



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Tutela de Urgência e Tutela de Evidência  
( No projeto do Novo Código de Processo Civil)

Jamille Vieira de Carvalho Perez

Rio de Janeiro  
2012

JAMILLE VIEIRA DE CARVALHO PEREZ

Tutela de Urgência e Tutela de Evidência  
( No Projeto do Novo Código de Processo Civil)

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof<sup>ª</sup>. Mônica Areal  
Prof<sup>ª</sup>. Néli Fetzner  
Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro  
2012

## **TUTELA DE URGÊNCIA E TUTELA DE EVIDÊNCIA (NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL)**

**Jamille Vieira de Carvalho Perez**

Graduada pela Faculdade de Direito Cândido Mendes.

**Resumo:** O Código de Processo Civil há tempos necessitava de reformas para assim atingir as expectativas do jurisdicionado que busca uma prestação, célere e eficaz. A tutela jurisdicional tempestiva e justa nutre no cidadão respeito ao poder judiciário. Por isso, mudanças se fazem necessárias com a obediência às garantias constitucionais fundamentais. Uma das principais alterações se deu no campo do processo cautelar que no projeto foi retirado, dando lugar às tutelas de urgência e à tutela de evidência.

**Palavras-chaves:** Tutela, cautelar, urgente, processo, evidência

**Sumário:** Introdução. 1. O Processo Cautelar Na Atualidade. 2. Razões para a Alteração legislativa. 3. Da Tutela de Urgência. 4. Da Tutela de Evidência. Conclusão. Referências.

### **INTRODUÇÃO**

O presente trabalho tem por escopo analisar os motivos que ensejaram à alteração legislativa, bem como o direito em expectativa, disciplinado no anteprojeto do código de processo civil, restringindo-se às tutelas de urgência e evidência, inovação trazida por ele que optou por abolir o processo cautelar do futuro código de processo civil.

No primeiro capítulo fez-se necessária uma análise detalhada acerca do processo cautelar, mormente para que os fundamentos para sua retirada no ordenamento jurídico processual sejam bem compreendidos.

Num segundo momento, apresenta-se um dos principais objetivos do presente trabalho que são os motivos que fundamentaram o surgimento de um novo código de processo civil, mas especificamente, acerca das tutelas de natureza sumária, em que a retirada do processo cautelar deu lugar às tutelas de urgência e evidência.

Nos capítulos terceiro e quarto a análise teve concentração nos conceitos, características e especificidades acerca das tutelas de urgência e evidência, para assim propiciar ao leitor instrumentos que viabilizam a comparação do presente regime com o apresentado pelo anteprojeto como solução para o atingimento dos escopos da jurisdição, de forma eficaz e célere.

## **1. PROCESSO CAUTELAR NA ATUALIDADE**

O procedimento cautelar não se confunde com o procedimento comum previsto pelo Código de Processo Civil. Trata-se de espécie diferenciada de procedimento sumário. A sumariedade procedimental, conforme esclarece Barbosa Moreira<sup>1</sup>, é indispensável, porque o procedimento ordinário não se compatibiliza com a urgência típica da tutela cautelar.

A tutela cautelar é instrumento apto para a obtenção de medidas urgentes, necessárias ao bom desenvolvimento de um outro processo, de conhecimento ou de

---

<sup>1</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 105.

execução, chamado de processo principal. De acordo com os ensinamentos de Daniel Assumpção Neves<sup>2</sup>, a tutela cautelar é concedida mediante cognição sumária diante de mera probabilidade de o direito material a existir. Quer dizer que a análise do magistrado se restringe à presença de um simples juízo de verossimilhança ou de probabilidade da alegação, não se exigindo um juízo de certeza para a concessão da medida. Isso se dá em virtude do seu caráter emergencial, que não se coaduna com a cognição exauriente que é exigida no processo principal.

A cognição sumária pode ser consequência tanto de um contraditório postergado, em que o magistrado concederá a medida apenas com a versão apresentada pelo demandante, ou por meio de acordo com as palavras do professor Bedaque<sup>3</sup>, de um conhecimento superficial, em que ambas as partes são ouvidas.

De acordo com o previsto no art. 807, CPC, a característica da provisoriedade se impõe em virtude da possibilidade de as medidas serem revogadas a qualquer tempo. Insta salientar, que a tutela cautelar poderá, inclusive, sobreviver a uma sentença de procedência do processo principal, caso a necessidade da manutenção da medida se impuser.

A provisoriedade está atrelada à temporariedade, ou seja, a medida não foi criada para durar para sempre, mas sim em enquanto a situação de perigo e a fumaça do bom direito estiverem presentes.

---

<sup>2</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 3.ed. São Paulo: Método, 2011. p. 1196.

<sup>3</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas de urgência*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 116.

Há que se observar que a instrumentalidade é uma característica presente nas medidas cautelares, na medida em que a função do processo cautelar está atrelada à utilidade e eficácia do resultado de outro processo, denominado de principal.

De acordo com Humberto Theodoro Jr.<sup>4</sup>, essa característica faz a tutela cautelar merecer a alcunha de “instrumento do instrumento”, ou “instrumento ao quadrado”.

A ideia do processo como instrumento da busca do direito material está amplamente consagrada pela doutrina processual contemporânea, pela visão de Daniel Assumpção Neves<sup>5</sup>. No processo cautelar é diferente, pois esse não serve de instrumento para a satisfação da pretensão resistida, mas sim tornar possível a obtenção dela.

A característica, ora analisada, tem por escopo a proteção do resultado final do processo principal, não importando o fim pretendido, cognitivo ou executório.

Importante observar que a instrumentalidade, citada alhures, tem cunho hipotético, pois inviável a previsão de a tutela cautelar ser verdadeiramente apta ao que se presta, bem como ser o requerente o legitimado para tal pleito, isso porque a concessão se dará por meio de um juízo de probabilidade e apenas se verificará o contrário quando o vencedor da tutela cautelar se deparar com a improcedência de seu requerimento.

Outro ponto que merece atenção está adstrito à revogabilidade das medidas cautelares, de acordo com o art. 807, CPC, que determina o caráter provisório da medida.

---

<sup>4</sup>THEODORO JR., Humberto. *Tutela jurisdicional de urgência*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001. p.65-66.

<sup>5</sup>NEVES, op.cit.p.1197.

Passando a análise para o instituto da competência, o estudo do art. 800, caput, CPC, mostra-se devido. Pela regra, será o juízo competente para julgar a ação cautelar aquele que seria o competente para julgar a ação principal, independentemente dela já existir ou estar por vir. Verifica-se, em sede doutrinária, diversas críticas acerca do citado dispositivo, principalmente no tocante às cautelares probatórias, cuja regra para aplicação se mostra inadequada, devendo ser afastada pelo operador do direito com fulcro no princípio da eficácia da medida cautelar.

A aplicação indiscriminada de tal regra, conforme os ensinamentos do professor Daniel Assumpção Neves<sup>6</sup>, afastados os casos de extrema urgência, funcionaria como obstáculo, não à efetivação da medida em si, mas a sua realização de forma rápida, simples e barata. Ressalta-se, assim, que essas cautelares probatórias têm como objeto tão somente a produção de uma prova, não sendo, sequer razoável, o ingresso de uma demanda em comarca diversa daquela em que a prova será produzida.

A fixação da competência cautelar para produção de provas, mesmo que contrária à regra do processo principal, no local onde deverá ser a mesma efetivamente produzida, facilita e otimiza a sua produção.

No que tange à competência e prevenção do juízo, cabe analisar, que a doutrina é pacífica no sentido de a cautelar antecedente prevenir a competência do juízo para a ação principal, surgindo, desta forma, hipótese de competência funcional.

No que concerne especificamente à prevenção, grande parte da doutrina entende que se trata de um critério de fixação de competência de órgãos que são de forma abstrata competentes. Portanto, nos casos de extrema urgência em que é possível

---

<sup>6</sup>ibid,p.1203.

a flexibilização da regra do art. 800, ingressando a demanda cautelar perante juízo incompetente, a regra de prevenção não iria se aplicar.

Com a análise do art. 800, em seu parágrafo único, do CPC, verifica-se que interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal, sanando qualquer controvérsia a respeito da ação cautelar incidental, quando processo já está em grau recursal.

Já acerca do mérito cautelar, há na doutrina <sup>7</sup>quem defenda que a análise do *fumus boni iures e periculum in mora*, dizem respeito ao mérito. Entretanto, há que se ter em mente que a análise desses elementos de forma abstrata constitui o interesse de agir da demanda, enquanto no mérito será analisado concretamente se os elementos alegados pelo autor estão presente.

No que toca ao procedimento em si, cabe ressaltar que as formalidades previstas no art. 282, do CPC, para a petição inicial, não se aplicam ao procedimento cautelar, por conta de sua natureza sumária e, portanto, bastará à parte lançar mão de simples petição para veicular sua pretensão. Ademais, com fulcro no art. 801, do mesmo diploma legal, vislumbra-se a necessidade de qualificação das partes, endereçamento, pedido de provas, lide e seus fundamentos e exposição sumária do direito ameaçado, receio de lesão e o valor da causa.

No que diz respeito ao contraditório, pela disposição do artigo 221, CPC, é nítida a necessidade de contraditório, o que não impede que previsões específicas excepcionalmente o afastem, nos casos como interpelações e notificações.

---

<sup>7</sup>NEVES, op.cit, p.1207.

O prazo para a resposta é de 5 dias, ressalvados os casos em que figuram como partes a Fazenda e o MP, que têm prazo em quádruplo para responder, bem como prazo em dobro, se for o caso de litisconsórcio.

Quanto à revelia, que se caracteriza como ausência jurídica de contestação, ocorre no procedimento cautelar, tendo como principal efeito o art. 803, do CPC, presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, não obstante tratar-se de presunção relativa.

No que toca à instrução probatória, existe uma sumariedade material no processo cautelar, de forma a prescindir de um juízo de certeza. Todavia, não retira do processo cautelar a presença de uma instrução probatória, calcada, entretanto, em um juízo de probabilidade.

Por fim, será encerrado o processo cautelar, como não poderia deixar de ser, por uma sentença. Assim, por existir mérito no processo cautelar, a sentença que acolhe ou descarta o pleito autoral, será sentença de mérito, de acordo com o art. 269, I, CPC.

## **2. RAZÕES PARA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA**

É notória a descrença do jurisdicionado na obtenção de uma prestação jurisdicional justa, célere e eficaz, muito embora a inafastabilidade da jurisdição bem como a razoável duração do processo, que se implementou após a Emenda

Constitucional 45, a reforma do judiciário, sejam princípios constitucionais fundamentais, e portanto cláusulas pétreas de acordo com o art. 60 § 4º. da CRFB.

Destarte, mudanças são imprescindíveis para se resgatar a acessibilidade, respeito e credibilidade do povo ao órgão que tem por função precípua a prestação da jurisdição. Assim, a análise das causas que ensejaram essa problemática se mostra adequada.

A comissão de juristas encarregada em elaborar o anteprojeto do novo código de processo civil, utilizando-se das ideias apresentadas por Mauro Cappelletti e Bryan Garth, no livro “Acesso à Justiça”<sup>8</sup>, que tem por fim a análise das causas de inacessibilidade à justiça em vários enfoques, teve, em conclusão, que além dos aspectos estruturais, o processo possui, na sua configuração, formalidades que contribuem para a sua eternização. Portanto urge a criação de instrumentos que combatam de forma eficaz o causador da violação da garantia da tutela jurisdicional efetiva, a morosidade judicial.

Para Eduardo Couture<sup>9</sup>, jurista uruguaio, que tanto frequentou a escola processual brasileira, a justiça retardada nada mais é do que “justiça denegada”.

A comissão, assim, na tentativa de pulverizar tais vícios e atender aos reclamos sociais, resolveu, por bem, abolir institutos que ao longo do tempo não se mostraram aptos a atingir a finalidade pretendida, e criar novos para, com isso, dar aos juízes mecanismos para “fazer bem e depressa”<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup>CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.p. 20.

<sup>9</sup>FUX, Luiz. *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa*. São Paulo: Forense, 2001.p.3.

<sup>10</sup> REIS, José Alberto dos. *A figura do processo cautelar*. Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n.3, Lisboa, 1947.p.35

A tarefa da comissão não se mostra fácil, entretanto a criação de instrumentos capazes de reduzir o número de demandas, bem como dos recursos, com respeito, obviamente, a doutrina, que, muitas vezes, soluciona falhas legislativas, já é o primeiro passo.

A democratização do anteprojeto, com a abertura à comunidade científica e laica, abre espaço à criação de um código de processo civil atento a expectativas dos seus destinatários.

O excesso de formalidades é, indubitavelmente, uma das principais causas da morosidade do judiciário. A garantia das formas, que deveria ter um papel protetor das decisões, acaba por surtir efeito diametralmente oposto, sendo um falso garantismo, o que enseja descrédito do poder judiciário.

Como segunda causa, tem-se a conscientização da cidadania que desencadeou num processo de demandas em série, que se justifica pelo ingresso da Constituição federal de 1988, que elencou, em seu art. 5º, o rol de direitos e garantias fundamentais, ao povo que, por muitos anos, teve seus direitos restringidos por um Estado ditatorial.

A terceira causa apontada consiste nas opções infundáveis de recursos, o que de um lado poderia causar uma tranquilidade àquele que visa à satisfação de sua pretensão, causando, até mesmo, um certo conforto, pois falível é o julgador, todavia, por outro lado, o caos na máquina judiciária pela sobrecarga que se mostra evidente quando se verifica o número de processos intermináveis.

Insta salientar que a tentativa na produção de um novo código se mostra ainda mais árdua quando se impõe a necessidade de compatibilizar tais mudanças com as garantias constitucionais, tais como: ampla defesa, contraditório, devido processo legal,

dentre outras, entretanto em virtude do apresentado no anteprojeto, tais obstáculos, em um primeiro momento, se mostraram superados.

A adoção de um procedimento padrão, adaptável pelo magistrado ao caso concreto, com o respeito ao devido processo legal, seria uma das soluções.

Ademais, a duplicidade de todas as ações, observada a sua conexão, com o fundamento da ação ou da defesa e a eliminação de processos incidentes, tornando todas as matérias suscetíveis em preliminares ou em simples petição, decididas em regra no final da causa e passíveis de impugnação ou juízo único, coadjuvaram outras técnicas utilizadas em favor da desformalização cuidadosa do processo, conforme os ensinamentos de Luiz Fux<sup>11</sup>.

O direito inafastável do acesso à justiça não formou obstáculo à dissolução de uma das causas geradoras de “tumulto processual”, qual seja, o imenso número de demandas propostas. A razão é simples: o grande volume de demandas está intimamente ligado ao contencioso de massa, ou seja, demandas homogêneas.

Destarte, a opção por um incidente de resolução de demandas repetitivas se mostrou oportuno, instaurado em cada unidade da federação, perante o primeiro grau de jurisdição ao tribunal, possibilitando todas as partes do processo suscitarem o conflito junto ao tribunal, que, uma vez realizado importaria a suspensão das demandas juridicamente idênticas. Portanto, a interposição de recurso extraordinário ou especial, habilitaria esses tribunais a realizar a suspensão das demandas idênticas propostas no território nacional.

---

<sup>11</sup>FUX,op.cit,p.15.

Uma vez resolvido o incidente, cada demanda retoma o seu curso, com, obviamente, obediência ao julgamento da questão que ensejou a suspensão.

Cabe ressaltar que o sistema do incidente de resolução de demandas repetitivas é calcado nas garantidas constitucionais, por essa razão, que, apreciado no mérito pelo tribunal respectivo irá ser objeto de recurso com efeito suspensivo, assegurada a sustentação oral.

O que o Ministro Luiz Fux chama de prodigalidade recursal foi resolvida com a restrição do recurso de agravo de instrumento para os casos de decisão interlocutória de mérito, decisões interlocutórias no processo de execução e liminar de tutela de urgência e de evidência, que também comportam sustentação oral.

Tanto o agravo retido quanto os embargos infringentes foram retirados no novo projeto.

A jurisprudência atingiu a mesma importância à atribuída pelo sistema da *common law*, vinculando juízes e tribunais, exigindo, em consequência, adequação da causa ao precedente, possibilidade de modificação, bem como de acordo com Luiz Fux<sup>12</sup>, a modulação temporal da modificação jurisprudencial, para , desta forma, evitar a surpresa judicial.

De acordo com os ensinamentos de Chiovenda, a evolução do processo civil restaria por unir as famílias do *civil law e common law.*, permitindo uma interação capaz emprestar institutos de uma família à outra.

### **3. DA TUTELA DE URGÊNCIA**

---

<sup>12</sup>ibid.p.18.

Primeiramente, impõe-se a observação de que com o projeto do novo código de processo civil, o livro referente ao processo cautelar foi substituído por um título que trata da tutela de urgência, cautelar e satisfativa, e da tutela de evidência.

A citada alteração fez nascer um tratamento adequado a tutela cautelar em virtude de sua característica da fungibilidade das medidas, bem como a duplicidade procedimental, quando antecedente. Portanto, a nova ordem virá a conferir a instauração da ação principal na mesma relação processual que se instaurou num primeiro momento para a obtenção da tutela urgente.

A tutela de urgência, conforme nos ensina Daniel Neves<sup>13</sup>, em duas espécies: tutela cautelar e tutela antecipada. Entretanto, a análise do instituto da liminar se verifica no caso, pois é utilizada de forma equivocada para designar o momento de concessão da medida, bem como espécie de tutela de urgência satisfativa.

Pela origem, *liminaris*, poderá o termo ser utilizado para indicar algo inicial, sendo, portanto, aplicado aos atos inaudita altera parte, sem a oitiva da outra parte, atos anteriores a citação. Com sua aplicação nas tutelas de urgência, tem seu uso direcionado para a concessão da tutela, tanto nas tutelas antecipadas quanto nas medidas cautelares sem a oitiva da outra parte.

Cabe ressaltar que, em momento anterior ao surgimento da tutela antecipada insculpada na lei processual, as liminares eram utilizadas como mecanismo para a obtenção da tutela de urgência satisfativa. Havendo, desta forma, três espécies de tutela de urgência: cautelar, com o escopo de assegurar a utilidade do resultado final do

---

<sup>13</sup>NEVES,op.cit.p.40.

processo; antecipada, para a satisfação genérica do direito, e liminar, específica para satisfazer faticamente o direito. De acordo com Dinamarco, “a tutela antecipada é a generalização das liminares”<sup>14</sup>.

Desta forma, a parte para realizar a satisfação de sua pretensão de urgência, poderá lançar mão da medida liminar, caso prevista em lei, ausente tal previsão, é facultado o uso da antecipação dos efeitos da tutela, que em razão da sua amplitude não fica condicionada a determinados procedimentos.

A comparação entre duas espécies de tutela de urgência, cautelar e antecipada, se faz necessária.

Quanto às diferenças, a primeira e principal delas seria a função assecuratória da tutela cautelar, ou seja, ela assegura o resultado útil do processo, enquanto a antecipada satisfaz o direito da parte, que, na maioria das vezes, é o autor. Deve-se ter em mente as palavras de Pontes de Miranda<sup>15</sup> que “ a tutela cautelar garante para satisfazer e a tutela antecipada satisfaz para garantir”

Cumprir mencionar acerca das “cautelares satisfativa”, que de acordo com os ensinamentos de Daniel Neves, não mais se justificam na atual conjuntura processual. Isso porque o ingresso do instituto da antecipação de tutela se deu pelo código de processo civil em 1994, o que ensejava a aplicação, em momento anterior de apenas como tutela de urgência, as medidas cautelares, e as liminares, que eram restritas a poucos procedimentos. Por conta desse vazio legislativo, a tutela cautelar fazia as vezes

---

<sup>14</sup>DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 49.

<sup>15</sup>PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. T. III.

de uma tutela antecipada, com aplicação ampla e genérica, bastando para a sua obtenção o preenchimento dos requisitos, com o fim da obtenção da satisfação fática do direito e não, apenas, uma garantia.

De acordo com Luiz Guilherme Marinoni, “A morosidade da prestação jurisdicional, oriunda, como é sabido, das demais diversas causas, também está ligada a ineficiência do velho procedimento ordinário, cuja estrutura encontrava-se superada antes da introdução da tutela antecipatória no Código de Processo Civil. A inefetividade do antigo procedimento ordinário transformou o art. 798 do CPC, em autêntica “válvula de escape” para a prestação da tutela jurisdicional tempestiva. A tutela cautelar transformou-se em técnica de sumarização do processo de conhecimento.”<sup>16</sup>.

Com o advento do instituto da antecipação dos efeitos da tutela tal “manobra” dos julgadores perdeu sua razão de ser.

Não obstante, ainda, permaneçam resquícios no CPC, de medidas de natureza cautelar que, notoriamente, têm índole satisfativa, tendo como exemplo, a cautelar de alimentos provisionais.

No que tange aos requisitos para a concessão, ambas são concedidas mediante cognição sumária, juízo de probabilidade, entretanto, a diferença se dá acerca da aparência do direito. De acordo com o art. 273, caput, CPC, a prova inequívoca da verossimilhança da alegação é elencada como um dos requisitos para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela. Já na tutela cautelar a presença do *fumus boni iures* se exige. É certo que ambos se encontram na esfera da probabilidade do direito, todavia há

---

<sup>16</sup>MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. 7.ed. São Paulo: RT, 2008, vol.2 – Processo de conhecimento.p.54.

a presença de uma fundamental diferença. Até o juiz chegar a certeza do seu convencimento, que geralmente se dá através de uma cognição exauriente, há diferentes níveis de convencimento e, por óbvio, o nível de convencimento quando se está diante da prova inequívoca da verossimilhança de uma alegação é muito mais próximo da certeza do que uma simples fumaça do bom direito, mesmo que em ambas as situações já exista um convencimento suficiente do magistrado a entender como aparente o direito do autor.

Todavia exista corrente doutrinária não entendendo pela gradação do convencimento do juiz, mas sim pelo mesmo juízo de probabilidade aplicado em ambas as tutelas.

Com o fim de atingir critérios mais objetivos, parte da doutrina entende que na cautelar basta que o fato alegado pelo requerente pareça ser verdadeiro (verossimilhança da alegação), enquanto na tutela antecipada, além disso deverá haver um conjunto probatório suficiente para fundamentar a concessão da medida, mas ainda não definitivo<sup>17</sup>.

Conforme reza o art. 273, caput, CPC, conclui-se que impende a realização de pedido expresso da parte, sendo obstada a atuação de ofício do juiz. Já na tutela cautelar, com fulcro nos arts. 798 e 799, CPC, o poder geral de cautela é expressamente aventado. Sendo uníssona a doutrina acerca da possibilidade da concessão da medida sem a atuação da parte.

---

<sup>17</sup>BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas de urgência*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.67.

Insta salientar que, malgrado a posição majoritária acerca da impossibilidade de tutela antecipada de ofício, parcela da doutrina entende possível em situações excepcionais.

No que concerne à autonomia, na tutelas de natureza cautelar a formação de um processo, em virtude do fim acautelatório, se justifica, para a maioria da doutrina, ao menos antecedente. Já no que tange a tutela antecipada, a figura da autonomia não se faz presente. A medida sempre será concedida de forma incidental e, em regra na fase cognitiva do processo.

A característica da provisoriedade se mostra em ambas as tutelas, conforme se vislumbra na da leitura do art. 273, §4º. Do CPC, podendo ser revogada ou modificada a qualquer tempo.

A tutela antecipada tem como um dos seus requisitos a prova inequívoca da verossimilhança da alegação, já a tutela cautelar o *fumus boni iures*, todavia, nos dois casos, há a dispensa de uma cognição exauriente, destarte a “prova inequívoca” que dispõe o art. 273, CPC, se funda em um juízo de probabilidade e não de certeza e definitividade.

Vale ressaltar que ambas as tutelas não são contempladas com a satisfação jurídica. Na tutela antecipada há satisfação fática do direito da parte, bem como na tutela cautelar não gera à parte o aproveitamento do bem da vida. A satisfação jurídica quer dizer, de acordo com Daniel Assumpção, solução definitiva da crise jurídica, que somente se obtém com uma cognição exauriente.

Ao se analisar os requisitos para a concessão das medidas, os requisitos da prova inequívoca da verossimilhança da alegação na tutela antecipada, e o *fumus boni*

*iures* na tutela cautelar, não são suficientes para a concessão da tutela de urgência, devendo-se fazer presente o fundado receio de dano irreparável ou difícil reparação, na primeira, e o *periculum in mora* na última. Ambos representam o mesmo fenômeno apesar da diferença do *nomem iures*. Portanto, em ambas as tutelas deverá a parte convencer o magistrado da urgência na concessão da medida, e caso não deferido gerará a parte um dano irreparável, perecendo o direito.

Restou expressamente consagrado no art. 273, §7, a fungibilidade entre as tutelas antecipada e cautelar, sendo, assim, um reconhecimento do legislador de que as tutelas não são iguais, mas sim próximas. Para Daniel Assumpção<sup>18</sup>, o citado dispositivo deverá ser coadunado com o princípio da adstrição do juiz ao pedido da parte. Devendo, outrossim, ser aplicada de “mão dupla”, ou seja, há que se ter a adequação à pretensão à tutela de urgência cabível ao caso.

#### **4. DA TUTELA DE EVIDÊNCIA**

A novidade no projeto do novo código de processo civil também se operou quanto aos direitos líquidos e certos de uma parte em face da outra. Portanto, quando a parte demonstre direito evidente não se mostraria razoável adiar a satisfação desses direitos, fulcrado em prova inequívoca. Assim, a tutela de evidência, conforme os ensinamentos de Luiz Fux, “não é senão uma tutela antecipada que dispensa o risco de

---

<sup>18</sup>NEVES,op.cit.p.73

dano para ser deferida, na medida em que se funda em direito irretorquível da parte que inicia a demanda”<sup>19</sup>.

A intenção do projeto, através de suas inovações, é fulcrada na atribuição de maior acesso à justiça através da adaptação de todo um sistema de garantias fundamentais à resolução das questões postas à análise do Estado-juiz. Portanto, faz-se imperioso abolir as exigências processuais injustificadas bem como imprescindível uma posição ativa do julgador no processo. Dentre essas inovações se apresenta a tutela de evidência.

Consoante análise do art. 285 do anteprojeto, verifica-se que o direito da parte é, sem dúvida, o seu ponto nevrálgico, ou seja, a busca quanto a sua certeza ou existência.

De acordo com Luiz Fux “a evidência toca os limites da prova e será tanto maior quanto mais dispuser o seu titular de elementos de convicção” sendo “evidente o direito cuja prova dos fatos sobre os quais incide revelá-los incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria”<sup>20</sup>.

Não há como se negar que submeter o direito evidente às formalidades exigidas no processo seria um retrocesso, violando, inclusive, garantias fundamentais como as do acesso à justiça e a duração razoável do processo. Ademais, nos casos de evidência do direito do autor, o risco de produção de uma injustiça pela demora na prestação

---

<sup>19</sup> FUX, op. cit. p.24.

<sup>20</sup> FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência: fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996.p.313.

jurisdicional é muito mais elevada do que a possibilidade de erro judiciário, é, portanto, imperioso concluir pela concessão da tutela nesses casos<sup>21</sup>.

Luiz Fux<sup>22</sup> enumera as situações de evidência: direito líquido e certo consubstanciado em prova documental; direito fulcrado em fatos notórios ou incontrovertidos; direito utilizado para obstar conduta contrária a lei, que, de acordo com as alegações do autor, o réu vem praticando ou praticou; o direito que depende de pronunciamento judicial para a sua definição, pois, em regra, o direito objetivo não depende de prova; direito em favor do qual milita presunção *jure et de iure*; direito fulcrado em prova emprestada colhida de acordo com os direitos e garantias fundamentais e que por isso não precisará ser novamente produzida; direito decorrente de prescrição e decadência e etc.

De acordo com o anteprojeto, as hipóteses de tutela de evidência constam do art. 285, nos seus quatro incisos e no seu parágrafo único, bem como no art. 908, §1º, quando dispõe acerca dos recursos.

O primeiro inciso do art. 285, que disciplina de forma idêntica ao art. 273, II, do CPC, é o caso de tutela evidente sancionadora caracterizada pelo abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório, casos de tutela não urgente, devendo para sua concessão o prévio requerimento.

Já na hipótese do inciso II, baseia-se em uma cognição exauriente, onde o juiz já possui todos os elementos para a formação do seu convencimento quanto a parte ou

---

<sup>21</sup> *ibid.* p.80.

<sup>22</sup> FUX, *op.cit.* p.317

quaisquer dos pedidos formulados na inicial. Sendo, assim, incontroversos, darão ensejo a uma decisão definitiva.

Pela análise do inciso III, verifica-se que tampouco irá se analisar o *periculum in mora* para a concessão da liminar, mas sim com a demonstração do direito alegado através de prova documental irrefutável, a que o réu não oponha prova inequívoca. A redação, que ainda não saiu do anteprojeto, já causa perplexidade e na doutrina, como a de Bruno Vinícius da Rós Bodart<sup>23</sup>, que, para ele, “uma prova irrefutável não poderá ser afastada por nenhuma outra”.

Na verdade, pela análise, percebe-se que o que se pretende é uma prova que seja suficientemente substancial num primeiro momento para embasar a pretensão autoral à obtenção da liminar. Destarte, poderá o réu, inclusive, refutar tal pretensão por meio de prova que demonstre fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, caso em que o indeferimento da liminar é incontestado. Tal prova, conquanto ausente previsão legal, deverá ser também documental para assegurar os fins propostos pela tutela de evidência, celeridade da tutela jurisdicional.

Cabe ressaltar que a tutela de evidência parece, num primeiro momento, similar ao procedimento monitório que o anteprojeto, se aprovado, retira do ordenamento jurídico.

A finalidade de ambos os procedimentos é a busca pela celeridade da resposta jurisdicional, por conta da demonstração da grande probabilidade da procedência do pedido autoral.

---

<sup>23</sup>ibid.p.320.

Todavia, diferenças se impõem: limitação na ação monitória a pretensão é fulcrada no pagamento de somas em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel, já na tutela de evidência inexistem tais restrições.

Além disso, verifica-se na tutela de evidência a necessidade de contestação para o deferimento da liminar, acarretando revelia, com a ausência de resposta, tendo a execução realizada caráter provisório, o que não ocorre no procedimento monitório, que poderá a liminar ser concedida, *inaudita altera parte*. Ademais, a resposta no procedimento monitório realiza-se por meio de embargos, e caso silente o réu após transcorrido o prazo para a resposta *in albis*, ocorrerá a constituição do título executivo judicial. Ao contrário da tutela de evidência, em que a decisão concessiva da tutela não está apta a ensejar a coisa julgada, por isso deverá ser reforçada em futura sentença.

Baseia-se o inciso III em hipótese concessão da liminar em pretensão fulcrada em juízo de probabilidade com o escopo de tutelar a celeridade processual e não situação emergencial, sendo esta, uma técnica da condenação com reserva de exceções. Apresenta-se, aqui, portanto, apenas o *fumus boni iures*, sendo dispensada a análise da existência do *periculum in mora*.

Insta salientar que o art. 285, III, em nada tem a ver com o que Roberta Tiscini<sup>24</sup> dá o nome de “provimento decisório sem accertamento” ou “decisoriedade simples”, o agir do magistrado se restringe a conferir à parte os efeitos práticos da decisão, sem que esse direito tenha sido declarado, se mantendo até que a outra decisão seja pronunciada por iniciativa da outra parte, não, ficando, portanto, acobertada pelo manto da coisa julgada.

---

<sup>24</sup>TISCINI, Roberta. *I provvedimenti decisorii senza accertamento*. Torino: G. Giappichelli, 2009. P.87.

O acerto funda-se em juízo de certeza, diferentemente do instituto da decisória simples em que a coisa julgada não se apresenta, pois não houve a declaração de procedência ou improcedência do pedido por uma sentença.

A tutela de evidência é uma espécie de técnica da condenação com reserva de exceções, portanto, caso requerida de forma incidental, tem a provisoriedade como uma das suas características, e, de acordo com a autora, têm os efeitos antecipados aptidão para confluírem na sentença, por se tratar de decisão privada de independência estrutural<sup>25</sup>. Assim, a decisão produz efeitos precários, idôneos a se estabilizarem, mas não imutáveis<sup>26</sup>.

Percebe-se que, tanto na condenação com reserva de exceções quanto nos provimentos decisórios sem acerto, ocorre a preclusão para o julgador, não podendo ele decidir novamente acerca de questão analisada em momento anterior. Difere da coisa julgada por faltar conteúdo declaratório na decisão.

Importante notar que a opção pelos provimentos decisórios sem acerto se direciona na obtenção de uma tutela mais célere, renegando, em contrapartida, a estabilidade proveniente da função jurisdicional.

Quando se fala no art. 285, III, concedido em procedimento autônomo, o provimento decisório sem acerto surge no anteprojeto. Mais precisamente no 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”.

---

<sup>25</sup>FUX,op.cit.p.83.

<sup>26</sup>ibid.p.45.

Não obstante a redação não ser muito precisa, a exigência de prazo ( 30 dias ou a ser fixado pelo juiz), com previsão no art. 289, caput, para se eventualmente o réu realizar impugnação, no procedimento autônomo se restringem, apenas, às tutelas de urgência, requeridas de forma prévia, conforme nos ensina Bruno Vinícius da Rós Bodart<sup>27</sup>.

Pela redação do art. 285, IV, apresenta-se a possibilidade de concessão da medida, se a matéria for de direito e se restringir a quando houver jurisprudência firmada em julgamentos de casos repetitivos ou súmulas vinculantes. Para se resguardar as garantias constitucionais, as decisões proferidas não terão caráter definitivo.

Por meio de uma interpretação sistemática, verifica-se que a utilização do art.285, não apenas no inciso IV, terá sua concessão restrita em favor do autor, e caso haja jurisprudência em sentido contrário, caberá ao magistrado rejeitar liminarmente a exordial.

Insta ressaltar tratar-se o inciso IV de única hipótese de concessão da medida liminar em tutela evidente que poderá ser concedida sem a oitiva da outra parte, diferentemente do que ocorre nos demais incisos em que um comportamento do réu se impõe.

O § único do art. 285 cria novo regramento que vem a tomar o lugar da “ação de depósito”, disciplinada nos artigos 901 a 906, CPC. Retira, destarte, a exigência da estimativa do valor da coisa, caso não conste do contrato, sendo necessário apenas em fase de execução. Portanto, inviável a restituição da coisa *in natura*, será a questão

---

<sup>27</sup>FUX,op.cit,p.85.

resolvida em sede de execução, não acarretando qualquer conseqüência em processo de conhecimento.

A questão de maior relevo gravita em torno da prisão civil do depositário infiel, e da inovação trazida pelo anteprojeto. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a equivalência à Emenda Constitucional do pacto de São José da Costa Rica, conforme reza o art. 5º. § 3º, CRFB, diploma que restringe a prisão civil ao devedor de alimentos, derogando todas as normas que dispunham o contrário. Adotou, desta forma, a tese da supra legalidade. Por conta disso, a responsabilidade do depositário judicial consta do art. 130, caput, e parágrafo único, do Anteprojeto, em nenhum momento se referindo a prisão.

Com fulcro no art. 284, do anteprojeto, em observância a uma interpretação sistemática, bem como em prol do respeito ao princípio da inércia, a necessidade de provocação do magistrado para a obtenção da tutela de evidência é imposta, exceto pelo art. 285, II. No caso de tutela de urgência, sendo de forma excepcional ou por previsão legal, o caso em que o juiz concederá tais medidas de ofício.

Cabe observar, outrossim, que a exigência de requerimento por parte do autor, merece respaldo quando se verifica impossível atribuir responsabilidade em face daquele que sequer apresentou requerimento. Por óbvio, que no caso de cumulação de pedidos, sendo algum deles incontroversos, a necessidade de apresentação de requerimento é infundada.

Resta indagar acerca da possibilidade de veiculação da pretensão da tutela de evidência através de procedimento autônomo. Iniciando a análise pelo art. 285, II, a

resposta é negativa. Isso porquanto é apenas no bojo do processo principal que irá se verificar se um ou alguns dos pedidos serão ou não tidos como incontroversos.

Pela redação do art. 290, caput, do anteprojeto “As medidas conservam a eficácia na pendência do processo em que esteja veiculado o pedido principal, mas pode, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas, em decisão fundamentada, exceto quando um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroversos, caso em que a solução será definitiva.”

Da mesma forma, será apenas veiculada em caráter incidental, o disposto no art. 285, I, acerca do abuso do direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório. Outrossim, se a tutela de evidência se fulcrar em matéria unicamente de direito, pois o que se pretende com uma análise autônoma é a obtenção de uma cognição sumária, de maior celeridade, não tendo razão de ser se o que se pretende é análise de matéria estritamente de direito.

Por fim, a tutela de evidência que se baseia em prova documental do depósito legal ou convencional, poderá, sem qualquer óbice, ser veiculada através de procedimento autônomo. Ademais, para Bruno Vinícius da Rós Bodart, concedida a tutela em feito autônomo, autoriza o anteprojeto, ao autor, à renunciar a coisa julgada, submetendo em contrapartida, o seu pleito a procedimento mais célere. Caso o juiz conceda a tutela, a decisão irá adquirir estabilidade através da produção dos seus efeitos, até que outra a revogue.

## **CONCLUSÃO**

É notória a insatisfação do jurisdicionado quanto à prestação jurisdicional, e isso não é de hoje. A ausência de eficácia e celeridade na prestação jurisdicional são alguns dos motivos para que o descrédito se propague, clamando a sociedade por mudanças que, a cada dia, percebe-se maior necessidade. Por isso o nascimento do anteprojeto é por todos comemorado.

O anteprojeto realiza alterações substanciais para prover todos os anseios sociais, e, como visto, em alguns pontos consegue e em outros não. Todavia, acerca, especificamente, ao presente tema, os sucessos predominaram. A retirada do processo cautelar e a sua substituição pela previsão das tutelas de urgência e evidência, trouxe ao magistrado mecanismos para a satisfação da pretensão deduzida de forma célere e de acordo ao mandamento constitucional da duração razoável do processo. Celeridade não é apenas rapidez na prestação jurisdicional, mas sim prestação rápida e eficaz, não podendo esta se perder sob o argumento de números excessivos de processos em relação ao número de julgadores, bem como a existência de recursos intermináveis.

Ressalta-se que a tutela de urgência não traz grandes inovações por conta de já se encontrar prevista no atual código de processo civil, mas sim a tutela de evidência que traz uma proposta de prestação jurisdicional eficaz e célere quando se tratar dos casos de direito evidente.

Portanto, mudanças são essenciais para a realização do acesso à justiça, que é a realização do acesso a uma ordem jurídica justa, e, embora se trate de direito em expectativa, não é cedo para afirmar que o anteprojeto, no que concerne as tutelas de natureza sumária, conquanto haja a necessidade de alguns reparos, acertou.

**REFERÊNCIAS**

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1989

BEDAQUÊ, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas de urgência*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

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

FUX, Luiz. *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa*: São Paulo: Forense, 2011.

THEODORO JR., Humberto. *Tutela jurisdicional de urgência*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. 7.ed. São Paulo: RT, 2008, vol.2 – Processo de conhecimento

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 3.ed. São Paulo: Método, 2011

PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.T.III.

REIS, José Alberto dos. *A figura do processo cautelar*. Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n.3, Lisboa, 1947.

TISCINI, Roberta. *I provvedimenti decisorii senza accertamento*. Torino: G. Giappichelli, 2009.