réu deverá arcar com o ônus do tempo, independentemente da existência de urgência. A tutela antecipada de evidência exerce essa função.

11. Evidência não é um tipo de tutela, mas o pressuposto para um tipo de tutela diferenciada.

12. A evidência não se revela na intensidade da probabilidade, mas na forma como a probabilidade é construída, ou seja, pela adequação dos elementos que formam a verossimilhança às hipóteses previstas na lei. O legislador supõe que de determinados modos de prova ou de determinadas circunstâncias processuais decorre um grau de verossimilhança elevado e qualifica esses elementos como aptos a ensejarem a tutela de evidência.

13. A intensidade da probabilidade não necessariamente será elevada no caso concreto, sendo suficiente que ela seja alcançada conforme as hipóteses previstas. A evidência deve ser entendida como a qualificação da probabilidade pela adequação às hipóteses de cabimento da tutela de evidência.

14. No que tange aos fatos, a evidência se configura tanto pela sua comprovação de plano, como pela desnecessidade da mesma, nos casos de fatos incontroversos e de fatos atingidos por presunções e ficções legais.

15. Sendo exigida a prova dos fatos, a existência de evidência desses fatos se aferirá a partir da espécie de prova exigida por cada hipótese de cabimento da tutela.

16. As hipóteses do art. 311 preveem situações adjetivas à probabilidade do direito do autor, quais sejam o tipo do direito material, a conduta das partes, a qualidade dos fundamentos jurídicos da causa de pedir ou a qualidade da prova produzida pela defesa. Presentes probabilidade e situação qualificadora há direito à tutela antecipada de evidência.

17. O abuso de direito de defesa se configura com o oferecimento de contestação sem consistência. O manifesto propósito protelatório se caracteriza pela prática de atos ou omissões destinados a retardar o andamento do processo.

18. As hipóteses de litigância de má-fé são referenciais de comportamentos indevidos processualmente, que podem configurar o abuso de defesa e o propósito protelatório. Nesses casos, incorrendo a parte em alguma das hipóteses de litigância de má-fé, arcará ela tanto com a sanção correspondente, como com a inversão do ônus do tempo decorrente da antecipação pela evidência.

19. Na hipótese do inc. II do art. 311, a evidência decorre do fato de que o pedido do autor encontra fundamento em tese fixada por meio de precedentes

vinculantes. Qualquer dos meios de fixação de teses vinculantes previstos no art. 927 do novo CPC serve para autorizar a concessão da antecipação de tutela.

20. O inc. III do art. 311 trata de hipótese de tutela diferenciada em razão das exigências do direito material.

21. No caso do inc. IV do art. 311, a exigência de prova documental suficiente deve ser considerada satisfeita nos casos em que haja dispensa de prova. Os fatos presumidos verdadeiros em caso de revelia, confissão, inércia em caso de ordem de exibição de documentos, etc., devem ser considerados como provados suficientemente, para os fins do inciso.

22. O inc. IV do art. 311 abrange as situações em que o réu oferece defesa indireta infundada.

23. Além do art. 311, há previsão de tutela provisória de evidência em alguns procedimentos especiais do novo CPC (ações possessórias, embargos de terceiro e embargos do devedor) e na legislação processual extravagante.

24. O novo CPC suprimiu uma hipótese de tutela antecipada e estabeleceu que a ausência parcial de controvérsia do pedido é fundamento para uma tutela de caráter definitivo.

25. Proferido fora da sentença, o provimento antecipatório (ou denegatório) será considerado decisão interlocutória, recorrível por meio de agravo de instrumento. Se for proferido no bojo da sentença, será considerado capítulo da sentença, recorrível por meio de apelação.

26. A tutela antecipada de evidência concedida antes da sentença é fundada em cognição sumária. A cognição será exauriente quando a tutela antecipada for decidida no bojo da sentença ou depois dela.

27. A antecipação se restringe aos efeitos do provimento e não possui nenhuma carga declaratória, não se submetendo à coisa julgada material.

28. A tutela antecipada, qualquer que seja, não deve ser deferida de ofício.

29. A tutela provisória de evidência submete-se ao regime da responsabilidade objetiva, em caso de revogação.

30. Todo aquele que pede tutela definitiva tem legitimidade para requerer a antecipação dos respectivos efeitos da tutela pretendida, com o fim de obter desde logo o resultado prático favorável ao qual alega ter direito.

31. Não há incompatibilidade essencial entre a posição do réu e a tutela provisória de evidência, mas finalística e circunstancial, relacionada às hipóteses de cabimento.

32. No caso das tutelas provisórias de urgência e de evidência, pedida qualquer espécie de tutela na forma incidental, a fungibilidade é plena. Caso a parte requeira de forma antecedente a tutela antecipada de evidência, ainda que lhe atribua outro nome, o caso será de inadmissão.

33. O limite temporal da tutela antecipada é determinado pelo início da eficácia própria da tutela final, podendo ser concedida em qualquer momento processual dentro desse intervalo de tempo.

34. Se o recurso de apelação não tiver efeito suspensivo, a tutela poderá ser antecipada até o momento da sentença.

35. É possível a admissão da tutela antecipada, mesmo diante da irreversibilidade fática dos seus efeitos, quando os danos decorrentes de sua não concessão forem maiores ou mais gravosos do que os danos a serem suportados pelo destinatário da medida. Diante da colisão de irreversibilidades, não deve haver solução pré-estabelecida, devendo proceder-se à comparação dos valores sujeitos a risco, bem como das probabilidades dos direitos alegados por cada parte.

36. Havendo situação concreta que o justifique, o juiz tem autorização para a tomada das medidas executivas adequadas, independentemente do tipo da prestação que se execute. Apenas elementos concretos, relativos a riscos decorrentes da espera, justificam e autorizam a flexibilização das técnicas de efetivação da tutela provisória em relação à tutela definitiva. Nos casos de tutela de evidência, não há razão para alteração da forma-padrão de efetivação da medida, aplicando-se integralmente o regime da execução provisória.

37. As normas que vedam a concessão da tutela antecipada em face da Fazenda Pública são constitucionais, mas devem ser aplicadas considerando as peculiaridades de cada hipótese, em cotejo com o conjunto de regras e princípios que regem o instituto da tutela antecipada e dando-se interpretação conforme a Constituição Federal, para garantir a proteção do direito, caso haja situação de efetiva lesão ou ameaça de lesão a ele.

38. É possível a flexibilização do sistema de pagamento por precatórios, em caráter absolutamente excepcional, quando a proteção ao Erário estiver em confronto com mandamentos constitucionais tidos como superiores, como os direitos à vida, à saúde e à moradia.

39. A tutela antecipada de evidência é amplamente cabível em face da Fazenda Pública. As vedações à concessão da tutela antecipada em face da Fazenda estendem-se às hipóteses de tutela antecipada de evidência. Em relação à Fazenda Pública, não cabe tutela antecipada de evidência com conteúdo condenatório pecuniário.

40. No caso do mandado de segurança, cabe a tutela provisória de evidência se os requisitos do art. 7.º da Lei n. 12.016/2009 não estiverem presentes e os requisitos do art. 311 do novo CPC estiverem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKERMAN, William. Novo CPC: tutela de urgência e tutela da evidência. *Revista Jus Navigandi*, ano 19, n. 3.983, 28.05.2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28980>>. Acesso em: 15.05.2015.

ARANEGA, Guilherme Francisco Seara; TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. A concessão da tutela antecipada *ex officio* no caso de abuso de direito de defesa. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, v. 240, p. 139-150, fev. 2015.

ARAÚJO, José Aurélio de. Introdução ao sistema de tutelas cognitivas sumárias do projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, v. 206, p. 207-229, abr. 2012.

ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, v. 65, p. 45-65, jan.-mar. 1992.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Direito processual civil*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2013.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2013.

_____; ASSIS, Araken de; ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2014.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória. In: _____ (org.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Ed. RT, 1997.

_____. *Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2014.

_____. O juiz aplica a lei à verdade dos fatos? *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, v. 216, p. 425-430, fev. 2013.

_____. O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Ed. RT, v. 821, p. 39-74, mar. 2004.

_____. Precedentes e evolução do direito. In: _____ (coord.). *Direito jurisprudencial*. 2. tir. São Paulo: Ed. RT, 2012, v. 1.

_____ et al. (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015.

_____; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao Novo CPC. Artigo por artigo*. São Paulo: Ed. RT, 2015.

ARRUDA ALVIM, Thereza et al (coord.). *O novo Código de Processo Civil*

brasileiro. Estudos dirigidos: sistematização e procedimentos. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015.

ASSIS, Araken de. Fungibilidade das medidas inominadas cautelares e satisfativas. *Revista de Processo.* São Paulo: Ed. RT, v. 100, p. 33-60, out.-dez. 2000.

AURELLI, Arlete Inês et al (coord.). *O direito de estar em juízo e a coisa julgada. Estudos em homenagem a Thereza Alvim.* São Paulo: Ed. RT, 2014.

_____. *O juízo de admissibilidade na ação de mandado de segurança.* São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Recursos em ação monitória – Lei 9.079, de 14.07.1995. *Revista de Processo.* São Paulo: Ed. RT, v. 93, p. 258-277, jan.-mar. 1999.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* 3. ed. atual., 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2000.

BARBOSA, Andrea Carla. Direito em expectativa: as tutelas de urgência e evidência no Projeto de novo Código de Processo Civil – Breves comentários. *Revista de Processo.* São Paulo: Ed. RT, v. 194, p. 243-276, abr. 2011.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização).* 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Tutela provisória. *Revista do Advogado.* São Paulo: AASP, v. 126, p. 137-142, maio 2015.

_____. Arts. 270 a 273. In: MARCATO, Antonio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil interpretado.* 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008.

BODART, Bruno V. da Rós. *Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC.* 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2015. Coleção Liebman.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. Notas sobre a tutela antecipada “parcial” na nova reforma do Código de Processo Civil. *Revista dos Tribunais.* São Paulo: Ed. RT, v. 808, p. 72-81, fev. 2003.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança: comentários sistemáticos à Lei n. 12.016, de 7-8-2009*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 1.

_____. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Projetos de Novo Código de Processo Civil comparados e anotados: Senado Federal PLS n. 166/2010 e Câmara dos Deputados PL n. 8.046/2010*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Tutela antecipada*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. I.

_____. *Manual do mandado de segurança*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. O direito à duração razoável do processo: entre eficiência e garantias. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, v. 223, p. 39-53, set. 2013.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2011.

_____; FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Precedentes vinculantes. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, v. 215, p. 207-246, jan. 2013.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela no processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999.

CASTRO, Marcello Soares. Tutela de urgência e tutela de evidência: limites e possibilidades de um regime único. In: FREIRE, Alexandre et al (org.). *Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 285-301.

CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. A possibilidade de concessão de tutela da evidência contra a Fazenda Pública no Projeto de novo Código de Processo Civil: sobre acreditar ou não no acesso à justiça. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, v. 238, p. 381-412, dez. 2014.

CIANCI, Mirna. Razoável duração do processo – Alcance e significado. Uma leitura constitucional da efetividade no direito processual civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, v. 225, p. 13-61, nov. 2013.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 30. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2014.

COMMERSON, Jean-Louis-Auguste. *Petite encyclopédie bouffonne, contenant les pensées d'un emballleur, les éphémérides et le dictionnaire du "Tintamarre", etc.* Paris: Passard, 1860.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Tutela de evidência e Tutela de urgência na ação de improbidade administrativa (ou a indisponibilidade liminar de bens à luz da teoria da "imagem global"). In: _____; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Guilherme Recena. *Improbidade administrativa: aspectos processuais da Lei nº 8.429/92.* São Paulo: Atlas, 2013. p. 161-171.

COVIC, Carolina Ceccere; KIM, Richard Pae. O direito fundamental a um processo sem dilações indevidas: julgamento antecipado da lide, parcial e *prima facie* como institutos processuais de garantia. *Revista de Processo.* São Paulo: Ed. RT, v. 229, p. 13-48, mar. 2014.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo.* 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Dialética, 2007.

_____. A previsão do princípio da eficiência no Projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo.* São Paulo: Ed. RT, v. 233, p. 65-84, jul. 2014.

_____. Tutela jurisdicional de urgência no Brasil: Relatório Nacional (Brasil). *Revista de Processo.* São Paulo: Ed. RT, v. 219, p. 309-343, maio 2013.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.* 17. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil. Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória.* 10. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 2.

_____; _____. *Curso de direito processual civil.* 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *A reforma da reforma.* São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Capítulos de sentença.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, t. I.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, t. II.

_____. *Nova era do processo civil*. 4. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2013.

FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Ed. RT, 2014.

_____. *Tutela antecipada no âmbito recursal*. São Paulo: Ed. RT, 2000.

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

GONZAGA JAYME, Fernando; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (coord.). *Processo civil: novas tendências. Homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. *Revista da Faculdade de Direito*. São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 77, p. 177-183, jan. 1982. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66950>>. Acesso em: 21.02.2015.

GRECO, Leonardo. Cognição sumária e coisa julgada. In: AURELLI, Arlete Inês et al (coord.). *O direito de estar em juízo e a coisa julgada. Estudos em homenagem a Thereza Alvim*. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 867-884.

_____. A tutela de urgência e a tutela de evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, p. 321-322, 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/14541/11014>>. Acesso em: 22.11.2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, v. 121, p. 11-37, mar. 2005.

LEONEL, Ricardo de Barros. Direito processual civil francês. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex Ed., 2010. p. 113-140.

_____. Tutela jurisdicional diferenciada no Projeto de Novo Código de Processo Civil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 48, v. 190, t. 2, p. 179-190, abr.-jun. 2011.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela antecipada sancionatória*. São Paulo: Malheiros, 2006.

LOPES, João Batista. Natureza jurídica do processo e conceito de tutela jurisdicional. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org.). *40 anos da*

Teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro. São Paulo: Malheiros, 2013.

MACÊDO, Lucas Buriel de. Antecipação da tutela por evidência e os precedentes obrigatórios. *Revista de Processo.* São Paulo: Ed. RT, v. 242, p. 521-550, abr. 2015.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil interpretado e anotado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo.* 5. ed. Barueri: Manole, 2013.

MARCATO, Antonio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil interpretado.* 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Procedimentos especiais.* 13. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda.* São Paulo: Ed. RT, 2007.

_____. *Antecipação da tutela.* 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. _____. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

_____. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do processo.* 6. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2012, v. 1.

_____. Duração razoável do processo mediante o novo CPC. Disponível em: <https://www.academia.edu/12417514/DURA%C3%87%C3%83O_RAZO%C3%81VEL_DO_PROCESSO_MEDIANTE_O_NOVO_CPC?auto=download&campaign=weekly_digest>. Acesso em: 23.05.2015.

_____. *O STJ enquanto Corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema.* 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2014.

_____; _____. *Curso de direito processo civil. Processo de conhecimento.* 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2008, v. 2.

_____; _____. *Curso de direito processo civil. Execução.* 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2008, v. 3.

_____; _____. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015.* 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2015.

_____; _____. MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de direito processual civil. Tutela dos direitos mediante procedimento comum.* São Paulo: Ed. RT, 2015, v. 2.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973.* São Paulo: Ed. RT, 2015.

_____; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Processo civil moderno. Parte Geral e processo de conhecimento*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2013, v. 1.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELO, Gustavo de Medeiros. O princípio da fungibilidade no sistema de tutelas de urgência: um departamento do processo civil ainda carente de tratamento adequado. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, v. 167, p. 76-131, jan. 2009.

MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2014.

_____. Livro V – Da tutela antecipada. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa et al (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal, processo civil, penal e administrativo*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2013.

_____. Procedimentos e tutela antecipatória. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. São Paulo: Ed. RT, 1997.

_____. *Teoria geral dos recursos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2014.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 7. ed. rev., ampl. e atual. até 25.08.2009. São Paulo: Ed. RT, 2009.

_____; _____. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 1. ed. em e-book baseada na 13. ed. impressa. São Paulo: Ed. RT, 2013.

_____; _____. *Comentários ao Código de Processo Civil: novo CPC – Lei 13.105/2015*. São Paulo: Ed. RT, 2015.

_____; _____. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2012.

NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, v. 199, p. 41-82, set. 2011.

OLIVEIRA, Flávio Luis de; FREZZA, Taisa Silva Dias. A tutela de evidência fundada na incontrovérsia de parcela da demanda: desnecessidade de dilação probatória. Coisa julgada vinculada à sentença? In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; CASTRO LOPES, Ricardo Augusto de. A

prova no direito processual civil. Estudos em homenagem ao Professor João Batista Lopes. São Paulo: Verbatim, 2013. p. 211-231.

OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; CASTRO LOPES, Ricardo Augusto de. *A prova no direito processual civil. Estudos em homenagem ao Professor João Batista Lopes.* São Paulo: Verbatim, 2013.

PAIM, Gustavo Bohrer. O *référé* francês. *Revista de Processo.* São Paulo: Ed. RT, v. 203, p. 99-118, jan. 2012.

PEYRANO, Jorge W. Novedades procesales – La tutela de evidencia. *Revista de Processo.* São Paulo: Ed. RT, v. 189, p. 266-269, nov. 2010.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil.* 4. ed. rev., atual. e ampl. com notas do Projeto de Lei do novo CPC. São Paulo: Ed. RT, 2011.

RAMOS, Rodrigo. O contraditório no novo CPC: notas sobre o desenvolvimento do princípio no âmbito infraconstitucional. In: ARRUDA ALVIM, Thereza et al (coord.). *O novo Código de Processo Civil brasileiro. Estudos dirigidos: sistematização e procedimentos.* Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015. p. 253-272.

REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. *Revista de Processo.* São Paulo: Ed. RT, v. 244, p. 167-192, jun. 2015.

ROQUE, Andre Vasconcelos; DUARTE, Francisco Carlos. As dimensões do tempo no processo civil: tempo quantitativo, qualitativo e a duração razoável do processo. *Revista de Processo.* São Paulo: Ed. RT, v. 218, p. 329-364, abr. 2013.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A “plenitude de defesa” no processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As garantias do cidadão na justiça.* São Paulo: Saraiva, 1993. p. 149-165.

_____. *Curso de processo civil. Processo cautelar (tutela de urgência).* Porto Alegre: Fabris, 1993, v. 3.

_____. *Do processo cautelar.* 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001.

SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela jurisdicional diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral.* São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA, Artur César de. Análise da tutela antecipada no projeto da Câmara dos Deputados no novo CPC. Tutela satisfativa urgente e de evidência. Tutela cautelar: primeira parte. *Revista de Processo.* São Paulo: Ed. RT, v. 230, p. 127-171, abr. 2014.

TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. *Revista de Processo.* São Paulo: Ed. RT, v. 209, p. 13-34, jul. 2012.

_____. *Tutela monitoria: a “ação monitoria” – Lei 9.079/95*. São Paulo: Ed. RT, 1997.

TARUFFO, Michele. Verità nel processo. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, v. 235, p. 51-67, set. 2014.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, v. I.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 55. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014, v. I.

_____. _____. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015, v. I.

_____. Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu. *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, v. 157, p. 129-146, mar. 2008.

_____; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex Ed., 2010.

_____. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Ed. RT, 2004.

VALLADÃO NOGUEIRA, Luiz Fernando. O Projeto do Novo CPC e a tutela de evidência. In: GONZAGA JAYME, Fernando; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (coord.). *Processo civil: novas tendências*. Homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 1987.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org.). *40 anos da Teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. Tutela da evidência e o Projeto de Novo CPC. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tutela-da-evidencia-e-o-projeto-de-novo-cpc/9769>>. Acesso em: 18.05.2015.

Legislação

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>.

_____. *Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>.

Tribunais

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

_____. *Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. Disponível em: <www.trf1.jus.br>.

_____. *Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. Disponível em: <www.trf4.jus.br>.

SÃO PAULO. *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Disponível em: <www.tjsp.jus.br>.