



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

A TUTELA DA EVIDÊNCIA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

por

MARIA FERNANDA D'AVILA MORAES DE OLIVEIRA

ORIENTADOR: RENATO BENEDUZI

2013.2

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

A TUTELA DA EVIDÊNCIA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

por

MARIA FERNANDA D'AVILA MORAES DE OLIVEIRA

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito da Pontifícia
Universidade Católica do Rio de
Janeiro (PUC-Rio) para a obtenção do
Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Renato Beneduzi

2013.2

Dedico este trabalho a todos que me fizeram aprender e amar o direito, cada um a seu jeito. E especialmente aos meus pais, a quem devo tudo, e ao meu marido e meu filho, Rodrigo, que fazem tudo valer a pena.

Agradecimentos

Foi longo o caminho até esse momento, e às vezes, duvidei que ele chegaria. Mas essas pessoas às quais passo a agradecer, me deram todo o apoio e força para acreditar em mim e no meu sonho: de obter o título de bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Agradeço a Deus, por que sem Ele e sem fé, nada é possível. E durante essa longa trajetória, Ele me deu forças que achei que não teria.

À minha mãe, que sempre foi e cada dia mais é meu exemplo de mulher, de mãe, de profissional, que superou todas as dificuldades de conciliar a carreira com a vida familiar, e que me ensina que é possível, sim, ter e ser tudo. A vida é o que fazemos dela.

Ao meu pai, que me traz e sempre trouxe a sensibilidade necessária para enxergar o mundo de forma clara e sem romantismo, e a usar a inteligência para o bem mesmo daqueles que não conhecemos. Que me ensinou que não importa o tamanho da dificuldade, temos forças para superá-la, mesmo quando não acreditamos.

Ao meu marido, que ao longo desses anos me apoiou e me deu o equilíbrio emocional para passar por cada novo desafio. Especialmente neste último ano, que se dedicou ao nosso filho, para que eu pudesse me dedicar à faculdade.

Ao meu irmão, Rafael, que me encanta e me desafia com sua inteligência e sensibilidade diante do mundo. Nossa parceria é eterna e me enche de orgulho fazer parte da sua formação e da sua história.

À minha avó Dulce, que sempre esteve pronta para me ajudar no que fosse preciso e que, com a sua serenidade diante da vida, tornou esse caminho mais suave.

À minha avó Liette, que tanto reza por mim e que me ensinou, além de tudo, a ter fé.

Aos meus familiares, especialmente aos meus padrinhos, Rosana, Luciana e Raul, e à minha prima, Marcela, que de tantas formas contribuíram ao longo desse caminho. Às amigas Maíra Donnici, pela parceria de vida, e Luisa Velasco, por dividir comigo as mesmas paixões.

Ao meu orientador, Renato, que é um exemplo de profissional, pela sua retidão e inteligência e pela busca incessante pelo conhecimento. Obrigada por sua dedicação e paciência.

A todos os professores e funcionários da PUC-Rio, que além de terem me ensinado o que sei, me mostraram que sempre há mais a aprender. Agradeço imensamente o apoio e a compreensão em momentos complicados ao longo dessa trajetória.

Aos clientes do Núcleo de Prática Jurídica, que me mostraram o porquê escolhi essa profissão, e me fizeram perceber o quanto é possível fazer por aqueles que têm tão pouco. Mais do que direito, aprendi com eles o significado de justiça (e de injustiça). As nossas tão belas leis infelizmente não se aplicam de forma igualitária a todos, e aprendi que, com o meu trabalho e a minha dedicação, posso contribuir para mudar esse cenário.

Por fim, e não menos importante, agradeço ao meu filho, Rodrigo, que mesmo com poucos meses de vida, me transformou numa pessoa melhor e tanto me ensinou, e que trouxe sentido à minha vida.

Resumo

Este trabalho pretende estudar o instituto da tutela da evidência que deverá ser introduzida no ordenamento jurídico a partir da aprovação do Projeto de Lei nº 8.046/2010, o novo Código de Processo Civil. Tal Projeto pretende agilizar e simplificar a legislação processual brasileira, de forma a trazer celeridade e efetividade à prestação jurisdicional.

A tutela da evidência, apesar de já existir no nosso ordenamento jurídico, não é assim chamada, e atualmente tem hipóteses de incidência restritas, o que pretende ser alterado com o novo Código. A tutela antecipada, que originou a da evidência, foi estudada de forma sucinta, mas sua compreensão é essencial para o estudo deste novo instituto.

Este trabalho visa a analisar a origem histórica, as formas de aplicação atuais e as diferenças propostas pela Comissão, bem como apontar de que formas o direito alienígena influenciou na criação e no procedimento de aplicação da tutela da evidência. Por fim, serão abordados aspectos práticos da efetivação deste instituto, a partir das novas regras propostas pelo novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave: antecipação de tutela, tutelas de urgência, tutela da evidência, novo Código de Processo Civil.

Sumário

1. Introdução.....	9
2. Tutela Antecipada.....	12
2.1. Princípios norteadores das tutelas de urgência.....	14
2.2. Requisitos para concessão da tutela antecipada.....	17
2.2.1. Prova inequívoca.....	20
2.2.2. Verossimilhança da alegação.....	21
2.3. Artigo 273, I, CPC.....	22
2.4. Artigo 273, II, CPC.....	23
2.5. Tutela antecipada e mandado de segurança.....	23
2.6. Tutela antecipada e tutela cautelar.....	24
2.6.1. Fungibilidade entre tutela cautelar e tutela antecipada (artigo 273, §7º, CPC)	26
2.7. Tutela antecipada e liminar.....	29
2.8. Tutela antecipada e julgamento antecipado da lide.....	30
2.8.1. Julgamento antecipado de parte incontroversa da demanda (art. 273, §6º, CPC)	30
2.9. Efetivação da tutela antecipada.....	31
2.10. Da decisão que concede ou nega a tutela antecipada.....	34
3. Tutela de evidência no direito vigente.....	38
3.1. Da tutela do artigo 273, II, CPC.....	39
3.1.1. Abuso de direito de defesa.....	41
3.1.2. Manifesto propósito protelatório.....	45
3.2. Da tutela do artigo 273, §6º, CPC.....	48
4. Antecedentes históricos da tutela de evidência.....	54
4.1. Direito evidente.....	54
4.2. Antecedentes históricos da tutela antecipada.....	55
4.3. Direito comparado: breves considerações.....	60
5. Direito em expectativa: Da tutela da evidência no projeto do Novo Código de Processo Civil.....	66

5.1. Artigo 285, I, Projeto de Lei 8.046/2010.....	68
5.2. Artigo 285, II, Projeto de Lei 8.046/2010.....	69
5.3. Artigo 285, III, Projeto de Lei 8.046/2010.....	72
5.4. Artigo 285, IV, Projeto de Lei 8.046/2010.....	74
5.5. Artigo 285, Parágrafo Único, Projeto de Lei 8.046/2010.....	76
5.6. Da efetivação da tutela da evidência.....	77
6. Conclusão.....	82
Bibliografia	87

Lista de abreviações

AgRg – Agravo Regimental

AREsp – Agravo no Recurso Especial

art. - artigo

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

Ibid. - *ibidem*

Id. - *idem*

Op. cit. – *opus citatum*

par. un. – parágrafo único

PL – Projeto de Lei

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

1. Introdução

O Projeto do Novo Código de Processo Civil¹, que atualmente aguarda a apreciação do Plenário da Câmara dos Deputados², promete trazer reformas que permitam acelerar e facilitar a propositura e o andamento das ações cíveis. Sem aprofundar o tema das mudanças trazidas, merecem destaque a redução do número de recursos, a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas – que aplicará a mesma decisão às ações individuais que tratem do mesmo tema, a atribuição de competência absoluta aos Juizados Especiais Cíveis, a conversão de ações individuais em coletivas, a busca pela uniformização da jurisprudência e a reestruturação do sistema que trata da antecipação de tutela – com a criação do título tutela de urgência e tutela da evidência.³

O presente trabalho pretende tratar de um dos institutos relativos à tutela antecipada, que ganha nome e procedimento próprios - a tutela de evidência. Apesar da nova nomenclatura, a tutela da evidência já existe no ordenamento jurídico vigente, encontrando sua previsão nos artigos que

¹ A versão do Projeto do novo Código de Processo Civil utilizada neste trabalho, considerando as inúmeras mudanças realizadas constantemente no texto original, foi a mais atualizada que pude encontrar, tendo em vista o tempo necessário para elaboração do trabalho. Dessa forma, a numeração dos artigos do Projeto ora citados refere-se ao arquivo disponibilizado pelo site oficial do Senado Federal, em 02 de setembro de 2013. (BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. 381 p. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em 02 set. 2013.)

² Andamento do Projeto de Lei 8.046/2010 verificado no site oficial da Câmara dos Deputados: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em 10 nov. 2013.

³ Merece destaque trecho da Exposição de Motivos do Projeto do Novo Código de Processo Civil, relativo ao novo Título – Tutela de Urgência e Tutela da Evidência, ora transcrito: “O Novo CPC agora deixa clara a possibilidade de concessão de tutela de urgência e de tutela à evidência. Considerou-se conveniente esclarecer de forma expressa que a resposta do Poder Judiciário deve ser rápida não só em situações em que a urgência decorre do risco de eficácia do processo e do eventual perecimento do próprio direito. Também em hipóteses em que as alegações da parte se revelam de juridicidade ostensiva deve a tutela ser antecipadamente (total ou parcialmente) concedida, independentemente de *periculum in mora*, por não haver razão relevante para a espera, até porque, via de regra, a demora do processo gera agravamento do dano.” (BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. p. 25. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em 02 set. 2013.)

tratam da tutela antecipada, precisamente nos artigos 273, II e 273, §6º, CPC.⁴ Para melhor compreensão da mudança que traz o Projeto, é necessário portanto fazer um paralelo com o instituto da tutela antecipada já em vigor. O tratamento dado pelo Projeto do novo CPC ao instituto da tutela de evidência é mais uma das medidas que visa a trazer celeridade na defesa de direitos tidos como evidentes, que guarda semelhança com o conceito do direito líquido e certo tratado nos mandados de segurança.

Primeiramente, será feita uma breve incursão no instituto da tutela antecipada de forma mais abrangente. Para tanto, serão expostos o conceito e as hipóteses de cabimento da antecipação de tutela ora vigente bem como os princípios constitucionais que regem tal instituto. Serão vistos ainda os requisitos legais para a concessão da tutela antecipada e as diferenças entre tutela antecipada e liminar. Por serem espécies do mesmo gênero - Tutela de Urgência - a tutela antecipada e a cautelar são constantemente confundidas. Dessa forma, é necessário fazer uma diferenciação entre estes dois institutos. Serão analisadas também as semelhanças com o mandado de segurança.

O capítulo seguinte terá como objeto a tutela de evidência no direito vigente. Com objetivo de melhor compreender as mudanças pretendidas pelo novo Código, serão analisados o conceito e as hipóteses de cabimento previstas na legislação. Também será exposta a forma de efetivação das medidas que concedem a tutela da evidência.

Posteriormente, será realizada uma exposição dos antecedentes históricos da tutela de evidência e uma breve explicação dos direitos evidentes. Além disso, serão feitas breves considerações relativas ao direito comparado por sua clara influência no processo legislativo brasileiro, para

⁴ A doutrina diverge quanto a previsão da tutela de evidência nos referidos artigos, tendo autores que afirmam ser apenas no artigo 273, II, CPC. Tal divergência será abordada em momento apropriado.

então adentrar no tema central deste trabalho: a tutela de evidência no Projeto do novo Código de Processo Civil.

Será feita a análise do conceito e das hipóteses de cabimento deste instituto e das diferenças entre o direito atual e o em expectativa. Após, passar-se-á a elencar os requisitos para a concessão da tutela de evidência no Projeto de lei, bem como a forma que se efetiva. Também será analisada a natureza jurídica das decisões que concedem ou negam a antecipação da tutela com base na evidência.

2. Tutela Antecipada

O Estado, como detentor do poder de garantia à tutela dos direitos individuais e coletivos, deve assegurar aos indivíduos a apreciação de toda “lesão ou ameaça a direito” conforme preceitua a Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXV.⁵ Não é sempre que essa prestação jurisdicional é feita num espaço de tempo razoável, o que pode implicar o próprio perecimento do direito.

Em busca de satisfazer a necessidade de tutela urgente e eficaz, os operadores do direito, na ausência de técnica legislativa apropriada, passaram a se utilizar da ação cautelar inominada⁶, inserta no artigo 798 do CPC, de forma mais abrangente do que previa a lei, causando verdadeira distorção do instituto⁷.

⁵ Art. 5º - (...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁶ Nesse sentido, por todos, temos a lição de ZAVASCKI que afirma: “Na estruturação do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, ficou reservado livro próprio para o ‘Processo Cautelar’ e nele o legislador, além de disciplinar diversos procedimentos especiais – alguns, inclusive, sem natureza genuinamente cautelar – atribuiu ao juiz o que se convencionou chamar de poder geral de cautela, ou seja, o poder de ‘determinar as medidas provisórias que julgar adequadas quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação’ (art. 798 do CPC). A interpretação desse instituto sempre foi controvertida na doutrina, especialmente no que respeita ao alcance e conteúdo de tais ‘medidas provisórias adequadas’. No cerne da polêmica situou-se a questão de se saber se essas medidas eram apenas consistentes de garantias do processo, restritamente consideradas, ou se, ao revés, poderiam comportar também providências que representassem a própria antecipação do direito material afirmado pelo interessado. Enfim: questionou-se largamente sobre a legitimidade ou não, no âmbito do processo cautelar, das chamadas medidas cautelares satisfativas. (...)”

Esta dessintonia doutrinária refletiu-se, como era de se esperar, na jurisprudência. Todavia, o que ocorreu nos tribunais, de um modo geral, foi a gradual passagem de uma linha de orientação nitidamente radical, de rejeitar medidas cautelares satisfativas, para outra exatamente oposta. A ação cautelar passou a ser aceita, não apenas como instrumento para obtenção de medidas para garantia do resultado útil do processo, mas também para alcançar tutela de mérito relativa a pretensões que reclamassem fruição urgente. Esse movimento pendular acompanhou, aliás, um movimento mais amplo, sentido também em outros países com sistema semelhante ao nosso, de expansão da tutela provisória. Na onda expansiva, vieram abusos, como, por exemplo, o da concessão de liminares, mais que satisfativas, irreversíveis, cuja execução inviabilizava o retorno da situação fática ao estado anterior, comprometendo irremediavelmente a garantia do contraditório e da defesa, bem como a efetividade prática de eventual sucesso do réu na sentença final.” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 43-44.)

⁷ Vale lembrar que alguns procedimentos especiais previam a possibilidade de concessão da tutela de urgência, como por exemplo, a liminar possessória (art. 928, CPC) e a própria liminar concedida em mandados de segurança (art. 7º da lei 1.533/51).

O legislador, na reforma de 1994⁸, deu nova redação ao artigo 273⁹ do Código de Processo Civil, instituindo a chamada tutela antecipada, a fim de permitir que todos os direitos pudessem ser objetos do poder geral de antecipação - que antes era restrito a apenas alguns procedimentos especiais e, de certa maneira, na cautelar - e ampliar as hipóteses de cabimento. O referido dispositivo sofreu nova modificação em 2002¹⁰, com a alteração do §3º e inclusão dos §§ 6º e 7º.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 incluiu como direito fundamental a prestação célere da justiça, precisamente no inciso LXXVIII, do artigo 5º¹¹, prevendo expressamente que não só o acesso à justiça é garantido, mas também a efetividade da prestação jurisdicional. Essa inclusão consolidou a já conhecida necessidade de uma justiça mais ágil e eficiente, que originou as reformas de 1994 e de 2002.

⁸ A lei nº 8.952/1994 trouxe mudanças significativas para o Código de Processo Civil, com a alteração de mais de cem artigos e por isso passou a ser chamada de Reforma de 1994.

⁹ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

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

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

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

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

§3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

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

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

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

§7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

¹⁰ Com o advento da lei nº 10.444/2002.

¹¹ Art. 5º - (...)

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

A Constituição dita as regras que devem ser cumpridas por todas as esferas de poder, e atinge de forma direta o processo, uma vez que prevê princípios que devem ser respeitados quando do exercício do poder.

Assim, afirma BUENO que a “além de o processo ter de ‘ser’ conforme o modelo constitucional do processo, ele deve ser interpretado e aplicado com os olhos voltados à realização concreta de valores e situações jurídicas que lhe são exteriores”.¹²

Dessa forma, como não poderia ser diferente, as tutelas de urgência – antecipada e cautelar – obedecem a preceitos constitucionais fundamentais, que serão expostos a seguir.

2.1. Princípios norteadores das tutelas de urgência

Compreender os princípios que regem a tutela de urgência – cautelar e antecipatória – é fundamental para melhor aprofundamento no tema central deste trabalho: a tutela da evidência no Projeto do Novo Código de Processo Civil. Isso porque, como será visto adiante, a tutela da evidência já existe no ordenamento jurídico brasileiro, mas com nomenclatura diversa. O que fez o Projeto foi ampliar as hipóteses de cabimento e sistematizar o procedimento de forma mais simples e célere.

A necessidade da criação de institutos capazes de satisfazer ou acautelar a futura satisfação do direito é facilmente compreendida por aqueles que lidam com o Poder Judiciário brasileiro – ora como operadores, ora como cidadãos. A justiça tarda. E, em muitos casos, essa demora tem como consequência a absoluta ineficácia jurisdicional e a impossibilidade do indivíduo gozar de seus direitos. E, como cediço, a apreciação judicial de toda lesão ou ameaça ao direito é garantia fundamental assegurada

¹² BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 5.

constitucionalmente. Mas se essa apreciação não é feita em um período razoável, acaba por perder o objeto, que é o próprio direito.

MARINONI afirma que a tutela antecipada é garantida pelo *princípio da inafastabilidade*¹³, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição. Isso porque, se há previsão do direito à adequada tutela jurisdicional, deve o Estado promover meios para que essa tutela seja entregue em tempo adequado, de modo a efetivamente resguardar ou garantir o exercício do direito. Dessa forma, sendo a tutela antecipada consequência da necessidade da prestação célere da justiça, estaria ela consagrando o princípio da inafastabilidade, ou seja, da adequada tutela jurisdicional.

Daí exsurge uma outra garantia fundamental, que é a prestação eficaz da jurisdição, afinal, de nada adianta ter um direito e não poder usufruir dele. Se o Estado impede que o indivíduo faça justiça com as próprias mãos, deve ele assegurar que as demandas levadas à sua apreciação sejam efetivamente cumpridas e, além disso, que sejam apreciadas num período razoável. O *princípio da efetividade* é, pois, um dos norteadores das tutelas de urgência.

As tutelas de urgência, de forma genérica, têm como características principais a sumariedade da cognição e a provisoriedade da decisão. A possibilidade de concessão de medida antecipatória prestigia o princípio da efetividade em prol do da segurança jurídica, uma vez que o julgador assume o risco de prover antecipadamente um direito que poderá se revelar indigno de tutela após o exaurimento da cognição.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 9ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 166-174.

ZAVASCKI afirma que, ao possibilitar ao julgador a antecipação da tutela, o legislador está restringindo o direito à segurança jurídica. E explica que tal restrição só pode ser admitida quando “outro direito fundamental (o da efetividade da jurisdição) estiver em vias de ser desprestigiado”. O referido autor elenca os incisos I e II do artigo 273, CPC como situações em que pode ocorrer esse desprestígio, precisamente no inciso I, o receio de dano irreparável ou de difícil reparação “põe em xeque a utilidade prática da futura sentença ante o possível comprometimento do próprio direito afirmado na inicial”. Já no inciso II, o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu consiste em “fatos que comprometem, injustificadamente, a celeridade da prestação jurisdicional”.¹⁴ ZAVASCKI entende que, em sendo, como nestes casos, impossível a convivência entre os direitos da prestação jurisdicional eficaz e o da segurança jurídica, a prevalência do princípio da efetividade é justificada pelo princípio da necessidade.¹⁵

O princípio da efetividade – como todos os princípios jurídicos – deve ser aplicado em conjunto com os demais, especialmente com os do *devido processo legal* e do *contraditório e ampla defesa*. Apesar da sumariedade da cognição, justificada pela urgência do pedido, como no caso das tutelas de urgência, o contraditório é assegurado, sendo apenas deslocado para um segundo momento no processo. Não há que se falar, portanto, em desrespeito ao direito ao contraditório e a ampla defesa na tutela antecipada. Há apenas uma preponderância momentânea de um sobre o outro. Assim, quando do deferimento de uma medida antecipatória *inaudita altera parte*, o princípio da efetividade é preponderante ao do contraditório e da ampla defesa. Mas essa preponderância é momentânea, porque estes serão exercidos antes da sentença definitiva.

¹⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit., p. 73-74.

¹⁵ Ibid. p. 73.

Nesse sentido, afirma BUENO:

“justamente porque o *tempo* inerente ao exercício do contraditório e da ampla defesa é rigorosamente oposto à necessidade da *efetividade* da jurisdição é que, realizando o modelo constitucional do processo, o legislador criou formas de, dependendo de uns tantos pressupostos a serem demonstrados concretamente, o juiz, sopesando-os, decidir pela *preponderância* de um ou de outro princípio constitucional, é dizer, de um ou outro *valor* constitucional”.¹⁶

2.2. Requisitos para concessão da tutela antecipada

A tutela antecipada é concedida a partir de cognição sumária, ou seja, uma análise superficial, não aprofundada, do contexto fático-probatório apresentado ao magistrado. ZAVASCKI afirma que o juízo de verossimilhança que enseja a antecipação da tutela é “formado à base de cognição sumária, assim considerada por se tratar de cognição menos aprofundada, no sentido vertical, que a cognição exauriente prevista, nesses procedimentos, para o juízo definitivo”.¹⁷

Vale ressaltar que a cognição sumária não implica uma análise rasa do direito. O magistrado deve ter razões concretas para conceder ou não a tutela antecipada, e deverá fundamentar sua decisão de forma clara e precisa, conforme determina o artigo 273, §1º, CPC. Nesse sentido, FUX afirma que a cognição sumária “não revela o descompromisso com a análise vertical do direito, senão uma regra *in procedendo* que autoriza o juízo a decidir pelas ‘aparências’”.¹⁸

Dessa forma, a concessão da tutela antecipada é dada a partir de decisão interlocutória, e passível de modificação a qualquer tempo do processo, conforme preceitua o artigo 273, §4º, CPC. Trata-se de decisão precária e provisória, já que será necessariamente precedida de outra – de

¹⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. Op. Cit., p. 7.

¹⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. Cit., p.31.

¹⁸ FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil: Processo de conhecimento. Processo de execução. Processo Cautelar*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 1561.

natureza definitiva - para confirmá-la, revogá-la ou reformá-la, como prevê o artigo 273, §5º, CPC.

A decisão que concede a tutela antecipada, por ser proferida em grau de cognição sumária, não poderia ser protegida pelo manto da coisa julgada. Cabe ressaltar que, quando a tutela é concedida *inaudita altera parte* em razão da urgência do pedido, haverá o momento oportuno para o contraditório e ampla defesa da parte ré antes da sentença, ou seja, da tutela definitiva. Daí exsurge o caráter provisório da tutela antecipada, muito embora seus efeitos possam ser definitivos. Mas essa não é a regra, ao contrário.

O próprio Código prevê que não será concedida a antecipação da tutela quando houver risco de irreversibilidade do provimento, em seu artigo 273, §2º. Entretanto, quando, no caso concreto, a negativa à antecipação puder significar a própria negação ao direito pleiteado, o juiz poderá concedê-la¹⁹. Tome-se como exemplo o pedido de um doente terminal para antecipação da tutela que autorizará a realização de uma cirurgia de emergência a ser paga pelo plano de saúde. Se concedida, a cirurgia será realizada e não poderá ser desfeita caso, ao final do processo, o juiz entenda que o paciente não teria direito à cobertura. No entanto, a não concessão poderá causar a morte do paciente, o que não poderá ser revertido caso, ao final do processo, o juiz entenda pelo provimento do pedido.

¹⁹ Esse é o entendimento de MARINONI, que afirma que “a provisoriedade da tutela antecipatória deve ser entendida como a sua incapacidade de definir a controvérsia, por sua absoluta falta de idoneidade para a declaração ou, em outros termos, para a produção de coisa julgada material. Mas, a satisfatividade da tutela antecipatória, e mesmo a eventual irreversibilidade dos seus efeitos fáticos, não é contraditória com a sua estrutura. Em outras palavras, nada impede que uma tutela que produza efeitos fáticos irreversíveis seja, do ponto de vista estrutural, provisória, vale dizer, incapaz de dar solução definitiva ao mérito. O que o art. 273 do Código de Processo Civil veda, quando fala que a tutela não poderá ser concedida quando houver perigo de ‘irreversibilidade do provimento antecipado’ – que nada tem a ver, repita-se, com irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento – são determinadas declarações e constituições provisórias.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 241-242.)

Nesse sentido, MOREIRA afirma:

“exclui-se, em princípio, a possibilidade da antecipação quando houver perigo de mostrar-se irreversível a situação resultante da decisão antecipatória; mas é forte a tendência a atenuar, em casos graves, o rigor da proibição, sobretudo quando se afigurar também irreversível o dano a ser sofrido pela parte interessada, se não se antecipar a tutela”.²⁰

BEDAQUE afirma, quanto à irreversibilidade da medida antecipatória, que apenas as hipóteses do artigo 273, II, CPC ensejam sua aplicação. Ou seja, quando se tratar de abuso de direito de defesa ou propósito protelatório do réu, apenas se concede a medida se houver a possibilidade de reversão.²¹

A lei, no entanto, não faz restrição, e prevê que para que seja concedida a tutela antecipada – nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 273 -, a medida não pode ser irreversível.

A tutela antecipada é a própria satisfação do direito, ainda que provisória. É, portanto, espécie de tutela satisfativa.²² E para que seja concedida deve atender aos pressupostos previstos no artigo 273, CPC, que a regula.

São pressupostos básicos da antecipação de tutela a existência de prova inequívoca e a verossimilhança da alegação. Além destes, deve existir o receio de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, I) ou ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, II). São pressupostos concorrentes, ou seja,

²⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 29ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 87.

²¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 5ª ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 382.

²² É satisfativa porque antecipa os efeitos da própria tutela, antes mesmo da cognição exauriente da lide, ou seja, permite que o requerente usufrua dos efeitos práticos do direito pleiteado de forma imediata. Na definição de SILVA, “a satisfação de um direito equivale à sua realização concreta e objetiva”. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil: processo cautelar* (tutela de urgência). Volume III, 3ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 38.)

devem estar presentes a prova inequívoca, verossimilhança da alegação e o receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto protelatório do réu. Na hipótese do art. 273, I, tem-se a antecipação assecuratória e na do art. 273, II, a antecipação punitiva.

Por antecipação assecuratória entende-se aquela que tem a função de evitar que um dano grave ocorra, aquela que tem a função de prover segurança à parte. E a antecipação punitiva é aquela concedida como forma de sanção à parte adversa, que age de forma abusiva ou meramente protelatória.

2.2.1. Prova inequívoca

Por prova inequívoca entende-se aquela que é segura, correta, que não gera dúvidas, que não há margem de erro. Entretanto, é pouco provável que uma prova seja absolutamente inequívoca, uma vez que até mesmo documentos que detém fé pública podem ser falsificados. Dessa forma deve-se compreender a prova inequívoca como aquela capaz de gerar no magistrado o maior grau de verossimilhança do que está sendo alegado, aquela capaz de convencer o magistrado da muito provável procedência do pedido.

THEODORO JUNIOR afirma que é inequívoca a prova capaz “de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca a tutela antecipada, caso pudesse ser a causa julgada desde logo”.²³

BUENO aduz que “o melhor entendimento para ‘prova inequívoca’ é aquele que afirma se tratar de prova robusta, contundente, que dê a maior

²³ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. Volume II. 46ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 718.

margem de segurança possível para o magistrado sobre a existência ou inexistência de um fato”.²⁴

MOREIRA entende que inequívoca é a “prova cuja significação não sofra dúvida”.²⁵

2.2.2. Verossimilhança da alegação

Quanto ao segundo requisito, a verossimilhança da alegação, deve-se ressaltar que são as provas apresentadas que levarão o magistrado ao juízo de verossimilhança da alegação. Portanto, o caráter inequívoco é da prova e a verossimilhança é do que está sendo alegado.

Nesse sentido, afirma BUENO que “o adjetivo ‘inequívoca’ relaciona-se à prova; ‘verossimilhança’ à alegação”, o que, para ele, afastaria as críticas ao texto do art. 273 “no sentido de que o legislador teria aproximado duas situações absolutamente inconciliáveis”.²⁶ E defende que “é a prova que é inequívoca, e, como toda e qualquer prova, ela nada mais é do que um meio para convencer o magistrado de alguma coisa”.²⁷

CARNEIRO aduz que “o juízo de verossimilhança repousa na forte convicção de que tanto as ‘quaestiones facti’ como as ‘quaestiones iuris’ induzem a que o autor, requerente da antecipação de tutela, merecerá prestação jurisdicional em seu favor”.²⁸

²⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 33.

²⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. cit., p. 87.

²⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 34.

²⁷ Ibid. p. 34.

²⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela no Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 26.

2.3. Artigo 273, I, CPC

O inciso I do art. 273 dispõe que será concedida a antecipação de tutela quando, além da verossimilhança da alegação devidamente alcançada pela apresentação de provas inequívocas, estiver a parte sujeita a dano irreparável ou de difícil reparação. Reside aí a urgência na tutela, semelhante ao *periculum in mora* da tutela cautelar, uma vez que pretende evitar um dano iminente.

DIDIER JR. explica que “dano irreparável é aquele cujos efeitos são irreversíveis” e o de difícil reparação “é aquele que provavelmente não poderá ser revertido”.²⁹

Ressalte-se que o risco de dano deve ser real e grave, e não um mero temor da parte. Além disso, o risco deve ser iminente, uma vez que, em não sendo, não estaria configurado o *periculum in mora* e, conseqüentemente, ausente um dos requisitos básicos para a concessão da tutela antecipada.

ZAVASCKI afirma que o risco que enseja antecipação “é o risco concreto (e não o hipotético ou eventual), atual (ou seja, o que se apresenta iminente no curso do processo) e grave (o potencialmente apto a fazer perecer ou a prejudicar o direito alegado pela parte)”.³⁰

FUX, sob diferente ângulo, define o dano irreparável como aquele que se manifesta “na impossibilidade de cumprimento da obrigação mais tarde ou na própria inutilidade da concessão da vitória, salvo se antecipadamente”. E continua “o esvaziamento da utilidade da decisão vitoriosa revela um ‘dano irreparável’ que deve ser analisado em plano

²⁹ DIDIER JR., Fredie et al.. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Volume II. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 496-497.

³⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit., p. 77.

muito anterior ao da visualização da possibilidade de se converter em perdas e danos a não-satisfação voluntária pelo devedor”.³¹

2.4. Artigo 273, II, CPC

O inciso II do artigo 273 merece destaque por sua clara influência na redação do artigo 285 do projeto do novo Código de Processo Civil, que trata da tutela de evidência, objeto central deste trabalho, que será abordada em momento oportuno.

Prevê, o referido inciso, a antecipação de tutela quando ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. Tais conceitos serão abordados no capítulo 3 do presente trabalho, que trata da tutela de evidência no direito vigente.

2.5. Tutela antecipada e mandado de segurança

Cabe ressaltar que uma das espécies de tutela antecipada, a tutela da evidência, tema central deste trabalho, tem por objetivo garantir a efetividade de direitos tidos por evidentes. Da mesma forma, o mandado de segurança visa a proteger o direito líquido e certo. E aí reside a maior semelhança entre esses dois institutos. Alguns autores afirmam que direito evidente é o mesmo que direito líquido e certo.³²

Nesse sentido, temos a lição de SILVA, quando afirma que direito evidente e direito aparente não se confundem. E explica “o mandado de segurança pressupõe direito líquido e certo, o que equivale a direito

³¹ FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência: fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 345.

³² Nesse sentido, SILVA, Ovídio A. Baptista da. Op. cit., p. 392; e FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. *Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, ano 2, número 16, abr. 2000. Disponível em <<http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/handle/2011/894>>. Acesso em 02 set. 2013. p. 1-2.

evidente, ao passo que a tutela cautelar protege a simples aparência do direito que se tutela”.³³

Como cediço, o mandado de segurança e a tutela antecipada possuem características semelhantes. Ambos possuem caráter de urgência e, portanto, podem ser concedidos a partir de cognição sumária. A principal diferença reside no fato de que o mandado de segurança só pode ser impetrado contra autoridade pública ou agente de pessoa jurídica de direito público. A aplicação do mandado de segurança é regida pela lei nº 12.016/2009.

Outro ponto de distinção entre esses dois institutos está no fato de que a prova inequívoca que resultará na verossimilhança, requisito de concessão da medida antecipatória, é menos rigoroso que o fundamento relevante exigido para a concessão da liminar em mandado de segurança.

2.6. Tutela antecipada e tutela cautelar

Como será visto no capítulo 4 do presente trabalho, a tutela cautelar foi de evidente influência na criação da tutela antecipada e guarda algumas semelhanças com este instituto. Por serem ambas tutelas de urgência, em determinadas situações, os próprios operadores do direito não sabem empregá-las corretamente.

A tutela cautelar é disciplinada em livro próprio no Código de Processo Civil, denominado Processo Cautelar, precisamente nos artigos 796 a 889. Tem a tutela antecipada natureza de técnica processual, como afirma DIDIER JR., utilizada para antecipar a fruição dos direitos que só se daria após o exaurimento da cognição judicial. Já a cautelar, como afirma o

³³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Op. cit., p. 392.

referido autor, é “espécie de tutela jurisdicional, resultado prático que se pode alcançar pelo processo”.³⁴

Há, portanto, diferenças claras entre esses institutos. Entretanto, é muito comum a confusão entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, razão pela qual se passa a analisar suas peculiaridades.

A tutela cautelar e a tutela antecipada, apesar de serem frequentemente confundidas, possuem características próprias e diferenciadas. Ambas existem para impedir que o tempo inviabilize a satisfação do direito. A primeira assegura a satisfação de um direito que poderá ou não ser reconhecido quando da tutela definitiva. Já a segunda antecipa os efeitos da tutela definitiva. O que se pretende com a tutela antecipada é o próprio pedido principal, que requer seja concedido antecipadamente. Na cautelar, o pedido difere do principal, uma vez que apenas visa a assegurar a futura satisfação do direito. Obedecem a regras procedimentais distintas. A medida antecipatória é requerida na mesma ação que em se pleiteia a tutela definitiva. Já a cautelar pode ser proposta antes ou durante a tramitação da ação principal, mas é sempre dependente desta, conforme expressa previsão legal.

A tutela cautelar requer a mera aparência do direito (*fumus boni iuris*) e do risco de perecimento deste pela demora do processo (*periculum in mora*).³⁵ Tem a função preponderante de garantir a futura satisfação do

³⁴ DIDIER JR., Fredie et al.. Op. cit. p. 457.

³⁵ Parte da doutrina entende que tanto a tutela antecipada quanto a cautelar são dadas a partir de cognição sumária e geram decisões provisórias (por todos, ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit., p. 32 e ss.). Outros autores divergem desse entendimento, (por todos, DIDIER JR., Fredie et al.. Op. cit., p. 453 e ss.) afirmando que a tutela cautelar é obtida após cognição exauriente e produz decisão definitiva. Explica-se. Para esta corrente doutrinária, a decisão cautelar não pode ser provisória porque encerra-se em si mesma, não dependendo de outra que a confirme ou revogue. É, portanto, decisão definitiva ainda que com efeitos temporários, uma vez que só perdurará enquanto for necessário resguardar o que se propõe e será precedida por uma decisão que a fará perder a eficácia. Quanto ao grau de cognição, entendem esses autores não ser sumária, uma vez que para ser concedida deve restar demonstrado o fundado receio na demora e a plausibilidade do

direito. A tutela cautelar, nas palavras de DIDIER JR., “é sempre não-satisfativa, conservativa, assecuratória”.³⁶ É não-satisfativa porque não entrega o direito material pleiteado; conservativa porque pretende conservar determinada situação ou coisa no estado que se encontra; e assecuratória porque pretende assegurar a futura prestação do direito.

Assim, por ser a tutela antecipada a própria entrega do direito pleiteado antecipadamente, exige a lei que a parte apresente mais do que a mera probabilidade do que alega. Deve oferecer meios para que o magistrado tenha um grau elevado de convencimento através de provas contundentes.

Nesse sentido, afirma SILVA:

“a concessão de uma medida cautelar não apenas pressupõe, mas exige que o magistrado somente disponha de elementos probatórios que lhe permitam a formação de um juízo de probabilidade ou verossimilhança, quanto ao direito a ser protegido, ao passo que os *provimentos urgentes satisfativos*, que dispensam a propositura de uma demanda principal, assentam-se numa lógica diferente: sua concessão deve apoiar-se, em princípio, em prova mais consistente do que aquela exigida para a concessão da medida cautelar”.³⁷

A tutela antecipada exige um nível maior de convencimento do magistrado no sentido, não só da existência, como da procedência do direito. Não basta a mera aparência, que é pressuposto da tutela cautelar.

2.6.1. Fungibilidade entre tutela cautelar e tutela antecipada (artigo 273, §7º, CPC)

Como cediço, a lei nº 10.444/2002 incluiu o parágrafo 7º no artigo 273, que permite ao julgador deferir medida cautelar se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar. A distinção entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela, em determinados casos,

direito alegado. Há cognição exauriente do objeto da cautelar; mas em relação ao direito material objeto da lide principal, há cognição sumária.

³⁶ DIDIER JR., Fredie et al.. Op. cit., p. 460.

³⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Op. cit., p. 174.

pode ser difícil tendo em vistas suas similaridades. Por esta razão admitiu o legislador que o magistrado, ainda que tendo sido demandado a título de antecipação de tutela, ao se deparar com uma providência de natureza cautelar, possa concedê-la sem a necessidade de um processo cautelar.

DIDIER JR. entende que, a rigor, não se trata de fungibilidade por possuírem, a tutela cautelar e a antecipada, naturezas distintas. Além disso, para ele, o objetivo na norma não foi corrigir um erro eventual na escolha processual, razão pela qual não se deve falar em fungibilidade. E explica “trata-se de opção legislativa pela simplificação: a tutela antecipada no processo de conhecimento também pode servir como técnica de antecipação da tutela cautelar, além da tutela satisfativa”.³⁸

CÂMARA também entende pela interpretação mais ampla do §7º do artigo 273, CPC, extraindo dele a “regra geral da dispensabilidade da instauração do processo cautelar para obtenção de tutela jurisdicional dessa natureza (podendo a mesma ser obtida incidentalmente ao processo de conhecimento ou de execução)”.³⁹

CARREIRA ALVIM chama a fungibilidade prevista no referido dispositivo de sincretismo processual. Afirma que o sincretismo é tendência do direito processual moderno, consistente em admitir a possibilidade “de combinar fórmulas e procedimentos, de modo a possibilitar a obtenção de mais de uma tutela jurisdicional, *simpliciter et de plano* (de forma simples e de imediato), no bojo de um mesmo processo”.⁴⁰

Cumprido ressaltar que para conceder a medida cautelar mesmo tendo sido demandado pela tutela antecipada, o magistrado deve ver preenchidos

³⁸ DIDIER JR., Fredie et al.. Op. cit., p. 468.

³⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Volume III. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 32.

⁴⁰ ALVIM, J. E. Carreira. *Alterações do código de processo civil: leis nº 10.352, 10.358 e 10.444*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 40-41.

os requisitos próprios dessa medida, quais sejam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Os pressupostos para a concessão da tutela antecipada são mais rigorosos que da tutela cautelar, já que não basta a mera aparência do direito, mas a probabilidade de existência do direito alegado.

A regra da fungibilidade é bastante clara no texto do §7º do artigo 273, CPC, e dispõe que a medida cautelar pode ser concedida se requerida a título de antecipação de tutela. Mas não prevê a legislação a situação inversa: a concessão de tutela antecipada se estiverem presentes os requisitos autorizadores, mas tenha sido requerida a título de cautelar. Há, entretanto, divergência doutrinária a respeito da possibilidade da chamada fungibilidade progressiva: de tutela cautelar para tutela antecipada.

DIDIER JR. entende que não é possível porque não há expressa previsão legal e ainda porque, para a obtenção de um provimento satisfativo e não cautelar, deve a parte se utilizar de procedimento adequado.⁴¹

Em sentido contrário se manifesta DINAMARCO, que entende ser cabível a concessão de medida antecipatória ainda que o magistrado tenha sido requerido a título de medida cautelar. Aduz o autor que “em direito, se os bens são fungíveis isso significa que *tanto se pode substituir um por outro, como outro por um*”.⁴²

O mesmo entendimento possui CARREIRA ALVIM, quando afirma que a iniciativa da fungibilidade da medida cautelar com a tutela antecipada admite também que, “formulando o autor pedido de medida cautelar, em lugar de tutela antecipada, possa o juiz deferir esta última, quando desta se

⁴¹ DIDIER JR., Fredie et al.. Op. cit., p. 474.

⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 92.

tratar, ampliando o raio de alcance do sincretismo processual, de forma a tornar ainda mais efetivo o processo”.⁴³

MARINONI também admite a possibilidade de concessão da tutela antecipada ainda que pleiteada medida cautelar. Entretanto, afirma que “a concessão de tutela antecipatória no caso em que houver sido pedida cautelar somente é possível em *hipóteses excepcionais, ou seja, quando for razoável e fundada a dúvida em relação à correta identificação da tutela urgente*”.⁴⁴

2.7. Tutela antecipada e liminar

Deve-se ressaltar a distinção entre liminar e tutela antecipada. Liminar é um conceito cronológico, que identifica a medida que é concedida *in limine litis*, ou seja, no início da lide, antes mesmo da apresentação de defesa do réu. Não há que confundi-los já que liminar não é nem mesmo um instituto jurídico. Tanto a tutela antecipada quanto a cautelar podem ser obtidas em qualquer fase do processo, desde que preenchidos os requisitos para sua concessão. Como, em geral, são requeridas no início da lide, são frequentemente chamadas de medidas liminares, mas não necessariamente as são.

Nas palavras de THEODORO JUNIOR, *in verbis*:

“liminar qualifica qualquer medida judicial tomada antes do debate em contraditório do tema que constitui o objeto do processo, e nessa categoria entrariam os diversos provimentos, inclusive os de saneamento do processo, como os tendentes a suprir defeitos da petição inicial ou a propiciar-lhes emendas, antes da contestação do réu, e outra como a concessão de prazo ao advogado do autor para que exiba posteriormente, e em prazo certo, o mandato ad judícia que, pela urgência do aforamento da causa, não pôde ser previamente obtido”.⁴⁵

⁴³ ALVIM, J. E. Carreira. Op. cit., p. 42.

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 163.

⁴⁵ JUNIOR, Humberto Theodoro. As liminares e a tutela de urgência. In: ALVIM, Arruda e ALVIM, Eduardo Arruda. *Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 245.

2.8. Tutela antecipada e julgamento antecipado da lide

Não se confunde também a tutela antecipada com o julgamento antecipado da lide (artigo 330, CPC⁴⁶). A primeira é decisão interlocutória, dada em grau de cognição sumária e, portanto, não faz coisa julgada material. A segunda consiste em decisão definitiva de mérito, com base em cognição exauriente e, portanto, apta a fazer coisa julgada. Além disso, a antecipação de tutela satisfaz de imediato o direito da parte, o que não ocorre com o julgamento antecipado da lide, uma vez que este, para ser executado, terá que aguardar a apreciação de eventual recurso.

Nesse sentido, afirma THEODORO JUNIOR que antecipação de tutela não se supre com julgamento antecipado da lide, uma vez que, “mesmo julgado o mérito, o direito subjetivo da parte poderá continuar insatisfeito e terá de aguardar a solução de eventual recurso do vencido para entrar no estágio de execução forçada”.⁴⁷

O mesmo entendimento possui WATANABE, quando defende que:

“o deferimento da tutela antecipada, em vez do julgamento final, que às vezes depende de atos probatórios ou outras providências, traz ao autor a vantagem da execução imediata do provimento adiantado, o que, dependendo dos efeitos do recurso cabível contra a sentença final, não poderá ser alcançado pelo demandante”.⁴⁸

2.8.1. Julgamento antecipado de parte incontroversa da demanda (art. 273, §6º, CPC)

O artigo 273, §6º, CPC prevê a hipótese de julgamento antecipado de

⁴⁶ Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

II - quando ocorrer a revelia (art. 319).

⁴⁷ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. Volume II. 46ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 718.

⁴⁸ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer – arts. 273 e 461 do CPC. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 38.

parcela da demanda que se mostrar incontroversa. Alguns autores afirmam que essa é a previsão legal da tutela da evidência. Por essa razão, o tema será tratado de forma mais aprofundada no capítulo 3, que versa sobre a tutela da evidência no direito vigente.

2.9. Efetivação da tutela antecipada

A tutela antecipada se efetiva, no que couber, pelo mesmo regime que a execução provisória, antes previsto no artigo 588 e agora no artigo 475-O⁴⁹, e ainda nos artigos 461, §§4º e 5º⁵⁰ e 461-A⁵¹, todos do CPC, de acordo com a redação do artigo 273, §3º, CPC.

⁴⁹ Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;

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

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

§1º No caso do inciso II do caput deste artigo, se a sentença provisória for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução.

§2º A caução a que se refere o inciso III do caput deste artigo poderá ser dispensada:

I – quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário-mínimo, o exequente demonstrar situação de necessidade;

II - nos casos de execução provisória em que penda agravo perante o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação.

§3º Ao requerer a execução provisória, o exequente instruirá a petição com cópias autenticadas das seguintes peças do processo, podendo o advogado declarar a autenticidade, sob sua responsabilidade pessoal:

I – sentença ou acórdão exequendo;

II – certidão de interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo;

III – procurações outorgadas pelas partes;

IV – decisão de habilitação, se for o caso;

V – facultativamente, outras peças processuais que o exequente considere necessárias.

⁵⁰ Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

Daí se extrai que será imposta a responsabilidade civil objetiva para a parte que obteve a tutela antecipada mas acabou vencida quando da prolação da sentença, devendo ressarcir a outra parte independentemente de culpa (artigo 475-O, I, CPC). Além disso, conclui-se que o magistrado não é obrigado a exigir caução para conceder a antecipação da tutela (art. 475-O, §2º, CPC), mas poderá se fazê-lo se entender cabível (art. 475-O, III, CPC). Poderá ainda estipular multa diária *ex officio* em caso de descumprimento da ordem judicial (art. 461, §4º, CPC) e se utilizar das medidas legais para efetivação da tutela tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva (art. 461, §5º, CPC).⁵²

§4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

⁵¹ Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

§1º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

§2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

§3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461.

⁵² Há divergência na doutrina acerca da aplicabilidade das medidas de coerção que podem ser aplicadas pelo magistrado. A esse respeito, DIDIER JR afirma: “Com base no princípio da legalidade e tipicidade das medidas executivas, Eduardo Talamini entende não ser possível. Ainda nesse sentido, Marcelo Abelha Rodrigues, Marcelo Lima Guerra e Luiz Guilherme Marinoni sustentam opinião contrária. Argumentam que os meios típicos de execução previstos para essa modalidade de obrigação encontram vários obstáculos que dificultam a obtenção de resultados mais céleres e efetivos – tais como as dificuldades de localização e venda de bens do devedor para garantir pagamento da dívida, dentre outros -, obstáculos estes que embaraçam a execução forçada, e revelam uma insuficiência do sistema de tutela executiva. (...)”

Nesse contexto, interessa-nos, sobretudo, analisar a aplicabilidade da multa diária – medida coercitiva mais difundida na nossa prática forense.

Para proceder essa análise, é necessário pontuarmos a possibilidade de a referida multa, mecanismo de coerção indireta, ser fixada em período distinto do dia (semana, quinzena, mês, ano etc., conforme o novo §6º do art. 461, CPC). A multa somente será diária se assim entender/determinar o magistrado. Além disso, cumpre observar que, de um lado, o §3º ora comentado contém a cláusula que tempera um pouco a aplicação dos §§4º e 5º do art. 461, pois a sua aplicação será ‘no que couber e conforme sua natureza’ e, de outro, o art. 475-I, CPC, é

Cumpra ressaltar que não há na lei qualquer previsão do momento em que a tutela antecipada deve ser requerida. Se a parte fizer o requerimento, e estiverem preenchidos os requisitos legais, a medida poderá ser concedida a qualquer tempo, mas necessariamente antes da sentença. Esse entendimento não é unânime nem na doutrina nem na jurisprudência. Isto porque a antecipação da tutela é a entrega do direito material pleiteado e a legislação prevê meios de efetivação imediata dessa medida. Entretanto, salvo as exceções do artigo 520, CPC, a lei não permite a execução provisória da sentença.

Ora, se a sentença, resultante de uma cognição exauriente, não pode ser provisoriamente executada, mas a antecipação, resultante de cognição sumária, pode ser efetivada, há uma contradição. A doutrina, então, procurou resolvê-la sugerindo a concessão da tutela na sentença. Mas daí surge outra questão. Não há que se falar em antecipação da tutela na sentença, uma vez que esta é a tutela definitiva, restando apenas sua execução. A antecipação de tutela na sentença nada mais é do que a eficácia imediata da sentença.

A esse respeito, sugere CARREIRA ALVIM:

“segundo essa nova técnica antecipatória, em vez de o juiz dizer, como diz atualmente, que ‘concede a tutela antecipada na sentença’, deve dizer apenas que ‘antecipa os efeitos da sentença’, com o que estará abrindo espaço à sua execução provisória. Assim, tais efeitos que deveriam se produzir a partir do trânsito em julgado da sentença, são antecipados no tempo, produzindo-se a partir da sua prolação, ou seja, da entrega da prestação jurisdicional”.⁵³

Apesar dessa solução não ser a mais técnica, a jurisprudência vem adotando esse posicionamento e permitindo que a tutela antecipada seja

taxativo ao excluir a aplicabilidade de outras medidas que não as previstas no capítulo em que se insere (“Cumprimento de Sentença”). Assim, o magistrado verificará se a eficácia do direito antecipado é compatível ou não com a aplicação das medidas de apoio, dentre as quais avulta a multa.” (DIDIER JR., Fredie et al.. Op. cit., p. 517-519.)

⁵³ ALVIM, J. E. Carreira. Op. cit., p. 44-45.

concedida na sentença.⁵⁴ MARINONI também admite a possibilidade de concessão da medida antecipatória em grau de apelação, pois entende que a situação de perigo que enseja a antecipação pode ocorrer quando da pendência do recurso, o que não obsta a sua concessão.⁵⁵

Mesmo entendimento possui BEDAQUE, que sustenta a possibilidade de “verificados os pressupostos, seja a antecipação concedida em segundo grau”. Entretanto, afirma que em sede de recurso especial, não seria possível, “pois a tutela antecipada tem como requisito a prova inequívoca da verossimilhança, exame não compatível com a natureza dessa via de impugnação”.⁵⁶

Prevê o artigo 520, VII, CPC que a apelação de sentença que confirmar a antecipação da tutela só será recebida no efeito devolutivo. Da mesma maneira tem entendido a jurisprudência, quando se trata da antecipação da tutela na sentença. Nesse caso, a apelação também só teria efeito devolutivo e não suspensivo.⁵⁷

2.10. Da decisão que concede ou nega a tutela antecipada

A decisão que concede a tutela antecipada pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo, conforme o disposto no artigo 273, §4º, CPC, por isso tem natureza provisória. Entretanto, essa mudança só pode ocorrer

⁵⁴ Nesse sentido, há decisões do Superior Tribunal de Justiça admitindo a concessão da antecipação de tutela na sentença (REsp 1001046/SP, AgRg no Ag 1261955/SP) e até mesmo em sede de embargos de declaração (REsp 279251/SP). Vale destacar um trecho do voto do Relator do REsp 279251/SP, Ministro Ruy Rosado de Aguiar, *in verbis*: “A tutela antecipada pode ser concedida a qualquer momento, no curso do processo, mesmo em grau de recurso (art. 273 do CPC). Se assim está previsto na lei, nada justifica impedir-se a concessão da medida depois da instrução e da sentença de procedência do pedido, se a tutela mesma pode ser deferida ainda antes da prova e do juízo final favorável à pretensão do autor. Por isso, admito a possibilidade da concessão da tutela na própria sentença, desde que presentes os demais requisitos”. (STJ, REsp 279251/SP, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Brasília, Data do julgamento: 15/02/2001, Data da Publicação/Fonte: DJ 30/04/2001 p. 138.)

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 202.

⁵⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. cit., p. 402.

⁵⁷ Por todos: STJ, AgRg no AREsp 326036/SP, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Brasília, Data do Julgamento: 06/08/2013, Data da Publicação/Fonte: DJe 16/08/2013.

caso surja um novo elemento probatório que torne inexistente um dos requisitos presentes quando da concessão ou haja alguma alteração no estado de fato, vez que a tutela é concedida *rebus sic stantibus*, ou seja, vale enquanto não se alterarem substancialmente os fatos com fundamento nos quais a tutela foi deferida.

A decisão que concede ou nega a medida antecipatória tem natureza de decisão interlocutória e, portanto, é enfrentada por meio de agravo de instrumento, nos termos do artigo 522, CPC. Se a sentença confirmar a decisão que concedeu a tutela antecipada, a apelação será recebida apenas no efeito devolutivo, conforme previsão expressa do artigo 520, VII, CPC.

No caso de a antecipação de tutela ser concedida na sentença, possibilidade que tem sido admitida nos tribunais, como cediço, a apelação também é recebida no efeito devolutivo. Há, entretanto, divergência na doutrina quanto ao recurso cabível quando a medida antecipatória é concedida na sentença. MARINONI sustenta que a decisão é interlocutória, ainda que inserida na sentença, e, portanto, combatida por agravo de instrumento.⁵⁸ Já, BEDAQUE⁵⁹, ZAVASCKI⁶⁰, entre outros, entendem que

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 200.

⁵⁹ BEDAQUE afirma que “Jamais cogitei, por considerá-la absolutamente incompatível com o sistema recursal, a admissibilidade de o capítulo da sentença em que o juiz concede a antecipação de tutela ser impugnado mediante agravo. Esse recurso é adequado para atacar decisão interlocutória, ou seja, ato mediante o qual o juiz resolve questões incidentes, sem colocar fim ao processo. No caso, o processo é extinto e, portanto, o ato decisório configura sentença. Não importa seu conteúdo, ou se nele foram resolvidas questões que também poderiam ser objeto de decisão autônoma. Poderiam, mas não foram. (...)”

Pois bem. O acolhimento da pretensão do autor configura resolução de mérito (art. 269, I). É, portanto, sentença (art. 162, §1º). Não importa sejam resolvidas em seu bojo questões suscetíveis de decisão interlocutória, como o afastamento de preliminares, o indeferimento de prova ou a antecipação de efeitos da tutela. Se o conteúdo do ato corresponde a uma das hipóteses do art. 269, será sentença, ainda que examinados outros aspectos de natureza processual.

Fixada essa premissa, adequado o recurso de apelação (CPC, art. 513).” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. cit., p. 405.)

⁶⁰ ZAVASCKI, no mesmo sentido, sustenta que “Hipótese mais delicada é a que se verifica quando o indeferimento (ou deferimento) da medida antecipatória ocorrer na própria sentença que julgar a causa. Não parece haver dúvida de que, em tal hipótese, o recurso cabível é o de apelação. Embora tenha o relator poderes para, também nesses casos, ‘suspender o cumprimento da decisão’ apelada (...)” (ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit., p. 112.)

tudo o que está inserido na sentença deve ser combatido por apelação, mesmo a antecipação da tutela.

CARREIRA ALVIM, entretanto, sugere que a técnica adotada para permitir a execução imediata da sentença seja a de aplicação do artigo 518, CPC. Assim, afirma:

“embora a jurisprudência tenha prestigiado a técnica de admitir a tutela antecipada na sentença, como forma de permitir a sua execução imediata, possibilitando à parte, desde então, o gozo do seu direito, penso que existe uma técnica mais adequada a esse desiderato, que é a de permitir que o juiz, com base no art. 518 do CPC, antecipe os efeitos da própria sentença, possibilitando a sua execução provisória”.⁶¹

Já MARINONI entende que a única saída racional para esse conflito é admitir que no mesmo ato o juiz possa conceder a tutela antecipada, o que teria natureza de decisão interlocutória e em seguida proferir a sentença “que então confirmará a tutela já concedida e não poderá ser atacada através de recurso de apelação que deva ser recebido no efeito suspensivo (nesta situação, então, aplicar-se-ia o art. 520, VII do Código de Processo Civil)”.⁶²

Cumprido destacar que a decisão pela concessão ou não da tutela antecipada não depende do poder discricionário do juiz. A existência das medidas antecipatórias tem fundamento em mandamento constitucional, não estando, portanto, sujeita a mera faculdade do julgador. Assim, em estando atendidos os requisitos legais que autorizam a medida, deverá o juiz concedê-la.

Nesse sentido, afirma THEODORO JUNIOR:

“o fato de serem vagos ou imprecisos os termos da enunciação legal dos requisitos das tutelas de urgência, não submete seu deferimento a mero arbítrio do

⁶¹ ALVIM, J. E. Carreira. Op. cit., p. 43-44.

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 200.

juiz, nem pode tornar irrecurável sua decisão. A conveniência de uma liminar é decorrência da opção da lei e não do juiz (...).⁶³

Da mesma forma entende CARNEIRO, que afirma que o magistrado analisará os fatos levados a ele e dirá se os requisitos foram preenchidos: “se ocorreram, terá o *dever* de deferir o pedido de antecipação, fundamentando devidamente sua decisão; se não ocorreram, *cumpre-lhe* denegar o pedido, em provimento igualmente fundamentado”.⁶⁴

BEDAQUE compartilha desse entendimento e defende que “não tem o juiz, portanto, mera faculdade de antecipar a tutela. Caso se verifiquem os pressupostos legais, é seu dever fazê-lo”.⁶⁵

⁶³ JUNIOR, Humberto Theodoro. As liminares e a tutela de urgência. In: ALVIM, Arruda e ALVIM, Eduardo Arruda. *Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 256.

⁶⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. Op. cit., p. 18.

⁶⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. cit., p. 386.

3. Tutela de evidência no direito vigente

A tutela de evidência proposta pelo projeto do novo Código de Processo Civil não é inteiramente inédita no ordenamento jurídico brasileiro. A legislação vigente prevê hipóteses de antecipação de tutela baseada na evidência apesar de não estar expressa de forma explícita no Código. Mas a doutrina entende que há a tutela do direito evidente na lei atual embora tenha suas hipóteses de cabimento mais limitadas do que prevê o projeto.

MAGADAN sustenta que a preocupação do legislador com o deferimento da antecipação dos efeitos da sentença quando verificado o direito evidente é anterior à introdução do inciso II do artigo 273, ao prever a possibilidade da liminar possessória, a liminar prevista no procedimento dos embargos de terceiro e a liminar concedida em sede de mandado de segurança. Nesse sentido, afirma:

“o Direito Processual Civil brasileiro já demonstrou preocupação em deferir a antecipação dos efeitos da sentença, quando se encontra presente a evidência do direito do autor antes mesmo da introdução do inciso II do art. 273 do CPC brasileiro de 1973, podendo ser citadas, como exemplos, a liminar possessória, a liminar prevista no procedimento dos embargos de terceiro e a liminar concedida em sede de mandado de segurança”.⁶⁶

Esse também é o entendimento de BEDAQUE, que afirma que duas são as razões que justificam a antecipação da tutela: “o risco de inutilidade prática do resultado final” e “a probabilidade de o autor ter razão”. Assim, conclui que a tutela antecipada se funda “ora na urgência na entrega da prestação jurisdicional, ora na evidência de que o direito afirmado existe”. Aduz ainda que são “tutelas antecipadas e provisórias, informadas apenas pelo valor evidência: abuso do direito de defesa (art. 273, II), possessórias (art. 928), embargos de terceiro (art. 1.051)”.⁶⁷

⁶⁶ MAGADAN, Yuri Grossi. *Hipóteses de antecipação de tutela: exame do art. 273 do Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009. p. 93.

⁶⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.*, p. 364-365.

O artigo 273, §6º, CPC, dispõe que a antecipação da tutela poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso, não exigindo o caráter urgente do pedido como pressuposto para antecipação. E, por essa razão, alguns doutrinadores consideram tais hipóteses como tutela da evidência, e não de urgência.

Para melhor compreender os argumentos apresentados pela doutrina, passar-se-á a analisar os dois dispositivos separadamente.

3.1. Da tutela do artigo 273, II, CPC

O artigo 273, II, CPC, prevê a possibilidade de antecipação de tutela fundada no abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, sem exigir a urgência como requisito. Trata-se, portanto, de hipótese em que não se requer o *periculum in mora* para a concessão do pedido. Por isso, afirmam alguns autores, que tal hipótese não deveria ser considerada tutela de urgência – da qual a tutela antecipada é espécie.

Como cediço, parte da doutrina entende que o artigo 273, II, CPC assegura a tutela da evidência.

Nesse sentido, FUX afirma que:

“o Código de Processo Civil privilegia a evidência ao admitir a possibilidade de antecipação, mediante cognição sumária, utilizando-se dos conceitos de liquidez e certeza do direito, não enfrentado por uma contestação séria, autorizando o juízo ao julgamento pela verossimilhança (art. 273, II)”.⁶⁸

Da mesma forma, DIDIER JR. ensina que:

“o art. 273, II, consagra modalidade de tutela da lealdade e seriedade processual. Assim, mesmo que não haja urgência (em sentido estrito) no deferimento da tutela – isto é, mesmo que se possa aguardar o fim do processo para entregar à parte o bem da vida pleiteado -, quando se observar que a parte está exercendo abusivamente o seu direito de defesa, lançando mão de argumentos e meios

⁶⁸ FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. *Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, ano 2, número 16, abr. 2000. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/handle/2011/894>>. Acesso em: 02 set. 2013. p. 15.

protelatórios, no intuito único de retardar o andamento do processo, o juiz poderá antecipar a tutela. Trata-se de tutela antecipada que se funda apenas na evidência (probabilidade) do direito alegado”.⁶⁹

Este também é o entendimento de CARNEIRO, quando afirma que:

“o art. 273, II criou uma antecipação de tutela ‘pura’, desvinculada dos pressupostos da urgência e do *dano*, e ligada tão-somente à ideia central de que a firme aparência do bom direito, exsurgente das alegações do autor, aliada à desvalia evidente, à falta de consistência na defesa apresentada pelo demandado, autorizam a satisfação antecipada *a fim de que o (aparente) titular de um direito possa de imediato vê-lo (provisoriamente) incorporado ao seu patrimônio jurídico*”.⁷⁰

O autor, ao propor uma ação, deve provar os fatos constitutivos do direito que alega e o réu, ao se defender, pode simplesmente negar a existência desse direito ou terá o ônus de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, de acordo com o artigo 333 do CPC.⁷¹ Esse processo enseja a cognição exauriente da lide, e garante maior segurança jurídica no julgamento. Entretanto, a efetividade da jurisdição é prejudicada quando se obriga o autor a aguardar todo o procedimento para conceder a tutela, ainda que diante de um direito evidente. Por isso se diz que há cognição sumária na antecipação de tutela, já que não se espera a produção de provas por parte do réu para proferir uma decisão.

No entanto, FUX defende que a tutela da evidência não se restringe à cognição sumária, uma vez que, para ele, há cognição exauriente imediata. Nesse sentido, afirma:

“A crítica que se empreende no sentido de que a tutela satisfativa não pode ser chancelada por mera cognição sumária não procede quanto à tutela de evidência, posto, efetivamente, não ser isso que ocorre *in casu*, evidência do direito propicia ‘cognição exauriente imediata’, a mesma que se empreenderia ao final de um

⁶⁹ DIDIER JR., Fredie et al.. Op. cit., p. 500.

⁷⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. Op. cit., p. 33-34. (grifos originais)

⁷¹ Art. 333 - O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único - É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

processo onde fossem necessárias etapas de dissipação da incerteza quanto ao direito alegado”.⁷²

A decisão que concede a tutela antecipada é de natureza interlocutória, e, portanto, enfrentada por meio de agravo de instrumento. A natureza da decisão é confirmada pela expressa previsão do artigo 273, §5º, CPC que dispõe que “concedida ou não a antecipação de tutela, prosseguirá o processo até o final julgamento”. Portanto, se a concessão da tutela antecipada não extingue o processo, a decisão versa sobre ela não pode ser considerada sentença. Assim, o recurso cabível é o agravo de instrumento. Não poderia ser agravo retido porque este só é julgado após a sentença definitiva, o que contraria a exegese da própria medida antecipatória.

Passar-se-á a analisar os conceitos dos requisitos de concessão da tutela antecipada do artigo 273, II, CPC.

3.1.1. Abuso de direito de defesa

A antecipação de tutela prevista no inciso II do artigo 273 pretende evitar que o autor, já tendo apresentado provas inequívocas que levaram a verossimilhança, seja prejudicado por uma conduta abusiva ou meramente protelatória do réu, quando estiver exercendo seu direito de defesa. Essa conduta abusiva consiste em se utilizar de argumentos infundados para combater as alegações autorais, apenas para postergar o reconhecimento do direito. Ou seja, o réu requer tempo para a produção de provas que sabe serem incapazes de desconstituir o direito autoral. Assim, pode-se concluir que o abuso reside na falta de fundamento, ou seja, na pouca probabilidade de que o réu apresente alguma prova capaz de desconstituir o direito do autor.⁷³

⁷² FUX, Luiz. Op. cit., p. 15.

⁷³ MARINONI afirma que “a probabilidade do insucesso da defesa indireta é elemento que não pode ser desconsiderado para a tutela antecipatória”. (MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 350)

Os conceitos de abuso de defesa e manifesto propósito protelatório podem ser parcialmente compreendidos na própria legislação processual, que prevê em seus artigos 14⁷⁴ e 17⁷⁵, os atos abusivos e que configuram litigância de má-fé.⁷⁶

O abuso de direito de defesa se configura quando o réu, ao responder as alegações feitas pelo autor, se utiliza de argumentos infundados ou não as contesta diretamente, ou seja, apresenta uma versão dos fatos que carece de verossimilhança e credibilidade e ainda requer tempo para produção de provas que parecem ter apenas a função de postergar o reconhecimento do direito alegado.

⁷⁴ Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

- I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;
- II - proceder com lealdade e boa-fé;
- III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;
- IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

⁷⁵ Art. 17. Reputa-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 incidentes manifestamente infundados;
- VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

⁷⁶ MARINONI possui entendimento divergente de parte da doutrina e sustenta que abuso de direito de defesa e manifesto propósito protelatório não se confundem com litigância de má-fé. Afirma o autor que a litigância de má-fé enseja a penalização de quem a comete, mas não é suficiente para a antecipação de tutela. Dessa forma, explica: “Não é a retenção dos autos, por exemplo, que autoriza a antecipação. A indevida retenção dos autos, se configura ilícito processual, pode abrir oportunidade para a penalização daquele que procede mal, mas jamais para a antecipação, que somente pode ter relação com a evidência do direito do autor e a fragilidade da resistência do réu. Não é possível confundir abuso de direito de defesa com litigância de má-fé. Para efeito de tutela antecipatória, é possível extrair do art. 17 do Código de Processo Civil alguns elementos que podem colaborar para a caracterização do abuso de direito de defesa. Isso não significa, porém, que as hipóteses do art. 17 possam servir de guia para a compreensão da tutela antecipatória fundada em abuso de direito de defesa”. (MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 347)

Nesse sentido, afirma MARINONI que “o réu pode abusar do seu direito de defesa, apresentando uma defesa de mérito indireta⁷⁷ infundada para protelar o momento da realização do direito do autor”.⁷⁸

Para MARINONI, a hipótese de antecipação de tutela prevista no artigo 273, II, CPC, “permite ao juiz, a partir da incontrovérsia do fato constitutivo, antecipar a realização do direito, deixando à fase processual sucessiva a cognição da defesa de mérito indireta (...) infundada”.⁷⁹

Entretanto, para MARINONI, não basta que a defesa de mérito indireta seja infundada para que haja a caracterização do abuso de defesa. Este só se configura se, aliado à defesa infundada, houver a evidência dos fatos constitutivos.⁸⁰

Esse também é o entendimento de SILVA que defende que para que seja concedida a antecipação com base no artigo 273, II, CPC, não basta apenas o ato abusivo do réu, o juiz deve estar convencido da verossimilhança do direito do autor. Dessa forma, sustenta que “para a incidência da primeira hipótese prevista pelo inciso II do art. 273, exige a lei a conjugação de dois pressupostos: verossimilhança do direito do autor e abuso do direito de defesa por parte do réu”.⁸¹

Isso porque, ao requerer tempo para produzir provas contrárias às demonstradas pelo autor e que se apresentaram verossímeis aos olhos do magistrado, o réu obriga o autor a suportar o ônus do tempo da produção de

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 347-350.

⁷⁸ Ibid., p. 350.

⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 56.

⁸⁰ Ibid. p. 73.

⁸¹ SILVA, Ovídio A. Baptista. A “antecipação” da tutela na recente reforma processual. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 139.

provas – provas essas que carecem de fundamento. Nas palavras de MARINONI:

“na hipótese em que, diante da defesa de mérito indireta, o fato constitutivo resta incontroverso, surge o germe justificador da antecipação da tutela. Mas, essa técnica antecipatória, apesar de se basear na incontrovérsia do fato constitutivo, obviamente requer que a defesa de mérito indireta exija prova e, por consequência, tempo para a sua produção. É exatamente esse tempo, necessário para o réu produzir prova, que não deve pesar sobre o autor. Ou seja, a tutela antecipatória apenas tem sentido quando a defesa indireta não admite julgamento antecipado. Isso porque a antecipação é justificada pelo tempo que o réu vai utilizar para permitir um juízo de cognição exauriente”.⁸²

Dessa forma, conclui-se que, para MARINONI, a antecipação baseada no abuso de direito de defesa é justificada não só pelo “objetivo de repartir o tempo do processo entre o autor e o réu, mas, antes de tudo, o escopo de inibir o exercício abusivo do direito de defesa”.⁸³

THEODORO JUNIOR afirma que o abuso de direito de defesa “ocorre quando o réu apresenta resistência à pretensão do autor, totalmente infundada ou contra direito expresso, e, ainda, quando emprega meios ilícitos ou escusos para forjar sua defesa”.⁸⁴

Nesse sentido:

“O abuso de defesa, espécie do gênero abuso de direito, corresponde à conduta despropositada do réu, que pratica atos não consubstanciadores do exercício do seu direito de exceção; atos processualmente inúteis, como a apresentação de alegações impertinentes, a dedução de defesa contra texto expresso em lei, o questionamento de fato incontroverso, ou a alteração deliberada da verdade dos fatos (art. 17, I e II), ou a produção de provas inúteis ou desnecessárias ao exercício da jurisdição reclamada no processo (art. 14, IV).”⁸⁵

A legislação brasileira, precisamente no artigo 186 do Código Civil, prevê que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou

⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 349-350.

⁸³ Id., *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 123-124.

⁸⁴ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. Volume II. 46ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 692.

⁸⁵ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo III: arts. 154 a 281. Atualizado por Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 538.

imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Mas não é só a violação do direito que caracteriza o ato ilícito, como dispõe o artigo 187, *in verbis* “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

MAGADAN afirma que a legislação brasileira equipara o abuso de direito ao ato ilícito apesar dessa comparação não ser pacífica na doutrina.

E explica:

“a norma civil (art. 187 do CC brasileiro de 2002) não exige o resultado danoso na tipificação do abuso. Se o abuso do direito é espécie, assim como a violação de direito alheio, do gênero ato ilícito, o tipo previsto no art. 187 do CC brasileiro de 2002 exige a ocorrência do evento dano para caracterização, conforme arts. 186 e 927 do mesmo Código. Então, é possível concluir que, pelo menos na lei civil, para caracterizarmos o abuso de direito, basta o cometimento do ato, sendo irrelevante a intenção, mas necessário o evento danoso”.⁸⁶

Pode-se concluir que o abuso se configura pela má-fé no exercício do direito, capaz de gerar dano à outra parte. Deve-se ressaltar, porém, que a intenção de causar dano não é exigida pela lei para configuração do abuso. Entretanto, é imprescindível que haja dano.

3.1.2. Manifesto propósito protelatório

O outro conceito que deve ser analisado é o manifesto propósito protelatório do réu, que se caracteriza pela utilização de subterfúgios que retardem o reconhecimento do direito. Não se trata apenas de conduta temerária, como a retenção dos autos, o que, inclusive, afirma MARINONI, configura ilícito processual e não enseja a antecipação de tutela⁸⁷. O que configura o propósito protelatório do réu, por exemplo, é a apresentação de recursos infundados ou baseados em pontos já pacificados pela

⁸⁶ MAGADAN, Yuri Grossi. Op. cit., p. 102.

⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 347.

jurisprudência. Até mesmo situações extraprocessuais⁸⁸ podem configurar o propósito protelatório como, ao vislumbrar a possibilidade de uma ação judicial, o réu ilude o autor com promessas vazias, apenas para postergar o início da demanda.

O entendimento de ZAVASCKI é que se o objetivo de tais dispositivos é propiciar maior celeridade na prestação jurisdicional, há de se entender por tais expressões, “atos ou fatos que, efetivamente, constituam obstáculos ao andamento do processo”. E ainda, a respeito do manifesto propósito protelatório, o referido autor explica que não é a mera intenção de protelar que justifica a antecipação “mas a efetiva prática de atos ou omissões que retardem o andamento do processo”.⁸⁹

PASSOS sustenta que “protelatório é tudo que retarda, sem razão atendível, o andamento do feito. E esse intuito é manifesto quando desprovido o ato, tido como protelatório, de justificação razoável”.⁹⁰

DIDIER JR. afirma que a tutela antecipada do artigo 273, II, CPC é pouco utilizada porque esses atos abusivos acabam por ensejar o próprio julgamento antecipado da lide, com fulcro no artigo 330, I, CPC, por conta da “dispensabilidade da produção de mais provas – afora aquelas trazidas

⁸⁸ Há divergência na doutrina quanto a possibilidade de atos anteriores ao início do processo serem considerados como protelatórios e poderem autorizar a antecipação de tutela. DIDIER JR. afirma que deve haver litispendência para a concessão da medida antecipatória baseada no inciso II do artigo 273, mas que “é possível que, após citado o réu, se conceda a providência em razão de comportamentos anteriores à formação do processo. (DIDIER JR., Fredie et al.. Op. cit. p. 500.) BEDAQUE sustentava que o abuso de direito de defesa ou propósito protelatório só poderia ocorrer após a resposta. Entretanto, modificou seu entendimento, *in verbis*: “Continuo considero difícil ou praticamente impossível a caracterização do abuso do direito de defesa antes de iniciado o processo. Eventual comportamento da parte no plano material não pode servir de fundamento ao pedido de antecipação. Mas, proposta a ação, pode a parte apontada para ocupar o pólo passivo praticar atos protelatórios antes mesmo da citação. Basta imaginar a hipótese de citação com hora certa (CPC, arts. 227-228). Haverá situações em que a ocultação do citando, se manifesta, revela nítido intuito protelatório, autorizando a concessão da medida provisória, destinada exclusivamente a inverter o ônus pela demora do processo. Nada obsta, todavia, venha o juiz a revogá-la, se a conclusão inicial mostrar-se equivocada (CPC, art. 273, §4º)”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. cit., p. 401.)

⁸⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit., p. 77.

⁹⁰ PASSOS, J. J. Calmon de. Da antecipação da tutela. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 199.

pelo autor”. Entretanto, defende que a “grande utilidade da antecipação de tutela, nesses casos, reside na possibilidade de afastar o efeito suspensivo da apelação, conferindo-se eficácia imediata à sentença”.⁹¹

Esse também é o entendimento de BEDAQUE, que afirma que se as atitudes do demandado indicam falta de consistência na defesa, “eventual requerimento de provas, por desnecessária a providência, deve ser indeferido. Daí a possibilidade de o julgador antecipar o próprio julgamento”.⁹² Assim, defende que, na prática, “essa modalidade de antecipação normalmente será concedida na própria sentença final, apenas para retirar o efeito suspensivo de eventual apelação”.⁹³

Como dito anteriormente, BEDAQUE sustenta que a regra quanto à irreversibilidade dos efeitos da tutela antecipada só se aplica na hipótese de antecipação por abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório, ou seja, “na hipótese do inciso II do art. 273, portanto, somente se antecipam efeitos reversíveis”.⁹⁴

Conclui-se, portanto, que apesar de haver meios processuais de coibir uma postura desleal da parte, são poucas as hipóteses de cabimento da tutela antecipada sancionadora. E, na prática, as hipóteses existentes são pouco utilizadas pelos operadores do direito. Nesse sentido é a opinião de DIDIER JR. que afirma que:

“na prática, são muito raras as hipóteses de antecipação de tutela punitiva. Isso porque o juiz detém armas e instrumentos eficazes para combater deslealdade processual, para evitar ou reprimir comportamentos arditos e meramente protelatórios”.⁹⁵

⁹¹ DIDIER JR., Fredie et al.. Op. cit., p. 502.

⁹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. cit., p. 357.

⁹³ Ibid., p. 360.

⁹⁴ Ibid., p. 382.

⁹⁵ DIDIER JR., Fredie et al.. Op. cit., p. 501.

3.2. Da tutela do artigo 273, §6º, CPC

DIDIER JR. sustenta que a inspiração do legislador quando da introdução do §6º do artigo 273, CPC, foi a obra de MARINONI “Tutela antecipatória, julgamento antecipado da lide e execução imediata da sentença”, na qual era defendida a antecipação da tutela fundada no abuso de direito de defesa. Uma das técnicas antecipatórias sugeridas originou o referido dispositivo, que prevê a antecipação pelo reconhecimento parcial do pedido.⁹⁶

O reconhecimento parcial acontece quando uma parcela do pedido formulado é reconhecida pelo réu como devida, não havendo, portanto, necessidade de um processo de cognição para que o juiz decida se há ou não procedência nas alegações do autor. O próprio réu admite que parte do pedido é devida, não deixando ao magistrado outra alternativa que não a de reconhecer parcialmente o direito do autor.

MARINONI sustenta que a tutela antecipatória fundada em direito evidente encontra-se no artigo 273, §6º, CPC, quando afirma que “*incontroverso* é o direito que se torna evidente no curso do processo, exigindo, em razão disso, *imediata tutela*. É nesse sentido que se diz que o §6º é a base para a tutela dos *direitos evidentes*”.⁹⁷

Mas esse entendimento não é unânime. DIDIER JR. defende que a natureza jurídica do referido artigo é a de resolução parcial do mérito da causa. Isto porque no §6º não há mera cognição sumária, mas exauriente, ao menos acerca daquilo que se mostrou incontroverso. O cerne da questão está no questionamento de se a tutela antecipada formada com base em cognição exauriente teria força para formar coisa julgada.

⁹⁶ DIDIER JR., Fredie et al.. Op. cit., p. 524.

⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p.360. (grifos originais)

DIDIER JR. afirma que sim, porque nega que o referido artigo trata de antecipação de tutela. E explica:

“não é antecipação dos efeitos da tutela, mas emissão da própria solução judicial definitiva, fundada em cognição exauriente e apta, inclusive, a ficar imune com a coisa julgada material. E, por ser definitiva, desgarrar-se da parte da demanda que resta a ser julgada, tornando-se decisão absolutamente autônoma: o magistrado não precisa confirmá-la em decisão futura, que somente poderá examinar o que ainda não tiver sido apreciado”.⁹⁸

Apesar de defender que a natureza jurídica do artigo é de resolução parcial do mérito, sustenta que a decisão que a concede ou nega é interlocutória mas passível de execução definitiva. Dessa forma, afirma:

“a decisão que aplicar o §6º do art. 273 é uma decisão interlocutória que versa sobre parte do mérito, definitiva, fundada em cognição exauriente (juízo de certeza, não de verossimilhança), apta a ficar imune pela coisa julgada material e passível de execução também definitiva”.⁹⁹

DIDIER JR. sustenta que o recurso cabível é o agravo de instrumento.¹⁰⁰

BUENO também afirma que a decisão que concede parcialmente a antecipação de tutela é fundada em cognição exauriente e estaria apta a formar coisa julgada. Entretanto, entende que “em razão de sua natureza jurídica, ela se veste, procedimentalmente, de decisão interlocutória”.¹⁰¹ Isso porque essa decisão não encerra o processo, uma vez que os pedidos

⁹⁸ DIDIER JR., Fredie et al.. Op. cit., p. 527.

⁹⁹ Ibid., p. 530.

¹⁰⁰ DIDIER JR. questiona se o recurso cabível seria agravo retido ou agravo de instrumento. E defende que: “De acordo com a redação dada ao art. 522 pela Lei n. 11.187/2005, contra decisão interlocutória, de primeira instância, em regra, cabe agravo retido. Somente caberá agravo de instrumento quando: *i*) quando se tratar de decisão susceptível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação (art. 522, redação da Lei 11.187/2005); *ii*) nos casos previstos em lei, como nos casos de inadmissão de apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida (art. 522, redação da Lei 11.187/2005), contra decisão que julgar liquidação de sentença (art. 475-H), contra decisão que admitiu petição inicial em ação de improbidade administrativa (Lei 8429/1992); *iii*) há casos, ainda, em que o manejo de agravo retido é inadequado, inapropriado, tal como quando se está diante de decisão interlocutória sobre questões incidentes absolutamente estranhas ao objeto do processo – pois sua decisão não afetará a decisão do futuro objeto do processo –, cuja solução é definitiva, independente de confirmação posterior, como exclusão de litisconsorte, indeferimento parcial da petição inicial, dentre outras situações de incompatibilidade. (...) Contra decisão que resolva parcialmente o mérito da causa cabe agravo de instrumento, porquanto o manejo do agravo retido seja inadequado para a impugnação desta decisão. Isso porque a solução desta parte do mérito é totalmente independente da solução do restante, e sua solução é definitiva e não demanda confirmação posterior.” (Ibid., p. 532.)

¹⁰¹ BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 55.

formulados na inicial não foram integralmente apreciados. Mas em relação à parcela que foi antecipadamente reconhecida, a decisão é, para o referido autor, essencialmente sentença. Assim, explica:

“O ato, embora *substancialmente* sentença – afinal, terá o conteúdo do art. 267¹⁰² ou, pela lógica do dispositivo, mais provavelmente, do art. 269¹⁰³ -, é *formalmente* decisão interlocutória, no sentido de *fazer as vezes*, ter a mesma função processual, de uma decisão interlocutória, porque, não obstante proferido, *não* encerra o processo”.¹⁰⁴

Por essa razão, entende BUENO que o recurso cabível em face da decisão que nega ou que concede a antecipação da tutela fundada no artigo 273, §6º, CPC é o agravo de instrumento.¹⁰⁵

¹⁰² Art. 267 - Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

- I - quando o juiz indeferir a petição inicial;
 - II - quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;
 - III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;
 - IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;
 - V - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada;
 - VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;
 - VII - pela convenção de arbitragem;
 - VIII - quando o autor desistir da ação;
 - IX - quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal;
 - X - quando ocorrer confusão entre autor e réu;
 - XI - nos demais casos prescritos neste Código.
- §1º - O juiz ordenará, nos casos dos n.ºs. II e III, o arquivamento dos autos, declarando a extinção do processo, se a parte, intimada pessoalmente, não suprir a falta em 48 (quarenta e oito) horas.

§2º - No caso do parágrafo anterior, quanto ao n.º II, as partes pagarão proporcionalmente as custas e, quanto ao n.º III, o autor será condenado ao pagamento das despesas e honorários de advogado (Art. 28).

§3º - O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos n.ºs. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

§4º - Depois de decorrido o prazo para a resposta, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação.

¹⁰³ Art. 269 - Haverá resolução de mérito:

- I - quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor;
- II - quando o réu reconhecer a procedência do pedido;
- III - quando as partes transigirem;
- IV - quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição;
- V - quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação.

¹⁰⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 53. (grifos originais)

¹⁰⁵ Dessa forma, afirma: “O recurso adequado para contrastar a decisão, inclusive no que diz respeito à ocorrência da hipótese de incidência do próprio §6º do art. 273, é o agravo de instrumento, e não o recurso de apelação.” (Ibid., p. 53.)

MARINONI entende que se trata de tutela antecipada fundada em “convicção de verdade”,¹⁰⁶ mas sem força para formar coisa julgada. Isto porque, segundo o autor, se o legislador quisesse que a tutela prevista no art. 273, §6º fosse apta a produzir coisa julgada material, não a teria tratado neste artigo, uma vez que no §4º é expressa a possibilidade de revogação ou modificação da medida antecipatória a qualquer tempo. Nesse sentido afirma que “o legislador atribuiu ao julgamento parcial o *status* de tutela antecipatória capaz de ser revogada ou modificada”.¹⁰⁷ Dessa forma, também para MARINONI o recurso cabível é o agravo de instrumento.¹⁰⁸

BEDAQUE entende que se trata de decisão fundada em juízo de verossimilhança, e não em cognição exauriente ou juízo de certeza. Em decorrência disso, sustenta que a decisão é interlocutória e de natureza provisória.¹⁰⁹

¹⁰⁶ MARINONI afirma que “ainda que concedida no curso do processo, tal tutela antecipatória não é fundada em convicção de verossimilhança. Ao requerer não-contestação ou reconhecimento jurídico, a tutela antecipatória se baseia em convicção de verdade”. (MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 358.)

¹⁰⁷ MARINONI, quando publicou a obra “Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença”, afirmou que a tutela antecipada com base no artigo 273, §6º era apta a fazer coisa julgada material pois deveria ser pensada sob a perspectiva do artigo 330, CPC, que prevê o julgamento antecipado da lide. Posteriormente, na obra “Antecipação da tutela”, ele afirma ter mudado seu entendimento e explica “Acontece que o Poder Legislativo, ainda que por razões não merecedoras de elogios, entendeu por bem tratar do julgamento parcial como tutela antecipatória parcial, inserindo a sua previsão no §6º do art. 273 exatamente para subordiná-lo à possibilidade de sua revogação ou modificação, nos termos do §4º do mesmo artigo”. (Ibid., p. 365-366.)

¹⁰⁸ Afirma MARINONI: “A decisão que acatar a não-contestação ou o reconhecimento parcial admite recurso de agravo de instrumento, não obstante a nova redação do art. 522 do CPC (introduzida pela Lei 11.187/2005), que afirma que só caberá agravo de instrumento ‘quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento’. É que essa norma deve ser interpretada como admitindo agravo de instrumento em todos os casos em que a decisão tiver que ser imediatamente impugnada e submetida ao tribunal. Ora, de nada adiantaria admitir a tutela antecipatória de parcela da demanda caso a decisão que a concedeu apenas pudesse ser impugnada mediante agravo retido”. (Ibid., p. 366.)

¹⁰⁹ BEDAQUE afirma que na edição anterior do livro consultado, explicitava entendimento diverso quanto à coerência da lei 10.444/2002, que introduziu o §6º no artigo 273, porque acreditava que a hipótese seria de julgamento antecipado e não de antecipação dos efeitos da tutela. Entretanto, reviu seu entendimento e passou a considerar adequada a referida lei. Nesse sentido, sustenta: “Na edição anterior deste trabalho critiquei a solução legal, por considerá-la tímida. Afirmei que, como a falta de impugnação específica gera consequências semelhantes às da revelia (CPC, art. 302), deveria haver permissão para que, em relação ao pedido incontroverso, houvesse verdadeiro julgamento antecipado, nos moldes do art. 330. Teríamos a hipótese de decisão interlocutória de mérito, perfeitamente compatível com o sistema processual, que define os atos decisórios não pelo conteúdo, mas pelos efeitos gerados no processo (art. 262). Nenhum óbice

A lógica processual determina que incumbe ao autor provar a existência de fatos constitutivos de seu direito e ao réu, provar a existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, para só então o juiz poder decidir quem tem razão. No entanto, quando esses fatos constitutivos não são contestados, no todo ou em parte, ou melhor, não são impugnados de forma precisa, tal como dispõe o artigo 302, CPC, presumem-se verdadeiros.¹¹⁰

Não é a revelia que torna os fatos incontroversos, mas a não-contestação dos fatos torna-os presumidamente verdadeiros. Nesse sentido, afirma MARINONI que “é certo que não se admite que a revelia possa tornar os fatos incontroversos. Isso, porém, não abala a tese de que a ausência de contestação na forma especificada faz com que o fato não-contestado seja presumido verdadeiro”.¹¹¹

BEDAQUE apresenta sugestão mais ousada. Defende que a sentença fundada na revelia deveria ter eficácia imediata, e a apelação não teria o efeito suspensivo. Assim, afirma “parece-me deva o juiz, sempre que aplicar os artigos 319 e 330, II, conceder a antecipação dos efeitos na

existe, portanto, ao julgamento antecipado parcial, o que dotaria a decisão de definitividade, apta ao trânsito em julgado. O processo continuaria seu curso, apenas para exame e julgamento da parte controvertida.

Reconheci, todavia, que a simples antecipação dos efeitos não gera resultado definitivo, pois nada obsta que o juiz, durante a instrução, entenda inexistente o direito, embora incontroversa a afirmação do autor. É claro que a contestação parcial torna altamente provável o acolhimento da pretensão não atacada, mas não está afastada a possibilidade de improcedência do pedido, cujos efeitos foram antecipados por força do §6º.

Melhor refletindo, a alternativa legal parece-me adequada, pois 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.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. cit., p. 362-363.)

¹¹⁰ Nesse sentido é o entendimento de MARINONI que afirma “No direito brasileiro, como se vê, há um princípio que consagra a necessidade de o réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial, ficando dispensados de provas os fatos não contestados, pois são presumidos verdadeiros e considerados incontroversos”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 163.)

¹¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 9ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 358.

própria sentença, dotando-a de eficácia imediata, independentemente de eventual apelação”.¹¹²

O reconhecimento total do pedido enseja o julgamento antecipado da lide, nos termos do artigo 330, CPC, havendo extinção do processo com julgamento do mérito.

O que o legislador pretendeu com a inclusão do §6º no artigo 273 foi evitar que o autor se visse obrigado a aguardar toda a duração do processo de conhecimento para usufruir de um direito que já foi provado incontroverso. Isso vai de encontro com o que preza o princípio da efetividade. E é por isso que a legislação admite que, em vista de fatos incontroversos, o juiz possa antecipar a tutela.

¹¹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. cit., p. 363.

4. Antecedentes históricos da tutela de evidência

A tutela de evidência guarda sua origem no instituto da tutela antecipada. Antes mesmo de receber esse nome pelo projeto do novo código, já se conhecia a tutela da evidência nos artigos referentes à tutela antecipada (tratadas no capítulo 3) e em procedimentos especiais específicos. Entretanto, pelas limitações que a legislação impunha à antecipação da tutela no Projeto do novo Código de Processo Civil, o instituto foi aperfeiçoado e foram ampliadas as hipóteses de cabimento de forma a abranger todos os direitos tidos por evidentes, o que gerou nomenclatura e procedimento próprios.

Assim, para que se possa conhecer os antecedentes históricos da tutela de evidência, deve-se percorrer a própria história da tutela antecipada. Além disso, é fundamental a compreensão do conceito de direito evidente, que se consagrou com o nascimento da tutela da evidência.

4.1. Direito evidente

Por direito evidente entende-se aquele que é notório, inconteste, inegável, inatacável. É também o direito já provado em outra lide, aquele disposto a impedir a atuação ilegal da parte adversa, o direito presumido absolutamente (*juris et de jure*¹¹³), aqueles decorrentes de fatos incontrovertidos, de decadência ou prescrição, os que não permitem contestação. Vale ressaltar que o direito relativamente presumido (*juris tantum*¹¹⁴) só induz à evidência quando não advier prova em contrário.

¹¹³ O conceito de *praesumptiones juris et de jure* é bem explicado por DINAMARCO, que afirma “as presunções absolutas (*juris et de jure*) têm tanta força – mandando que se aceite o fato presumido e desconsiderando qualquer prova contrária – que na realidade elas não são institutos de direito probatório mas expedientes com os quais o legislador constrói certas *ficções* e nelas se apóia para impor as consequências jurídicas que entende convenientes.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 116.)

¹¹⁴ O conceito de *praesumptiones juris tantum* pode ser compreendido a partir da lição de DINAMARCO, *in verbis*: “São presunções relativas aquelas que, dispensando embora a prova do

FUX conceitua o direito evidente, *in verbis*:

“sob o ângulo civil, o direito evidente é aquele que se projeta no âmbito do sujeito de direito que postula. Sob o prisma processual, é evidente o direito cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria. (...) 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 ou em provas produzidas antecipadamente, bem como o direito dependente de questão prejudicial, direito calcado em fatos sobre os quais incide presunção *juris et de jure* de existência e em direito decorrentes da consumação da decadência ou da prescrição”.¹¹⁵

4.2. Antecedentes históricos da tutela antecipada

Os procedimentos de satisfação imediata têm como origem os interditos romanos da época clássica. Estes eram aplicados em casos específicos, que a evidência do direito permitia a expedição de ordens definitivas, em que não se exigia mais explicações de nenhuma parte. Os interditos eram a forma de se prover a tutela de urgência, a partir da cognição sumária do juiz e sem a oitiva da parte adversa. Ressalte-se que era previsto o pagamento de perdas e danos caso fosse comprovado posteriormente que a parte não fazia jus ao direito tutelado.¹¹⁶

MAGADAN afirma que os interditos eram emitidos pelo pretor¹¹⁷, que interpunha-se entre as partes como autoridade, lhes ditando “um

fato relevante para o julgamento (*factum probandum*), podem ser desfeitas pela chamada *prova em contrário* – daí serem chamadas presunções *juris tantum* e não *juris et de jure*. Como toda presunção, elas partem de um fato conhecido (fato base, indício) e, porque ordinariamente o fato relevante para a causa costuma acontecer sempre que aquele aconteça, o legislador ou o juiz facilita a prova do fato relevante ao mandar que se presuma e, conseqüentemente, dispensa-o de prova (CPC, art 334, inc. IV).” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 119.)

¹¹⁵ FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência*: fundamentos da tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 311-313.

¹¹⁶ Id., A tutela dos direitos evidentes. Brasília: *Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, ano 2, número 16, abr. 2000. Disponível em <<http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/handle/2011/894>>. Acesso em 02 set. 2013. p. 18-19

¹¹⁷ MAGADAN sustenta que o pretor detinha o poder de jurisdição, ou seja, de apreciar e decidir as controvérsias. Nesse sentido, afirma: “Com a criação da figura do pretor, portanto, a fase *in iure* do procedimento das *legis actiones* era desenvolvida perante este magistrado, que, como detentor da *iurisdictio*, estava incumbido de organizar e fixar os termos da controvérsia. Na sequência, o processo prosseguia perante o *iudex* que tomava conhecimento da controvérsia e a decidia de

mandado sobre o qual poderá ou não se desenvolver um procedimento de caráter judicial”.¹¹⁸

O procedimento se dava da seguinte forma: a parte levava ao conhecimento do pretor que um direito seu estava sendo ameaçado. Com a análise das provas apresentadas, o pretor reconhecia ou não a existência deste direito e emitia uma ordem, um mandado a ser cumprido pela parte adversa. A cognição era sumária; restrita a verificar o preenchimento dos requisitos para a concessão da ordem.

MAGADAN afirma que a doutrina tem dúvida quanto ao caráter condicionado do mandado. Isto porque, em caso de descumprimento do mandado, a parte poderia instaurar um “processo ordinário, ou seja, com cognição prévia e posterior decisão, na qual o juiz apuraria a existência, ou não, das condições da emissão da ordem, denominado *actio ex interdicto*”.¹¹⁹ A *actio ex interdicto* só era proposta se o mandado não fosse cumprido pela parte. O cumprimento do mandado encerrava a questão.¹²⁰ Por essa razão, afirma MAGADAN que esse procedimento se assemelha à tutela antecipada vigente “em face da satisfatividade da medida interdital, haja vista que, uma vez cumprida, dispensava processo posterior”.¹²¹ Entretanto, a medida antecipatória prevista na atual legislação brasileira, não encerra o processo. A decisão que a concede ou nega é de natureza interlocutória e não tem força de coisa julgada. Concedida ou não a tutela antecipada, o processo deverá continuar até julgamento final, por expressa

acordo com as diretrizes fixadas pelo pretor. Isso porque havia um momento em que a lide restava certa e determinada entre as partes, e o pretor determinava as condições sob as quais deveria se desenvolver o processo perante o *iudex*, momento em que se produzia a *litiscontestatio*. (...) O pretor, em decorrência do *imperium*, poderia criar procedimentos novos, além dos das *legis actiones*. Todo o ano publicava um edito com as medidas que iria conceder. Paralelamente, o processo deixava de ser exclusivamente oral para conter uma importante parte escrita: a fórmula, que encerrava o pleito do autor, a defesa do réu e determinava os elementos sobre os quais deveria se fundar o juízo”. (MAGADAN, Yuri Grossi. Op. cit., p. 20-23.)

¹¹⁸ Ibid., p. 27-28.

¹¹⁹ Ibid., p. 29.

¹²⁰ Ibid., p. 29.

¹²¹ Ibid., p. 33.

previsão legal. Já os interditos tinham o poder de encerrar a questão de forma definitiva, ainda que fosse emitido com base em cognição sumária.¹²² Entretanto, não tinham força de coisa julgada, uma vez que a controvérsia poderia ser discutida em ação ordinária (as *actio ex interdicto*).

Em resumo, MAGADAN afirma que os interditos eram medidas “satisfativas, provisórias e de cognição sumária, antecipando a pretensão daquele que se afirmava titular de um direito, possuindo, portanto, um nítido caráter antecipatório ou cautelar”.¹²³

BEDAQUE sustenta que a tutela antecipada se assemelha aos interditos romanos, pois permitem a satisfação do direito no início do processo. Além disso, defende que ambas são fundadas em juízo de verossimilhança e têm como requisito o perigo de dano. Entretanto, as técnicas utilizadas são diferentes. Os interditos podiam permitir a satisfação definitiva do direito e a tutela antecipada tem caráter provisório e não encerra o processo.¹²⁴

¹²² Conclui-se dessa forma a partir das lições de MAGADAN, que afirma: “A autonomia dos juízos petitório e possessório demonstra que seria equivocado atribuir aos interditos possessórios um caráter preparatório. O interdito decidia a controvérsia ainda que com base numa cognição sumária dos fatos.” (MAGADAN, Yuri Grossi. Op. cit., p. 34.) Em outra passagem, sustenta que “a decisão do interdito é definitiva no sentido estritamente processual, pois o julgador decide a questão trazida dentro dos seus respectivos limites. O fato de uma eventual decisão posterior decidir a mesma questão de forma diversa é indiferente, pois, senão, estaríamos negando a própria existência do interdito e, mesmo nas ações modernas, a existência das ações possessórias.” (Ibid., p. 37.)

¹²³ Ibid., p. 25.

¹²⁴ Nesse sentido, afirma BEDAQUE: “A tutela antecipada, regulada pelo art. 273 do Código de Processo Civil de 1973, com a nova redação dada pela Lei 8.952, de 13.12.94, guarda certa semelhança com os interditos romanos, pois torna possível a satisfação do direito do autor logo no início do processo. Também a verossimilhança e o perigo de dano constituem elementos comuns a ambas.

Mas as técnicas são substancialmente diversas, pois, enquanto o interdito podia implicar a satisfação definitiva da pretensão material, o que ocorria principalmente nos interditos incondicionados, a tutela antecipada tem evidente caráter cautelar, pois pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo e depende sempre da sentença final, que representa solução definitiva da controvérsia.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. cit., p. 33.)

Afirma BEDAQUE que “a cognição sumária e a antecipação dos efeitos materiais da tutela eram técnicas conhecidas, pois, já no direito romano antigo”.¹²⁵

O antigo direito europeu também previa a tutela imediata de direitos evidentes, mais precisamente em países como Itália, Espanha, França e Alemanha, observados a partir do século XIII. Dessa forma, nas palavras de BEDAQUE:

“Por desconhecimento desse fenômeno, existente no direito romano antigo, e ante a necessidade de soluções rápidas, verificou-se, no direito canônico principalmente, a ampliação da idéia de posse para os direitos pessoais, o que não condiz com a concepção romana deste instituto. Com base nessa idéia, foi possível aplicar, de forma genérica, o mecanismo sumário dos interditos da época clássica, em que eram suprimidas formalidades do processo comum, para atender a casos de urgência. Isso ocorreu em vários países a partir do século XIII, como Itália, Espanha, França e Alemanha”.¹²⁶

Na Alemanha, sustenta BEDAQUE, que as medidas urgentes eram chamadas *inhibitiones* e “se iniciavam com uma ordem judicial liminar para a tutela do interesse reclamado (*mandatum*) e já apresentavam as primeiras noções a respeito de *periculum in mora* e *fumus boni iuris*”.¹²⁷

FUX afirma que a sistemática da tutela dos direitos evidentes é encontrada na Europa, permitindo inclusive a autotutela da posse. Como exemplo cita a legislação suíça, precisamente o artigo 84 do Código Civil do Cantão de Zurich de 1887, que dispunha: “as mencionadas ações possessórias para proteger ou recuperar a posse devem ser intentadas nos seis meses a partir da turbação ou da evicção e são geralmente julgadas segundo as regras do processo de injunção”.¹²⁸ Posteriormente, de forma ainda mais clara, o artigo 926 do Código Civil suíço de dezembro de 1907,

¹²⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. cit., p. 30.

¹²⁶ Ibid., p. 30.

¹²⁷ Ibid., p. 30.

¹²⁸ FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência: fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 325.

previa “o possuidor tem o direito de repelir pela força todo o ato de usurpação ou de turbação”.¹²⁹

De acordo com FUX, verifica-se a mesma sistemática de defesa dos direitos evidentes no Código Prussiano, revogado desde 1900, que previa no § 142: “Pode repelir a violência pela violência, quando a assistência do Estado se produzir mui tardia para prevenir uma perda irreparável”.¹³⁰

Por fim, o referido autor afirma que “França, Itália, Alemanha, Chile, Argentina, Bolívia e Peru adotam também o processo sumário para a tutela urgente”.¹³¹

Pode-se apontar na legislação brasileira o começo do processo de sumarização do direito, principalmente no CPC de 1939. Foi neste Código que se atribuiu ao juiz o poder geral de cautela, precisamente no artigo 675, que dispunha:

“Art. 675 - Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes:

I – Quando do estado de fato da lide surgirem receios de rixa ou violência entre os litigantes;

II – Quando, antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões de difícil e incerta reparação, ao direito de uma das partes;

III – Quando, no processo, a uma das partes for impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa.”¹³²

O abuso do direito de defesa, um dos requisitos para a concessão de tutela antecipada, foi definido no mesmo Código de 1939, em seu artigo 3º, que dispunha “responderá por perdas e danos a parte que intentar demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro”. O parágrafo único do referido artigo completava o conceito: “o abuso de direito

¹²⁹ FUX, Luiz. Op. cit., p. 325.

¹³⁰ Ibid., p. 326.

¹³¹ FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. *Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, ano 2, número 16, abr. 2000. Disponível em <<http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/handle/2011/894>>. Acesso em 02 set. 2013. p. 20.

¹³² BRASIL. Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em 16 out. 2013.

verificar-se-á, por igual, no exercício dos meios de defesa, quando o réu opuser, maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo”.¹³³

Este era complementado pelo artigo 63 do mesmo Código de 1939, *in verbis*:

“Art. 63. Sem prejuízo do disposto no art. 3º, a parte vencida, que tiver alterado, intencionalmente, a verdade, ou se houver conduzido de modo temerário no curso da lide, provocando incidentes manifestamente infundados, será condenada a reembolsar à vencedora as custas do processo e os honorários do advogado.

§1º Quando, não obstante vencedora, a parte se tiver conduzido de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo, o juiz deverá condená-la a pagar à parte contrária as despesas a que houver dado causa.

§2º Quando a parte, vencedora ou vencida, tiver procedido com dolo, fraude, violência ou simulação, será condenada a pagar o décuplo das custas.

§3º Si a temeridade ou malícia for imputável ao procurador o juiz levará o caso ao conhecimento do Conselho local da Ordem dos Advogados do Brasil, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior.”¹³⁴

4.3. Direito comparado: breves considerações

O direito brasileiro sempre sofreu influências de direitos alienígenas. A legislação vigente e a que possivelmente vigorará em breve possuem pontos convergentes com a legislação italiana e a francesa. A tutela da evidência tal como prevista no Projeto do Novo Código de Processo Civil certamente sofreu influências de outros ordenamentos jurídicos, o que se pode concluir a partir da análise de alguns institutos de direito, senão vejamos.

MAGADAN sustenta que o artigo 798 do CPC teve como base o artigo 700 do CPC italiano de 1940, que previa os chamados *provvedimenti d’urgenza*.¹³⁵ Estes, no entanto, possuem natureza cautelar e caráter

¹³³ MAGADAN, Yuri Grossi. Op. cit., p. 103.

¹³⁴ BRASIL. Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em 16 out. 2013.

¹³⁵ Este também o entendimento de MARINONI que afirma: “A norma do art. 700, como se sabe, é semelhante à norma do nosso art. 798; tal norma, portanto, diria respeito em princípio apenas à tutela cautelar. Contudo, na Itália, à semelhança do que aconteceu no Brasil antes da reforma de

subsidiário. Mas foi a partir deles, tanto na Itália quanto no Brasil, “depois de transcorrido mais de meio século de uso e de desenvolvimento doutrinário”, que surgiu o conceito de tutela antecipada. Nas palavras de MAGADAN, “assim, tanto na Itália como no Brasil, a tutela antecipada surge como uma expressão da tutela cautelar”.¹³⁶

MARINONI afirma que a tutela antecipada fundada no artigo 273, §6º, CPC, equipara-se a *provvisionale* do direito italiano. Explica que a *provvisionale* é prevista no art. 278, segunda parte, do Código de Processo Civil italiano, e permite que o devedor seja condenado ao pagamento imediato da quantia que já foi provada no caso de condenação genérica. Esclarece ainda que a *provvisionale*, no direito italiano tem força para produzir coisa julgada material, por ser decidida a partir da cognição exauriente sobre a parcela do pedido que está sendo condenado o réu. Tem natureza de sentença parcial de mérito (*sentenza parziale di merito*). Dessa forma, explica:

“O órgão julgador italiano, quando concede a *provvisionale*, parte da certeza – de uma convicção de verdade – sobre o *an debeat*, concedendo a tutela (a *provvisionale*) nos limites da quantia que já está provada. Há, assim, cognição exauriente sobre o *an debeat* e sobre a quantia objeto da provisional, muito embora a condenação seja parcial, ou seja, de parcela da quantia reivindicada pelo autor.”¹³⁷

Defende, o referido autor, que a tutela antecipada do artigo 273, I, CPC se assemelha à “tutela do art. 24 da Lei 990, de 24.12.69” do direito italiano. Prevê tal dispositivo que a vítima de acidentes de veículos pode requerer a “antecipação de até quatro quintos da soma postulada” se estiver “em estado de necessidade e com base na probabilidade do seu direito”.¹³⁸

1994, também ocorreu uma expansão da tutela de urgência a partir da tutela cautelar. Assim, a norma (do art. 700) que, em princípio, apenas admitiria a tutela cautelar, passou a albergar também a tutela antecipatória, permitindo à doutrina discutir a viabilidade da antecipação da tutela nas ações declaratória e constitutiva”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 9ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 57.)

¹³⁶ MAGADAN, Yuri Grossi. Op. cit., p. 50-51.

¹³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 364. (grifos originais)

¹³⁸ Ibid., p. 288.

O direito francês prevê a concessão de tutela antecipada baseada em direitos evidentes, especificamente nos casos em que a contestação apresentada não for séria – ou seja, em que ficar caracterizado o abuso do direito de defesa. Ressalte-se que nesta hipótese, a urgência não é requisito para a concessão. MAGADAN afirma que a antecipação de tutela por abuso no direito de defesa é similar ao *référé provision*, disciplinado no art. 809 do Código de Processo Civil francês, que fora introduzido na legislação em 1973, pela qual a antecipação é permitida quando “*l’obligation ne soit pas sérieusement contestable* (a obrigação não é seriamente contestável)”.¹³⁹

MAGADAN sustenta que o referido instituto francês “não requer o requisito da urgência e o juiz não pode exigir uma incontestabilidade absoluta. O *référé* é uma forma de tutela dos assim chamados direitos evidentes”.¹⁴⁰

Na legislação brasileira vigente, não há um dispositivo que autorize ao juiz a antecipação da tutela baseado apenas na falta de seriedade da contestação.

No entanto, no Projeto do novo Código de Processo Civil, afirma BODART ter o legislador previsto um instituto similar, precisamente “a tutela da evidência do artigo 285, III, concedida em procedimento autônomo: o *référé* à brasileira”.¹⁴¹

Aduz, o referido autor, que o *référé provision* “trata-se de uma tutela baseada na evidência do direito que fundamenta a demanda, pela sua manifesta incontestabilidade”.¹⁴²

¹³⁹ MAGADAN, Yuri Grossi. Op. cit., p. 95-96.

¹⁴⁰ Ibid., p. 96.

¹⁴¹ BODART, Bruno Vinícius da Rós. Simplificação e adaptabilidade no anteprojeto do novo CPC brasileiro. In: FUX, Luiz. (Coord.). *O novo processo civil brasileiro* (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 83.

¹⁴² Ibid. p. 84.

THEODORO JR. sustenta que “a tutela concedida no âmbito do procedimento do *référé* é provisória, no sentido de que não faz coisa julgada, mas é dotada de ampla exequoriedade e eficácia para resolver a crise de direito material”.¹⁴³ Daí observa-se a semelhança do *référé* com a tutela antecipada do prevista no artigo 273, CPC. Entretanto, atualmente se diferenciam no procedimento.

No direito francês, afirma BODART, que o *référé* pode ser executado provisoriamente, desde que seja constituída garantia.¹⁴⁴ Entretanto, a decisão é provisória e não possui força de coisa julgada, “pois o juízo do *référé* somente detém competência para emanar imediatamente as medidas necessárias, e não para pronunciar-se sobre o pedido principal”. A decisão pode ser modificada ou revogada com a mudança das circunstâncias que a autorizaram, mas se não for “alegada a superveniência de novos fatos, a *ordonnance de référé* adquire certa estabilidade”.¹⁴⁵

Entretanto, no modelo francês, não há qualquer menção à obrigatoriedade de instauração do juízo de mérito do pedido principal, o que significa que o provimento “não perde eficácia pela não instauração do juízo de mérito”.¹⁴⁶

BODART entende que provimento semelhante ao *référé* é previsto no Projeto do novo Código de Processo Civil, especificamente no artigo 285, III, quando requerido em procedimento autônomo.

O *référé* segue o modelo dos provimentos decisórios sem acerto. BODART sustenta que nesse modelo, “a nota característica é

¹⁴³ THEODORO JR., Humberto; ANDRADE, Érico. A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC. *Revista de Processo*. Publicação oficial do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ano 37, vol. 206, p. 13 – 59, abril/2012.

¹⁴⁴ BODART, Bruno Vinícius da Rós. Op. cit., p. 84.

¹⁴⁵ Ibid., p. 85.

¹⁴⁶ Ibid., p. 85.

a vontade do autor de renunciar à estabilidade da função jurisdicional, obtendo em contrapartida a prolação de uma decisão que tutele seus interesses de forma mais célere”.¹⁴⁷ A decisão é provisória. Entretanto, se torna definitiva se não for impugnada.

BODART defende que é também nesse mecanismo que se baseia a *ordinanza provvisoria di convalida di sfratto* (decisão provisória de ratificação de despejo), previsto no artigo 665 do Código de Processo Civil italiano. Afirma o autor:

“Prevê o dispositivo que se o réu comparece e opõe exceções não fundadas em prova escrita, o juiz, a requerimento do locador, se não existirem graves motivos em contrário, deve pronunciar decisão não impugnável concessiva do despejo, imediatamente executável, com reserva das exceções do demandado”.¹⁴⁸

BODART afirma que a sistemática do artigo 285, III, Projeto, é a da condenação com reserva de exceções¹⁴⁹ que, segundo MAGADAN, foi criada na legislação italiana (*ordinanza di condanna com riserva*) e permite que o juiz emita “uma ordem de condenação quando o réu não contesta os fatos constitutivos do direito do autor, ou quando a exceção é aparentemente infundada”. Explica ainda:

¹⁴⁷ BODART, Bruno Vinícius da Rós. Op. cit., p. 83.

¹⁴⁸ Ibid., p. 82-83.

¹⁴⁹ Define a condenação com reservas de exceções, ARAÚJO, da seguinte forma: “A condenação com reserva de exceções, também chamada de condenação ressalvada, constitui-se um julgamento provisório, de eficácia executiva, deferido após a resposta do réu, quando o juiz observa que será provável o acolhimento da pretensão autoral e considera improváveis os argumentos da defesa. Forma-se a partir de uma cognição sumária, sem profundidade probatória total, diante, somente, das alegações das partes e das provas documentais. Em respeito ao contraditório, o processo segue, após o provimento provisório, para dar a oportunidade ao réu de provar as suas defesas, diretas ou indiretas, alegadas em contestação. A técnica pode estar inserida em um procedimento especial de cognição, autônomo, ou no procedimento ordinário.

Não se está diante de um provimento cautelar, de urgência, do *periculum in mora*, mas sumário não cautelar baseado somente no *fumus boni juris*, na verossimilhança das alegações do autor e na insubsistência da defesa do réu, podendo-se qualificá-lo como tutela de evidência. A quebra do dogma medieval e iluminista da obrigatória anterioridade da cognição plena para o consequente provimento executivo, já, antes, propiciada pelos provimentos cautelares conservativos e satisfativos, aqui é possível através simplesmente do *fumus*, como forma de respeito ao princípio da efetividade e da duração razoável do processo, sem violar o direito do réu ao contraditório, que resta em parte para momento posterior”. (ARAÚJO, José Aurélio de. A condenação com reserva de exceções como técnica de sumarização da tutela cognitiva. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, ano 4, volume VI, p. 392-426, jul./dez. 2010. Disponível em <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em 10 out. 2013.)

“A condenação com reserva consiste num título executivo, cuja eficácia fica subordinada à prestação de caução, e é sujeita à disciplina das ordens revogáveis, possibilitando ao juiz ‘condenar’ o réu a cumprir com a obrigação contratada antes mesmo de apreciar sua defesa se, no contrato, existir cláusula que subordine o direito de levantar exceções processuais ao cumprimento prévio das obrigações, sendo, por isto, denominada ‘condenação com reserva’”.¹⁵⁰

Cabe ressaltar que a condenação com reservas italiana tem aplicação restrita às hipóteses previstas em lei. Não se trata de um instituto genérico.¹⁵¹

¹⁵⁰ MAGADAN, Yuri Grossi. Op. cit., p. 109.

¹⁵¹ MAGADAN afirma que “todavia, nem na Itália a condenação com reserva é aceita de forma genérica, pois a previsão legal apresenta situações típicas nas quais ela pode ocorrer, que se encontram arroladas nos arts. 1462 do CC italiano e 35, 36, 665, 648, 624 e 649 do CPC italiano de 1940.” (Ibid., p. 110.)

5. Direito em expectativa: Da tutela da evidência no projeto do novo Código de Processo Civil

Com a Emenda Constitucional 45, em 2004, o artigo 5º, LXXVIII, passou a assegurar “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. É inegável que o Poder Judiciário não vem atuando de forma célere por conta de suas limitações – são muitos processos para poucos juízes – e, principalmente, em razão de leis processuais que permitem postergar a satisfação do direito. O Projeto do Novo Código de Processo Civil pretende minimizar esse problema, criando meios de garantir a efetividade e a celeridade dos processos.¹⁵²

Já há muito que os operadores do direito e os doutrinadores apontavam a necessidade de modernização do processo. CARNEIRO, em obra de 1999, afirmava que é imperativo “num processo civil que aspira à modernidade e eficiência, que os procedimentos se tornem menos complexos na medida em que aumente o grau de evidência das pretensões de direito material”.¹⁵³

A tutela da evidência, da forma que se apresenta no referido projeto, tem a função de permitir ao julgador que, em vista de um direito evidente, conceda a tutela antecipadamente. Ora, se um direito se mostra tão claro e certo aos olhos do julgador *prima facie*, não há razão para exigir que percorra todo o caminho probatório a fim de confirmar a existência deste direito. Deve-se destacar que o requisito da urgência foi eliminado pelo

¹⁵² Na exposição de Motivos do Projeto do Novo Código de Processo Civil, a comissão assim resumiu o trabalho: “Em suma, para a elaboração do Novo CPC, identificaram-se os avanços incorporados ao sistema processual preexistente, que deveriam ser conservados. Estes foram organizados e se deram alguns passos à frente, para deixar expressa a adequação das novas regras à Constituição Federal da República, com um sistema mais coeso, mais ágil e capaz de gerar um processo civil mais célere e mais justo”. (BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. p. 33. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em 02 set. 2013.)

¹⁵³ CARNEIRO, Athos Gusmão. Op. cit., p. 8.

legislador, bastando que o direito se mostre evidente *prima facie*, sem que se requeira o risco de dano pela demora (*periculum in mora*).

As tutelas urgentes ganharam dispositivos próprios no Projeto, precisamente nos artigos 283 e 284.¹⁵⁴

No capítulo 3 foi abordada a tutela da evidência no direito vigente, onde ficou demonstrado que há doutrinadores que afirmam a sua previsão no artigo 273, II, CPC e outros, no artigo 273, §6º, CPC. Isto porque, em ambos os casos, não se requer a urgência para a concessão da medida antecipatória. Fato é que, no projeto do novo Código ambos foram expressamente integrados ao artigo 285, que trata da tutela da evidência.

Para melhor análise das peculiaridades do referido instituto, cumpre transcrever o artigo 285, *in verbis*:

Da tutela da evidência

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

I – ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido;

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

III – a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; ou

IV – a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante.

Parágrafo único. Independente igualmente de prévia comprovação de risco de dano a ordem liminar, sob cominação de multa diária, de entrega do objeto custodiado, sempre que o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do depósito legal ou convencional.

¹⁵⁴ Art. 283. Para a concessão de tutela de urgência, serão exigidos elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

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

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

Destaca-se que o inciso I é a transcrição quase idêntica do artigo 273, II, CPC, alterando apenas a expressão “requerido” em vez de “réu”. O inciso II é bastante semelhante ao artigo 273, §6º, CPC, com uma diferença de suma importância: neste caso, a solução será definitiva. Com a previsão dos incisos III e IV, o legislador pretendeu ampliar as hipóteses de cabimento da antecipação de tutela com base na evidência.

BODART sustenta que o Projeto traz a possibilidade de tutela da evidência em sede recursal, precisamente no artigo 908¹⁵⁵, §1º, ao prever que “o relator poderá suspender a eficácia da sentença se for provável o futuro provimento do recurso, independentemente da existência de urgência”.¹⁵⁶

A seguir, serão analisados os referidos dispositivos separadamente.

5.1. Artigo 285, I, Projeto de Lei 8.046/2010

Como cediço, o inciso I tem redação quase idêntica à do art. 273, II, CPC e grande parte da doutrina¹⁵⁷ entende que a hipótese do referido artigo é a de tutela da evidência, uma vez que não exige, para sua concessão, o *periculum in mora* nem o risco do dano.

¹⁵⁵ Art. 908. Os recursos, salvo disposição legal em sentido diverso, não impedem a eficácia da decisão.

§ 1º A eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se demonstrada probabilidade de provimento do recurso.

§ 2º O pedido de efeito suspensivo durante o processamento do recurso em primeiro grau será dirigido ao tribunal, em petição autônoma, que terá prioridade na distribuição e tornará prevento o relator.

¹⁵⁶ BODART, Bruno Vinícius da Rós. Op. cit., p. 80.

¹⁵⁷ cf. DIDIER JR., Fredie et al.. Op. cit., p. 500; CARNEIRO, Athos Gusmão. Op. cit., p. 33-34; FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. *Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, ano 2, número 16, abr. 2000. Disponível em <<http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/handle/2011/894>>. Acesso em 02 set. 2013. p. 15; MAGADAN, Yuri Grossi. Op. cit., p. 93; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. cit., p. 364-365.

Tem caráter sancionador porque pretende impedir que o abuso de direito ou o manifesto propósito protelatório da parte ré cause prejuízo ao autor, que já teria demonstrado *prima facie*, a plausibilidade de seu direito.

Cumprido destacar que é vedado ao magistrado concedê-la *ex officio*.

5.2. Artigo 285, II, Projeto de Lei 8.046/2010

O inciso II apresenta redação semelhante à do artigo 273, §6º, CPC. Alguns autores afirmam que este dispositivo não teria natureza de tutela antecipada porque a cognição não seria sumária, e sim, exauriente, caso em que se daria a resolução parcial do mérito.¹⁵⁸ Com o novo texto, aliado à expressão “caso em que a decisão será definitiva”, resta claro que tal decisão será baseada em cognição exauriente, ou seja, o juiz já terá analisado as provas apresentadas e firmado sua convicção, não sendo necessário o prosseguimento do processo.

Este é o entendimento de BODART, que afirma que a decisão que autoriza a concessão de tutela com base no inciso II do artigo 285 é fundada em cognição exauriente, uma vez que o magistrado já possui todo o conhecimento que precisaria para decidir. E sustenta que “autoriza-se ao julgador conceder a tutela desde logo, porque a continuação do processo não seria capaz de trazer ao magistrado nenhum elemento adicional a influir no julgamento daquela questão”.¹⁵⁹

Entretanto, MARINONI afirma que a hipótese do artigo 285, II, Projeto, não foi corretamente inserida nesse dispositivo, porque, para ele, ao contrário dos demais incisos, há cognição exauriente do objeto, razão pela

¹⁵⁸ Nesse sentido é a opinião de DIDIER JR., exposto no capítulo 3, ao qual se remete o leitor.

¹⁵⁹ BODART, Bruno Vinícius da Rós. Op. cit., p. 81.

qual propõe que seja inserido no artigo 353, Projeto, que trata do julgamento antecipado. Nesse sentido, defende:

“No art. 285 do Projeto disciplinam-se tutelas de cognição sumária e de cognição exauriente. Constituem hipóteses de tutelas fundadas em cognição sumária aquelas indicadas nos incisos I, III e IV; hipótese de tutela fundada em cognição exauriente, a do inciso II. A expressão ‘tutela da evidência’ foi utilizada, portanto, em sentido atécnico.

Como a hipótese do art. 285, II, constitui tutela fundada em cognição exauriente, o ideal é que a sua disciplina se dê no art. 353, Projeto, que trata do julgamento imediato do pedido.

Proposta: Supressão do inciso II do art. 285. Inserção da regra como inciso do art. 353.”¹⁶⁰

Particularmente, entendo que a inclusão do inciso II no artigo 285, Projeto teve o mesmo propósito. Ao dispor a hipótese do referido dispositivo como tutela da evidência, o legislador, apesar de prever que tal decisão será definitiva, impõe a este dispositivo a observância dos demais artigos que regulam a tutela da evidência. Assim, ainda que preveja que a decisão baseada no inciso II do artigo 285 será definitiva, esta não terá força de coisa julgada porque dispõe o artigo 293, Projeto, que “a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revogar, proferida em ação ajuizada por uma das partes”.

Não se confunde a hipótese do artigo 285, II, com o julgamento antecipado da lide – que foi mantido pela Comissão, precisamente no artigo 353.¹⁶¹ Isto porque as decisões que concederem a tutela de evidência não farão coisa julgada, por expressa previsão do artigo 293.¹⁶² Entretanto, as

¹⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 108.

¹⁶¹ Art. 353. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença com resolução de mérito:

I – quando a questão de mérito for unicamente de direito ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

II – quando ocorrer a revelia e incidirem seus efeitos.

¹⁶² Art. 293. A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revogar, proferida em ação ajuizada por uma das partes.

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

decisões só perderão a estabilidade se outra assim definir, exarada em ação própria, promovida por uma das partes.

Vê-se, portanto, que há diferenças na efetivação da tutela, o que torna distinguíveis os institutos da tutela da evidência prevista no artigo 285, II e o julgamento antecipado da lide, na forma do artigo 353 do Projeto.

Dessa forma, com a devida *venia*, entendo ser incabível a inserção do artigo 285, II, como regra do artigo 353, Projeto, uma vez que o julgamento antecipado da lide, nos termos do referido dispositivo, tem aptidão a produzir coisa julgada.

Além disso, a decisão pela procedência da tutela da evidência com base no artigo 285, II, poderá ser objeto de ação proposta por qualquer das partes para “discutir o direito que tenha sido acautelado ou cujos efeitos tenham sido antecipados”, conforme artigo 289, §3º, Projeto. Terá, ainda, que ser observado o procedimento que sucede a concessão da tutela, disposto nos artigos 286 a 296, Projeto.

MARINONI sustenta, no entanto, que o artigo 285, II, por ser caso de cognição exauriente, deveria estar previsto no artigo 353 do Projeto.¹⁶³

Cabe lembrar que este mesmo autor, quando da edição da lei 10.444/2002, que introduziu o §6º no artigo 273, CPC, que previa a concessão da tutela antecipada quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso, inicialmente defendeu que tal dispositivo tratava de julgamento antecipado da lide e, portanto, seria apto a formar coisa julgada. Posteriormente, MARINONI reviu sua posição, e afirmou que a introdução do §6º no artigo 273, CPC foi intencional, porque

¹⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 109.

quis o legislador prever a possibilidade de “julgamento antecipado” que pudesse ser revogado ou modificado a qualquer tempo, tal como as demais hipóteses de tutela antecipada, em obediência ao artigo 273, §4º, CPC.

5.3. Artigo 285, III, Projeto de Lei 8.046/2010

O inciso III prevê a concessão liminar da tutela quando, na peça inaugural, o autor demonstrar através de prova documental “irrefutável” a procedência do seu direito e o réu não apresentar “prova inequívoca” em sentido contrário. Não resta dúvidas que, neste caso, é imprescindível a resposta do réu, onde se poderá avaliar se há prova inequívoca contrária às alegações do autor.

Essa prova, afirma BODART, apesar do silêncio do texto, também deverá ser documental caso contrário não terá como atingir a sua função primeira que é a de garantir a celeridade.¹⁶⁴

Apesar de depender da resposta do réu, não se poderia considerar que a decisão fundada na hipótese deste inciso é obtida pela cognição exauriente – trata-se ainda de cognição sumária. No caso, o magistrado não terá exaurido o processo de conhecimento, mas após a resposta do réu, já teria informações suficientes para formar seu primeiro entendimento. Essa decisão, no entanto, não terá força de coisa julgada, exatamente por ter sido fundada em cognição sumária.

Nesse sentido, MARINONI afirma:

“para que a hipótese do inciso III do art. 285 tenha sentido dentro do sistema, ela só pode ser compreendida como hipótese de tutela de cognição sumária em que há prova inequívoca do direito do autor, mas ainda não suficiente para um julgamento de procedência sem indevida compreensão do direito de defesa do réu”.¹⁶⁵

¹⁶⁴ BODART, Bruno Vinícius da Rós. Op. cit., p. 81.

¹⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 109.

Assim, a defesa do requerido servirá para apresentar prova contundente de fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito alegado pelo autor. Caso não a apresente, o juiz deferirá a tutela antecipadamente. Esta decisão será provisória – já que fundada em cognição sumária -, uma vez que o magistrado, após efetivamente exaurir o processo de conhecimento, proferirá sentença definitiva, confirmando ou não o seu primeiro entendimento.

Em resumo, a defesa do demandado será feita através da contestação. Se não apresentá-la, os fatos serão tidos como verdadeiros, em função da revelia.

É possível identificar a similaridade do Projeto com o conceito de condenação com reservas de exceções, presente no ordenamento jurídico francês, italiano e alemão. Os apontamentos das semelhanças com o direito alienígena foram feitos no capítulo 4.

Afirma BODART:

“O artigo 285, III, do Anteprojeto utiliza a técnica da condenação com reserva de exceções, pela qual se concede ao autor o acesso ao bem da vida, com base em juízo de probabilidade, não como meio de se tutelar uma situação de urgência, mas por imposição da celeridade. Não há, dessa forma, a exigência do *periculum in mora*, senão apenas de *fumus boni iuris*. Tem por peculiaridade o fato de se basear em juízo de certeza acerca dos fatos constitutivos do direito do autor, ao passo que se funda em delibação sumária no que tange aos fatos modificativos, impeditivos e extintivos daquele direito. Profere-se, então, um provimento provisório de condenação, com a reserva de que a análise profunda das provas relativas às defesas de mérito possa ilidir tal provimento”.¹⁶⁶

De fato, se o artigo 285, III, fosse entendido como caso de cognição exauriente, não haveria distinção entre este e o artigo 353, I, que trata do julgamento antecipado da lide quando a matéria for somente de direito ou quando de direito e de fato, não seja necessária a realização de audiência. A decisão seria resolutiva de mérito e apta a produzir coisa julgada.

¹⁶⁶ BODART, Bruno Vinícius da Rós. Op. cit., p. 82.

O mesmo entendimento possui MARINONI que assevera “se entendermos o caso do art. 285, III, como hipótese de tutela de cognição exauriente, então não há como distingui-la daquela prevista no art. 353, I”.¹⁶⁷

BODART afirma que a tutela da evidência do artigo 285, III, Projeto, não exige posterior propositura de ação, por parte do autor, para confirmar a decisão. Isso porque, “se o próprio vencido queda-se inerte e não propõe demanda declaratória negativa (ou quejandos), não há sentido em penalizar o autor por não apresentar o pedido principal em tal ou qual prazo”.¹⁶⁸

5.4. Artigo 285, IV, Projeto de Lei 8.046/2010

O inciso IV do artigo 285 do Projeto prevê que será concedida a tutela antecipadamente quando “a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante”.¹⁶⁹

O texto autoriza que o juiz conceda a tutela a partir de cognição sumária, *inaudita altera parte*, se houver decisões de casos semelhantes no mesmo sentido. Conclui-se que a decisão será tomada *inaudita altera parte* porque, como afirma MARINONI, “depois de estabelecido o contraditório,

¹⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 109.

¹⁶⁸ BODART, Bruno Vinícius da Rós. Op. cit., p. 86.

¹⁶⁹ MARINONI afirma que a limitação prevista no referido inciso, quanto aos precedentes que autorizam a concessão da medida serem oriundos de julgamento de recursos repetitivos ou de súmulas vinculantes, é desnecessária. Isso porque, para ele, “não são apenas as causas repetitivas que dão origem a precedentes constitucionais ou que estabelecem a uniformização da interpretação da lei federal, assim como não é apenas no enunciado da súmula vinculante que se exterioriza a autoridade da jurisdição”. Por isso afirma que a legislação deveria autorizar a prestação da tutela da evidência fundada em “precedente firme do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, independentemente de emergir de julgamento de casos repetitivos ou de constar de súmula vinculante”. (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 109-110.)

se a matéria é só de direito, cumpre ao juiz julgar imediatamente o pedido”.¹⁷⁰

Constitui tutela fundada em cognição sumária pelo mesmo motivo: se houvesse a cognição exauriente, não seria possível distingui-la do julgamento antecipado da lide previsto no artigo 353, I, Projeto. Nesse sentido é o entendimento de MARINONI, que afirma que “no inciso IV, a tutela só pode ser compreendida como de cognição sumária, porque, do contrário, não teríamos como distingui-la da clássica hipótese de julgamento imediato do pedido pela desnecessidade de prova diversa da documental”.¹⁷¹

Entretanto, BODART afirma que não se trata de cognição sumária, “já que inexistente material probatório a ser analisado quando as questões a serem resolvidas são apenas de direito (excetuados os casos de prova de direito estadual, municipal ou estrangeiro – art. 266 do Anteprojeto)”.¹⁷² Ainda assim, concorda que a decisão é provisória e não possui força de coisa julgada.

O referido autor também sustenta que esta é a única hipótese de concessão da tutela da evidência *inaudita altera parte*, “considerando-se que todos os outros incisos exigem um comportamento do réu para a adoção da medida”, o que torna esta uma “situação excepcional de contraditório postecipado sem urgência”.¹⁷³

BODART aduz que todas as hipóteses de concessão da tutela da evidência só devem ser favoráveis ao autor, visto que trata-se de “instrumento em prol do demandante”. Por isso, sustenta que se a decisão

¹⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 109.

¹⁷¹ Ibid., p. 109.

¹⁷² BODART, Bruno Vinícius da Rós. Op. cit., p. 87.

¹⁷³ Ibid., p. 88.

for desfavorável ao autor, o magistrado deverá “se valer do artigo 317, rejeitando liminarmente a inicial (*rectius*, julgando liminarmente improcedente o pedido)”.¹⁷⁴

Daí, conclui o referido autor, extrai-se que a possibilidade jurídica do pedido se transformou em “uma das condições da ação, que conduzem o juiz à prolação da sentença sem resolução do mérito – em matéria de mérito”.¹⁷⁵

5.5. Artigo 285, Parágrafo Único, Projeto de Lei 8.046/2010

O parágrafo único do artigo 285 substitui a ação de depósito prevista nos artigos 901 a 906 do atual Código de Processo Civil, que foi eliminada no Projeto.

Atualmente a ação de depósito exige que se apresente na inicial a prova literal do depósito e a estimativa do valor da coisa, caso não esteja previsto no contrato. No Projeto, passou-se a exigir a “prova documental adequada do depósito legal ou convencional”, sem que haja a necessidade de estimar o valor na inicial. Tal estimativa só se fará necessária na fase de execução.

A retirada dessa exigência tem por consequência que o devedor não terá que consignar o valor estimado do bem em juízo para que possa contestar, quando estiver impossibilitado de restituir o bem, não decorrente de caso fortuito ou força maior.

Nesse sentido é o entendimento de BODART, que afirma:

“Pelo novo regramento, embora ainda se exija prova documental do depósito, não é mais requisito da petição inicial a estimativa do valor da coisa, o que apenas será necessário em fase de execução (art. 733, §1º, do Anteprojeto). A eliminação

¹⁷⁴ BODART, Bruno Vinícius da Rós. Op. cit., p. 88.

¹⁷⁵ Ibid., p. 87-88.

dessa exigência vem em consonância com a retirada da previsão da possibilidade de o devedor desde logo consignar em juízo o equivalente da coisa em dinheiro, o que faria para contestar revelando impossibilidade de restituição da mesma, não decorrente de caso fortuito ou força maior (pois nesse caso ficaria eximido da obrigação – art. 642 do CC/02). Como tal opção do réu já significaria reconhecer a procedência do pedido, na sistemática do Anteprojeto as consequências da impossibilidade de restituição da coisa in natura se produzirão em fase de execução (art. 733).¹⁷⁶

BODART levanta a questão da possibilidade de a tutela da evidência prevista no artigo 285, parágrafo único, ser requerida em procedimento autônomo. E afirma que entende ser cabível, uma vez que, para o autor, “o Anteprojeto autoriza o autor a renunciar à coisa julgada, submetendo, em contrapartida, o seu pleito a procedimento mais célere”.¹⁷⁷ Dessa forma sustenta:

“Será facultado ao depositante, trazendo prova documental do depósito, pedir a tutela de evidência em procedimento autônomo; o réu poderá defender-se questionando a prova trazida pelo demandante e produzindo prova documental de fatos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito da outra parte. Caso o juiz conceda a tutela, a decisão adquirirá estabilidade, produzindo efeitos até que sobrevenha outra decisão judicial em sentido contrário.”¹⁷⁸

5.6. Da efetivação da tutela da evidência

O Projeto do novo Código de Processo Civil prevê, em seus artigos 286 a 296¹⁷⁹ o procedimento a ser observado quando forem requeridas a

¹⁷⁶ BODART, Bruno Vinícius da Rós. Op. cit., p. 89.

¹⁷⁷ Ibid., p. 91.

¹⁷⁸ Ibid., p. 91.

¹⁷⁹ Art. 286. A petição inicial da medida requerida em caráter antecedente indicará a lide, seu fundamento e a exposição sumária do direito ameaçado e do receio de lesão.

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

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

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

I – de citação devidamente cumprido;

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

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

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

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

tutela de urgência e a tutela da evidência. Prevê ainda as disposições comuns às duas espécies de tutela, precisamente nos artigos 277 a 282.¹⁸⁰

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II – não for efetivada dentro de um mês;

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

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

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

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

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

Art. 294. As medidas de que trata este Título podem ser requeridas incidentalmente no curso da causa principal, nos próprios autos, independentemente do pagamento de novas custas.

Parágrafo único. Aplicam-se às medidas concedidas incidentalmente as disposições relativas às requeridas em caráter antecedente, no que couber.

Art. 295. Não se aplicam à medida requerida incidentalmente as disposições relativas à estabilização dos efeitos da medida de urgência não contestada.

Art. 296. Tramitarão prioritariamente os processos em que tenha sido concedida tutela da evidência ou de urgência, respeitadas outras preferências legais.

¹⁸⁰ Art. 277. A tutela de urgência e a tutela da evidência podem ser requeridas antes ou no curso do procedimento, sejam essas medidas de natureza cautelar ou satisfativa.

Art. 278. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

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

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

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

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

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

O artigo 287 prevê o prazo de cinco dias para a citação do demandado, e o §1º dispõe que no mandado de citação deverá constar advertência de que a medida liminar eventualmente concedida continuará a produzir efeitos independentemente da formulação do pedido principal por parte do autor.

Além disso, prevê o artigo 289 que, se a medida liminar for impugnada, o autor terá o prazo de um mês (ou outro fixado pelo juiz) para propor a demanda principal. Mas, no §2º, fica claro que se o réu, citado, não impugnar a medida, a demanda principal será dispensada.

Entretanto, BODART afirma que a exigência do artigo 289 se refere apenas às medidas de urgência, e não à tutela da evidência. E explica:

“o primeiro argumento é baseado no próprio texto do Anteprojeto, analisado sistematicamente: o §1º do mesmo artigo faz menção à ‘medida de urgência’. Um segundo argumento tem por supedâneo o fato de que o maior interessado no recurso à cognição exauriente é o sucumbente, já que as garantias desse tipo de atividade judicial servem justamente para protegê-lo de decisões equivocadas. Isso torna despido de qualquer fundamento o estabelecimento, para o autor, de um ônus de propor a demanda principal, quando se tratar da tutela da evidência do artigo 285, III”.¹⁸¹

Dessa forma, temos que a tutela da evidência, concedida após a apresentação de provas idôneas do seu direito, terá seus efeitos conservados até que seja apresentada (e deferida) impugnação por parte do demandado. Caso não a apresente, a decisão favorável ao autor prevalecerá. Caso o autor não queira correr o risco de que essa decisão provisória volte a ser

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

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

I – a sentença no processo principal lhe for desfavorável;

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

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

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

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

¹⁸¹ BODART, Bruno Vinícius da Rós. Op. cit., p. 85-86.

discutida no futuro, poderá propor a demanda principal em defesa de seu direito. Apenas a decisão da demanda principal terá força de coisa julgada.

Nesse sentido, afirma BODART que:

“uma vez concedida a tutela da evidência por ter o autor, em processo autônomo, apresentado prova documental idônea do seu direito, sem que o réu oponha prova inequívoca, tal medida deverá conservar sua eficácia até que o sucumbente obtenha decisão favorável, ou em demanda declaratória negativa por ele proposta, ou na ação principal iniciada pela parte ex adverso. Em qualquer caso, ambas as partes podem ter a iniciativa de propor a demanda principal para a defesa de seus interesses (art. 289, §3º, do Anteprojeto).”¹⁸²

Assim, conclui-se que a decisão que concede ou nega a tutela da evidência é decisão interlocutória e poderá ser desafiada pelo recurso do agravo de instrumento, conforme expressamente previsto no artigo 279, parágrafo único do Projeto.

Cabe ressaltar que a tutela da evidência não pode ser concedida *ex officio*, com exceção da prevista no artigo 285, II – isso porque, se um ou mais pedidos cumulados ou parcela deles tornar-se incontroversa, a decisão não depende de requerimento expresso do autor. Nesse sentido também é a opinião de BODART que afirma “no caso de um ou mais pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, por outro lado, a prolação da decisão definitiva não dependerá de requerimento do autor”.¹⁸³

Merece destaque a previsão do artigo 290, Projeto, que dispõe que as medidas poderão ser modificadas ou revogadas a qualquer tempo - mantendo a exegese do artigo 273, §4º, do Código de Processo Civil – exceto quando um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, quando a solução será definitiva. Atualmente, se a antecipação da tutela é fundada na incontrovérsia de um ou mais pedidos cumulados ou parcela deles, não há exceção quanto à aplicação do artigo

¹⁸² BODART, Bruno Vinícius da Rós. Op. cit., p. 86.

¹⁸³ Ibid., p. 91.

273, §4º, CPC. Ou seja, a medida poderá ser revogada ou modificada da mesma forma. No Projeto, essa possibilidade de revogação ou modificação não se aplica aos casos em que a tutela da evidência for concedida quando um ou mais pedidos cumulados ou parcela deles se tornar incontroverso.

6. Conclusão

A Constituição estabelece os princípios basilares de toda a legislação brasileira, e nela estão previstas as garantias à apreciação pelo Poder Judiciário de toda lesão ou ameaça a direito, à efetividade da jurisdição e à razoável duração do processo. Assim, deve o Estado promover meios para que se possa exercer tais garantias. A adequação da legislação processual às necessidades desse tempo é medida que urge. Há quem afirme que o problema da prestação jurisdicional no Brasil não é causado pela legislação processual mas pelo excesso de processos por magistrado, tornando impossível a tarefa de julgar em tempo hábil a satisfazer os interesses das partes.

O que pretende o novo Código de Processo Civil é justamente simplificar o processo, reduzindo o número de recursos, criando meios de padronização de solução de demandas repetitivas, prevendo formas alternativas de resolução de conflitos, como a mediação e a conciliação, a criação da tutela de urgência e da tutela da evidência como institutos legais, além de adequar a legislação processual aos preceitos constitucionais trazidos pela Carta Magna de 1988.

A tutela da evidência visa a reduzir o tempo da efetiva prestação jurisdicional de um direito que é explícito, claro, evidente e, portanto, à primeira vista, não demanda do julgador a análise aprofundada da questão. O projeto do novo Código de Processo Civil, da mesma forma, procura otimizar as relações processuais, simplificando e reduzindo a burocracia do funcionamento do Poder Judiciário, a fim de reduzir o tempo necessário para apreciação judicial.

Apesar de ser considerada uma inovação do Projeto, a tutela da evidência já é prevista no ordenamento jurídico vigente, mas não recebe

essa nomenclatura. Há autores que afirmam que sua previsão encontra-se no artigo 273, II, CPC e outros afirmam que é o artigo 273, §6º, CPC que prevê a tutela da evidência. Tal divergência doutrinária se dá pelo fato de que, em ambos os casos, ao contrário das demais hipóteses de antecipação de tutela, não é exigido como requisito essencial o caráter urgente da demanda.

No Projeto do novo CPC, no entanto, tais discussões perderam objeto uma vez que foram separadas as tutelas de urgência e de evidência. Nas primeiras, é necessário o caráter urgente; já nas segundas, não se exige o risco de perecimento do direito pelo decurso do tempo para que seja concedida a tutela. Além disso, as hipóteses contidas nos artigos 273, §6º e 273, II, CPC foram reunidas como tutela da evidência.

A inovação do projeto foi no sentido de atribuir expressamente a tutela da evidência e a tutela da urgência, que, na legislação vigente encontram-se no mesmo artigo, apesar de serem hipóteses essencialmente distintas.

Ademais, foram ampliadas as hipóteses de cabimento da tutela de evidência. No Projeto, é prevista a tutela da evidência quando: ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido (art. 285, I, Projeto); um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso (art. 285, II, Projeto); a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca (art. 285, III, Projeto); a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante (art. 285, IV, Projeto); e ainda quando o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do depósito legal ou convencional para entrega do objeto custodiado (art. 285, parágrafo único, Projeto).

Sempre que nasce um Projeto de lei visando a alterar consideravelmente a legislação, surgem os críticos e os admiradores das mudanças propostas. Por sua essencial contribuição no tema da tutela antecipada, vale apontar a opinião de MARINONI no que se refere aos dispositivos tratados neste trabalho.

Assim, acerca da introdução da tutela de urgência e da tutela da evidência no Projeto, afirma:

“Reconheceu-se, na esteira do que sustentamos há muito tempo, o fato de a tutela antecipatória fundada no perigo e de a tutela cautelar constituírem espécies do mesmo gênero: tutela de urgência. Seguindo esta linha, o Projeto propôs a disciplina conjunta do tema.

Também na esteira do que sempre sustentamos, o Projeto procurou outorgar o devido valor ao tempo no processo e distribuí-lo de forma paritária entre as partes independentemente do requisito da urgência, fundando-se para tanto apenas na maior ou menor evidência da posição jurídica sustentada por uma das partes no processo. O Projeto regulou o tema a título de ‘tutela da evidência’.”¹⁸⁴

É possível verificar, a meu ver, como já exposto no capítulo 5, nítida diferença entre o julgamento antecipado e a hipótese de concessão da tutela da evidência prevista no artigo 285, II, Projeto. Em ambas há cognição exauriente, mas a tutela da evidência está sujeita a procedimento próprio, e não produz coisa julgada. Já o julgamento antecipado tem aptidão para formar coisa julgada. Dessa forma, o recurso cabível à hipótese do artigo 353, Projeto, é a apelação, porque tal decisão é sentença.

Em contrapartida, a concessão da tutela da evidência do artigo 285, II, ainda que a decisão seja definitiva, caberá agravo de instrumento, como dispõe o artigo 279, parágrafo único, Projeto.

A efetivação da tutela da evidência, inclusive na hipótese do artigo 285, II – uma vez que não há qualquer exceção prevista em lei - deverá obedecer ao procedimento específico, qual seja o do artigo 281, Projeto, que dispõe que “a efetivação da medida observará, no que couber, o

¹⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 106.

parâmetro operativo do cumprimento da sentença e da execução provisória”. No julgamento antecipado, deverá ser observado o procedimento de cumprimento de sentença.

MARINONI critica o texto do artigo 285, Projeto, porque restringe a interpretação judicial. Assim, defende:

“O ideal é o que texto legal seja redigido com recurso a termo indeterminado, de modo que permita maior criatividade doutrinária e jurisprudencial para sua interpretação e desenvolvimento.

Proposta: Art. 285. O juiz poderá prestar tutela antecipada toda vez que o direito do autor mostrar-se desde logo evidente à vista de efetivo ou provável oferecimento de defesa inconsistente pelo réu.

Outra solução possível é adotar a técnica mista, conciliando hipóteses casuísticas com hipótese indeterminada.

Proposta: Art. 285. O juiz poderá prestar tutela antecipada toda vez que o direito do autor mostrar-se desde logo evidente, o que será caracterizado quando: I – a matéria for unicamente de direito e houver firme precedente nos tribunais superiores no sentido do pedido; II – a inicial for instruída com prova documental do fato constitutivo e a defesa indireta não se fundar em prova documental; III – ficar caracterizado o abuso de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.”¹⁸⁵

A busca por maneiras legais de prestar a jurisdição em período razoável fez com que o legislador priorizasse determinados princípios em detrimento de outros. É o caso, por exemplo, do artigo 285, IV, em que é prevista a hipótese de concessão da tutela da evidência, *inaudita altera parte*. BODART afirma que é uma “situação excepcional de contraditório postecipado sem urgência” e que sua constitucionalidade é duvidosa. Isso porque a opção legislativa “atribui maior peso à celeridade na ponderação entre, de um lado, o inciso LV (princípio do contraditório) e, de outro, os incisos XXV (acesso à justiça) e LXXVIII (razoável duração do processo) do artigo 5º da Carta Magna”.¹⁸⁶

Tal dispositivo demonstra que a principal intenção do legislador no Projeto do novo Código de Processo Civil é assegurar a celeridade da prestação jurisdicional. Ainda que, para alguns autores, preveja dispositivos

¹⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 110.

¹⁸⁶ BODART, Bruno Vinícius da Rós. Op. cit., p. 88.

de constitucionalidade duvidosa. A discussão a esse respeito certamente será de atenção dos Ministros do Supremo Tribunal Federal se mantido o dispositivo tal como se encontra.

O presente trabalho procurou abordar o tema da tutela da evidência de forma mais ampla, analisando os dispositivos que a originaram – relativos à tutela antecipada, bem como de que formas a legislação alienígena influenciou e serviu como exemplo de que este instituto contribui para a celeridade da prestação jurisdicional, que é o objetivo maior do legislador. Se, no Código de 1973, não foi dada a devida atenção às tutelas de urgência, o que provocou as alterações realizadas em 1994 e 2002, o Projeto foi generoso com o tema e parece ter alcançado seu objetivo: criar leis capazes de agilizar o andamento dos processos. Só o tempo e a prática dirão se essas leis serão executadas da forma que intentou o legislador.

Bibliografia

ALVIM, J. E. Carreira. *Alterações do código de processo civil: leis n° 10.352, 10.358 e 10.444*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. 283 p.

ARAÚJO, José Aurélio de. A condenação com reserva de exceções como técnica de sumarização da tutela cognitiva. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, ano 4, volume VI, p. 392 - 426, jul./dez. 2010. Disponível em <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em 10 out. 2013.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5ª ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2009. 472 p.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. Simplificação e adaptabilidade no anteprojeto do novo CPC brasileiro. In: FUX, Luiz. (Coord.). *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 71 - 104

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. 381 p. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em 02 set. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Vade Mecum RT. 6ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. *Código de Processo Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De11608.htm> Acesso em 16 out. 2013.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Código de Processo Civil*. Vade Mecum RT. 6ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004. 244 p.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Volume III. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 583 p.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela no Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 190 p.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Volume II. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2009. 575 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. 304 p.

_____. *Instituições de direito processual civil*. Volume III. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. 817 p.

FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência: fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996. 392 p.

_____. A tutela dos direitos evidentes. *Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Brasília, ano 2, número 16, abr. 2000. 27 p. Disponível em <<http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/handle/2011/894>>. Acesso em 02 set. 2013.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*: Processo de conhecimento. Processo de execução. Processo Cautelar. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 1859 p.

_____. O novo processo civil. In: FUX, Luiz. (Coord.). *O novo processo civil brasileiro* (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 1–24 p.

MAGADAN, Yuri Grossi. *Hipóteses de antecipação de tutela*: exame do art. 273 do Código de Processo Civil. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009. 167 p.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC*: crítica e propostas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. 511 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 9ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. 413 p.

_____. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 240 p.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo III: arts. 154 a 281. Atualizado por Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 29ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. 327 p.

PASSOS, J. J. Calmon de. Da antecipação da tutela. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. 187 – 213 p.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. A “antecipação” da tutela na recente reforma processual. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. 129 – 142 p.

_____. *Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)*. Volume III. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

THEODORO JR., Humberto; ANDRADE, Érico. A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC. *Revista de Processo*. Publicação oficial do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ano 37, vol. 206, p. 13 – 59, abril/2012.

THEODORO JR., Humberto. As liminares e a tutela de urgência. In: ALVIM, Arruda e ALVIM, Eduardo Arruda. *Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 239 – 267 p.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. Volume II. 46ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 789 p.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer – arts. 273 e 461 do CPC. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. 19 – 51 p.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 227 p.

Notas

Andamento do Projeto de Lei 8.046/2010 verificado no site oficial da Câmara dos Deputados. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em 10 nov. 2013.

Jurisprudência

STJ, REsp 1001046/SP, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, Brasília, Data do julgamento: 23/09/2008, Data da Publicação/Fonte: DJe 06/10/2008.

STJ, AgRg no Ag 1261955/SP, Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, Brasília, Data do julgamento: 17/02/2011, Data da Publicação/Fonte: DJe 24/02/2011.

STJ, REsp 279251/SP, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, Brasília, Data do julgamento: 15/02/2001, Data da Publicação/Fonte: DJ 30/04/2001 p. 138.

STJ, AgRg no AREsp 326036/SP, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, Brasília, Data do Julgamento: 06/08/2013, Data da Publicação/Fonte: DJe 16/08/2013.