



Julio 2017 - ISSN: 1988-7833

MECANISMOS DE COGNIÇÃO SUMÁRIA: A TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Diego Damas Fernandez¹

Vanessa Hernandez Caporlínua²

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Diego Damas Fernandez y Vanessa Hernandez Caporlínua (2017): "Mecanismos de cognição sumária: a tutela provisória no novo código de processo civil", Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (julio-septiembre 2017). En línea: <http://www.eumed.net/rev/ccss/2017/03/tutela-provisoria-brasil.html>

RESUMO

O presente artigo busca refletir sobre a evolução, o avanço e as modificações do instituto da tutela provisória a partir de sua compreensão como garantia dos direitos fundamentais. Ainda, estando tal instituto imerso em uma nova compreensão do paradigma processual civil, o qual se vive no Brasil com o advento do Novo Código de Processo Civil, Lei n.º 13.105 de 16 de março de 2015, objetiva compreender as abordagens conceituais e históricas mais relevantes por meio da lógica de pensamento que fundamentou a existência dos mecanismos de cognição sumária. Para tanto é usada a metodologia qualitativa de cunho bibliográfico e documental. O presente trabalho chega à análise dos possíveis desafios que poderão ser encontrados na prática forense quanto ao uso da tutela provisória e seu requerimento, destacando a importância de se atentar para o real objetivo da cognição sumária, o qual é dar celeridade e garantir uma prestação jurisdicional mais efetiva na promoção de uma sociedade justa e pacífica sem violar a segurança jurídica.

Palavras-chave: Cognição sumária. Direitos fundamentais. Novo Código de Processo Civil. Tutela provisória.

MECHANISMS OF SUMMARY COGNITION: THE PROVISIONAL MEASURES IN NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE

ABSTRACT

¹ Graduando curso de Direito pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG. diegodamasfernandez@hotmail.com.

² Docente do curso de Direito pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG. vanessac@vetorial.net.

This scientific paper discusses the evolution, advancement and changes in the Institute of Guardianship Provisional and its subdivisions from your understanding as a fundamental guarantee of fundamental rights. Still, being immersed in a new understanding of civil procedural paradigm, which we are currently living in Brazil with the advent of the New Code of Civil Process, Law n.º 13.105 of 16 March, 2015, this article presents a reflection about the conceptual and historical approaches most relevant to thinking logic that justified the existence of brief cognitive mechanisms. Finally, this paper also analyzes the challenges that are currently found in forensic practice in relation to provisional guardianship and its application, always emphasizing the importance of attending to the real purpose of the summary cognition, which is without violating security legal, to expedite and ensure more effective judicial assistance in promoting a just and peaceful.

Key-works: Provisional Guardianship; Summary cognition; New Code of Civil Process.

1. INTRODUÇÃO: O PROBLEMA ATUAL DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Inicialmente é importante refletir acerca dos diversos obstáculos e circunstâncias que fazem com que a justiça, analisando a sua resposta à sociedade e o modo como esta resposta é dada, diante das suas demandas para a solução de conflitos, tenha o seu alcance e efetividade prejudicados. Por isso, importa observar, sobretudo, a morosidade dos serviços prestados pelo Poder Judiciário, a eficácia desses serviços, e o quanto a resposta desta prestação jurisdicional pode influenciar a formação de uma nova compreensão do Direito Processual Civil e dos seus paradigmas de compreensão.

Diante disso, já elucidando o que seria a maior causa da obstaculização da prestação jurisdicional, menciona Mesquita, 2002: “Para tanto, não se pode ter desmedido apego às formas em detrimento da justiça, vale dizer, não é com tecnicismos que se dará prevalência ao anseio da comunhão social em alcançar a paz, com uma eficaz e concreta solução de seus conflitos”.³

Nota-se que na medida em que há o avanço na reconstrução do Direito, e na modificação, elaboração e aperfeiçoamento da matéria do Direito Processual Civil brasileiro, ocorre também o avanço para além de um processo tecnicista e estritamente formal, como observou o autor mencionado.

Trentin, ao analisar o pluralismo jurídico, afirma que:

Ao passo que a teoria moderna do direito trouxe uma cultura liberal e igualitária, centrada na segurança e na centralização política, acabou também por criar uma tradição monista, calcada na racionalidade e no cientificismo. Essa cultura, de ideal iluminista, acabou por revelar um projeto formalista, tecnicista, que não consegue resolver aos impasses atuais. Mostra-se ultrapassado, visto ter sido consolidado nos séculos XVIII e XIX. O paradoxo da modernidade, segundo Stein (1997), faz imperar a autoridade estatal opressora, que impede que o homem se afirme em termos de autonomia e liberdade.⁴

Assim, ao longo das teorias do Direito Processual se esteve abarcado de formalismos e tecnicismos oriundos da cultura igualitária e liberal calcada na segurança e na centralização política,

³ MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Pg 264.

⁴ TRENTIN, Fernanda. Métodos alternativos de resolução de conflito: um enfoque pluralista do direito. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11252&revista_caderno=24>. Acesso em abr 2016.

como bem lecionou a pesquisadora, abordando ainda a atual incapacidade cultural em resolver os impasses atuais, imperando uma autoridade estatal.

Ao passo disso, com a vigência do Novo Código de Processo Civil, Lei n.º 13.105 de 16 de março de 2015, pode-se afirmar que se está reconstruindo a compreensão do Direito Processual de modo atrelado à Constituição Federal, ou seja, evidencia o paradigma processualista constitucional, que repousa, principalmente, sobre o art. 1.º do Código, que em sua redação dispõe: “O processo civil será **ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil**, observando-se as disposições deste Código”. (grifamos).

Observe-se que a preocupação primeira do novo Código, é expressar que o processo civil deve ser ordenado, disciplinado e interpretado à luz da Constituição Federal. Em outrora, o Código de Processo Civil de 1973 foi recepcionado pela Constituição Federal promulgada em 1988 e o novo paradigma de compreensão constitucional não estava, portanto, expresso no texto legal, embora já estivesse sendo discutido e consolidado ao longo dos anos.

Logo, o paradigma de compreensão constitucional do processo civil nasce junto com o primeiro código processualista brasileiro que teve todo o seu processo de elaboração, tramitação e publicação, inteiramente transcorrido em período democrático, num Estado de Direito, tal como prevê a Constituição Federal Brasileira.

A Carta Magna ao trazer a democracia como princípio fundamental promete diminuir as desigualdades sociais e para tanto prevê direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido Lopes Júnior, ao ser questionado sobre o Direito Processual na atualidade e como se pode enfrentar a questão da eficácia dos direitos fundamentais, afirma:

A resposta passa, necessariamente, por uma leitura constitucional do processo penal. Se antigamente, o grande conflito era entre o direito positivo e o direito natural, atualmente, com a recepção dos direitos naturais pelas modernas constituições democráticas, o desafio é outro: dar eficácia a esses direitos fundamentais.⁵

Partindo da Constituição Federal de 1988, uma constituição moderna e democrática, e de seus direitos fundamentais, é que o Novo Código de Processo Civil se propõe, com seu paradigma constitucional de compreensão, a dar eficácia aos direitos fundamentais já consagrados, e assim superar as dificuldades mais comuns enfrentadas na prestação jurisdicional, a exemplo da morosidade na tramitação dos processos, e na consequente efetiva prestação jurisdicional.

A demora na prestação jurisdicional, tão costumeira, sempre foi tida como uma barreira à efetiva consolidação da justiça, pois, uma vez que a justiça tarda em solucionar determinado conflito, põe em xeque a própria pretensão do jurisdicionado que pode ainda restar prejudicado em seu direito.

Contudo, a Constituição Federal consagra a duração razoável do processo e os meios garantidores de celeridade processual, dispondo no “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;”.

Todavia, hodiernamente, o crescente número de demandas e processos judiciais de forma exponencial, bem como os problemas institucionais de infraestrutura e com a gerência e deficiência de pessoal, resultam no congestionamento ou no agravamento da morosidade do Poder Judiciário, comprometendo a celeridade do trâmite dos processos e a efetiva prestação da tutela jurisdicional.

Ainda, há uma grande discussão acerca da reponsabilidade do Estado frente aos danos causados por esta morosidade na prestação jurisdicional. De modo que levou a doutrina a refletir sobre tal assunto, prevalecendo, hoje, a corrente que acredita na responsabilização do Estado, conforme elucida Annoni, trazido por Resende:

É preciso ter-se em mente que a prestação jurisdicional, para que seja injusta, não requer, necessariamente, que esteja eivada de vícios ou de ter o juiz agido com dolo,

⁵ LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 8ª Ed. Vol I. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. Pg.07.

fraude ou culpa quando da decisão. O não julgamento quando devido ou o seu atraso demasiado também se constituem de prestação jurisdicional deficiente e injusta. É omissão ao dever legal de prestar, a qual enseja, naturalmente, a responsabilidade pelos danos oriundos.⁶

Nesse sentido é que se tem, frente à morosidade da prestação jurisdicional, a possibilidade de levar o juízo a uma cognição sumária, a fim de se obter determinados provimentos sem que seja obstaculizada a efetiva prestação jurisdicional ou ainda a má prestação jurisdicional.

2. A POSSIBILIDADE DA COGNIÇÃO SUMÁRIA

O termo “cognição” na mais pura e simples acepção da palavra, tem o significado de algo posto para exame, para que seja conhecido. E “sumária” traduz a ideia de simplicidade, brevidade, concisão como se sabe.

Ainda, sob o prisma do Direito Processual Civil, trata-se de atividade, ou conjunto de atividades em que ao juiz é possibilitada a análise com menor verticalidade dos fatos e direitos postos pelas partes litigantes para a sua apreciação, a fim de formar um prévio conhecimento da matéria motivando decisões judiciais, conforme preleciona o autor Fredie Didier.⁷

Ainda, o juiz ao conhecer sumariamente algumas questões, as faz com razoável agilidade e baixa intensidade, assim dificilmente tem a certeza da existência do direito trazido e alegado por alguma das partes e do fato analisado. Contudo, o magistrado tolhe as probabilidades do caso em concreto, analisando os fatos expostos e o direito pretense, devendo ater-se ao cumprimento do requisitos autorizadores das medidas antecipatórias postuladas e cabíveis, seja a tutela de urgência ou de evidência.

O Código de Processo Civil de 1973, em seu Livro III, prevê a tutela cautelar, ou seja, garante a sua presença no ordenamento brasileiro e assegura a efetividade da tutela do direito material, sem a intenção de satisfazer por completo a realização de tal direito em si ou já o consagrá-lo no caso concreto, mas apenas assegurá-lo.

Sobre isso, nos dizeres de Theodoro Júnior, tem-se que a tutela cautelar constitui uma:

providência concreta tomada pelo órgão judicial para eliminar uma situação de perigo para direito ou interesse de um litigante, mediante conservação do estado de fato ou de direito que envolve as partes, durante todo o tempo necessário para o desenvolvimento do processo principal.⁸

Ainda, menciona o autor Ovídio Baptista da Silva acerca da possibilidade do juiz prestar a tutela cautelar:

A cognição exauriente que o magistrado tivesse de desenvolver, quando ele fosse convocado para prestar a tutela cautelar, além de supérflua e inútil, seria incompatível com a urgência que se presume, invariavelmente, como elemento constante para o cabimento da tutela cautelar. Ora, tal exigência torna inadequado o procedimento ordinário.⁹

Em que pese o autor tratar exclusivamente da tutela cautelar, importa observar em seu ensinamento que o que realmente motiva a decisão do juiz, seja cautelar ou sumária, é a convocação

⁶ RESENDE, Patrícia Newley Kopke. *A responsabilidade civil do Estado pelos danos decorrentes da morosidade na prestação jurisdicional*. Dissertação Mestrado Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2012.

⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v.2. Salvador: Juspodivm, 2007. Pg. 561.

⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 362.

⁹ SILVA, Ovídio de Araújo Baptista da. *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

que a parte faz ao magistrado em busca de uma maior efetividade à prestação da tutela, posto que se pressupõe um estado de ameaça ou lesão a direitos.

Ainda, a possibilidade da formação de uma cognição sumária pelo juiz não traz à parte que pleiteou a irreversibilidade da decisão do magistrado, posto que a sentença deverá tratar novamente da questão e mais a fundo do que os mecanismos de cognição sumária o trataram anteriormente.

Face a não satisfação ou realização do direito material em si de forma imutável é que surgiram na prática forense inúmeras tentativas de distorcer e modificar o instituto, com o objetivo de se alcançar a satisfatividade pela cognição sumária. Surgiram assim as cautelares satisfativas, que nunca foram bem aceitas pelos tribunais como uma regra, ou procedimento que merecesse ser seguido pelos julgadores.

Assim, tem-se alguns julgados que formaram precedentes, como pode-se observar:

PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE COMODATO. AJUIZAMENTO DE AÇÃO CAUTELAR SATISFATIVA DE BUSCA E APREENSÃO. RETOMADA DOS BENS OBJETO DO CONTRATO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. **1. A possibilidade de ajuizamento de medida cautelar satisfativa é medida excepcional no ordenamento jurídico, devendo haver previsão legal expressa para o seu cabimento.** 2. A observância desses preceitos, longe de apego excessivo a formalismo, na verdade resguarda o devido processo legal e assegura o direito pleno de defesa, com possibilidade ampla de produção de provas, pois o processo cautelar, com nítido escopo de garantia e acessoriedade, tem por finalidade apenas assegurar a eficácia do provimento a ser proferido na demanda principal. 9 (...) ¹⁰

E ainda, pela exceção ao posicionamento majoritário dos tribunais:

MEDICAMENTO - CERIDASE - FORNECIMENTO - **LIMINAR SATISFATIVA** - DIREITO A VIDA. E VEDADA A CONCESSÃO DE LIMINAR CONTRA ATOS DO PODER PÚBLICO, NO PROCEDIMENTO CAUTELAR, QUE ESGOTE, NO TODO OU EM PARTE, O OBJETO DA AÇÃO. NESTE CASO, ENTRETANTO, O QUE ESTARIA SENDO NEGADO SERIA O DIREITO A VIDA, POIS SEM O MEDICAMENTO O RECORRIDO NÃO SOBREVIVERIA. RECURSO IMPROVIDO. ¹¹

Contudo, em 1994 é editada a Lei n.º 8.952, a qual insere no Direito Processual brasileiro a chamada tutela antecipatória, cujo objetivo não era assegurar à tutela ao direito, mas sim realizar o direito material em determinada situação de perigo de dano ou abuso de direito de defesa, de forma a antecipar os efeitos da sentença de mérito, levando aos magistrados uma nova possibilidade de conhecer sumariamente algumas questões materiais da lide, desde que provocado pelas partes.

Ainda, devido aos imbróglis ocasionados pelos próprios juristas, que não faziam o correto uso dos institutos (tanto da tutela cautelar quanto da tutela antecipatória) confundindo-se ou não sabendo qual dos mecanismos poderiam ser interpostos para o melhor amparo do direito da parte assistida, muitas ações foram extintas sem resolução de mérito.

Para tanto, a Lei n.º 10.444 de 2002, trouxe o princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgências, dispondo no Código de Processo Civil de 1973:

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

¹⁰ STJ - REsp: 540042 CE 2003/0028628-0, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 10/08/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/08/2010.

¹¹ STJ - REsp: 127604 RS 1997/0025564-6, Relator: Ministro GARCIA VIEIRA, Data de Julgamento: 18/12/1997, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 16/03/1998 p. 43.

convença da verossimilhança da alegação e: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002).

Com isso, o próprio juiz, observando os pressupostos necessários poderia sanar o erro aparente do firmatário, e conhecendo o mérito da demanda sobre os fatos e o direito, determinar a medida cabível, sendo esta através de um provimento cautelar ou da antecipação da tutela, aproveitando o ato já praticado.

Importante salientar que a doutrina e a jurisprudência, no que tange aos recursos, já mantinha este posicionamento e esta prática com base no artigo 250 do Código de Processo Civil de 1973, entendendo que devia o juiz aproveitar o ato praticado pela parte, a fim dar uma resposta efetiva aos jurisdicionados.

Nesse sentido, Carvalho Filho em seus ensinamentos, faz uma análise clara do que se tornou a prática forense:

Com o disposto no art. 273 § 7º, do Código de Processo Civil, que trata da fungibilidade entre as medidas conservativas e satisfativas, haverá redução dos processos cautelares autônomos, pois se a lei autoriza, pela fungibilidade, deferir cautelar conservativa em lugar de antecipação requerida no próprio processo de conhecimento, é possível a adoção desta mesma técnica sempre que a parte formule pedido de tutela cautelar incidental, eliminando-se a necessidade de processo autônomo.¹²

Contudo, após a tutela antecipatória ganhar espaço na prática forense, e a fungibilidade ser consagrada, a própria prática forense, com o amparo da doutrina e da jurisprudência, passou a não usar mais, de modo recorrente, as cautelares.

3. O DESUSO DAS MEDIDAS CAUTELARES E DO PROCESSO CAUTELAR

Diante da necessidade de mudanças advindas do contexto histórico, social e político, o Direito Processual Civil foi se moldando e se reestruturando para tentar dar maior efetividade à prestação da tutela jurisdicional e jurídica. Destaca-se que o processo, enquanto objeto de estudo, sofreu fortes influências nos últimos tempos, sobretudo pela mudança de paradigmas, como já abordado.

Assim, com todo o movimento do sincretismo e unicidade processual, a exemplo disso podemos citar a Lei n.º 11.232 de 2005 que uniu o processo de conhecimento com o processo de execução, buscou-se sempre dar maior celeridade ao processo civil, ao passo que deu também ao julgador melhores meios para adquirir e formar o seu conhecimento.

Por isso, as cautelares passaram a ser menos utilizadas na prática forense, a qual se amparou em outros mecanismos para levar a juízo o conhecimento das suas demandas pela satisfação da manifesta pretensão a direitos ou até mesmo requerendo declaração da existência do próprio direito material. Os magistrados puderam dar uma maior agilidade ao conhecer das demandas e decidir sobre determinados aspectos antecipadamente através da tutela antecipatória, sem que houvesse mais a necessidade de um novo processo apenso ao principal.

Nas palavras de Didier Junior:

A possibilidade de requerimento, agora com base legal expressa, de medida cautelar no próprio processo de conhecimento enfraqueceu o já desprestigiado e combalido

¹² CARVALHO FILHO, Milton Paulo. *Processo civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

processo cautelar. Ora, qual é a utilidade de a parte dar ensejo a um processo cautelar autônomo preparatório, se o pedido cautelar puder ser formulado no processo de conhecimento, que ademais necessariamente ajuizado? Realmente nenhuma.¹³

Logo, existindo a possibilidade expressa de requerer ao juízo a medida cautelar no próprio processo de conhecimento, fez com que o processo cautelar autônomo perdesse a sua utilidade prática.

Cabe mencionar que a função do processo, bem como os avanços nos mecanismos de cognição sumária tem como único objetivo trazer a pacificação social e, buscando o aprimoramento das técnicas, dar condições e suporte para que a justiça possa alcançar a efetividade na prestação da tutela, ainda que esta compreensão seja um tanto quanto subjetiva e de difícil alcance, posto que a sociedade, em constante mudanças anseia a todo momento por respostas efetivas e eficazes à seus conflitos.

Preleciona, nesse sentido, Mesquita que:

Não se pode pensar em efetividade com uma ordinarização processual. Deve haver uma abreviação do iter procedimental, eliminando a densidade de um processo demasiadamente moroso. Somente com técnicas de sumarização, tutelas jurisdicionais diferenciadas, direcionadas a efetividade do processo, será possível acompanhar a realidade que nos cerca.¹⁴

Portanto, com o processo cautelar caindo em desuso é que o Novo Código de Processo Civil trouxe o aperfeiçoamento do instituto das tutelas provisórias de modo a readequar o instituto dos provimentos provisórios e antecipatórios para melhor atender às demandas judiciais, uma vez que novas perspectivas passaram a ser encaradas e novos desafios são postos ao Judiciário e à sociedade.

4. A TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A tutela provisória, conforme disposta no Título V do Novo Código de Processo Civil, Lei n.º 13.105 de 2015, é gênero do qual são espécies suas duas formas: tutela de urgência, que abrange a cautelar e a antecipada; e a tutela da evidência.

Cabe ressaltar que a tutela provisória é proferida mediante a cognição sumária do julgador e, excepcionalmente, pode ser concedida em cognição exauriente. Ainda, irá conservar a sua característica de reversibilidade, podendo o juiz modificá-la ou revogá-la, segundo o que dispõe o artigo 296 do Novo Código. De modo especial também assegura que a concessão da tutela de urgência não acontecerá se houver perigo de irreversibilidade do provimento, conforme artigo 300, §3.º do Novo Código.

4.1. DA TUTELA DE URGÊNCIA: SUA DISPOSIÇÃO E NOVOS DESAFIOS

Quanto à tutela de urgência, esta se subdivide em tutela de urgência antecipada e tutela de urgência cautelar, podendo ser requeridas e concedidas em caráter antecedente ou incidental. Tal diferenciação tão discutida e debatida pela doutrina tornou a gerar uma aproximação das duas concepções do provimento provisório da tutela, tendo ambas o tempo como inimigo.

¹³ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2007.

¹⁴ MESQUITA, Eduardo de Melo. *As Tutelas Cautelar e Antecipada*. SP, RT, 2002.

Nesse sentido, o artigo 300 do Novo Código de Processo Civil trouxe os requisitos para a concessão da tutela de urgência, dispondo que “A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.”

Observa-se que o Novo Código de Processo Civil não utiliza mais a expressão “prova inequívoca da verossimilhança” existente no Código de 1973, com isso aproximou as duas concepções de tutela cautelar e de tutela antecipada, exatamente como o Fórum Permanente de Processualistas Civis observou no seguinte enunciado:

A redação do art. 300, *caput*, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada.¹⁵

Nota-se, claramente, que se caminha em sintonia com o legado do sincretismo processual, da simplicidade das formas, do aproveitamento dos atos já praticados, em prol da eficácia no provimento jurisdicional e da celeridade processual.

Faz-se mister ressaltar que o Novo Código de Processo Civil traz a possibilidade de ser requerida a tutela antecipada em caráter antecedente, ou seja, em sendo a urgência presente na propositura da ação, pode o requerimento de tutela antecipada com a indicação de tutela final ser proposto para que o juiz, tendo conhecimento do direito e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo, determinar o cumprimento de medida provisória.

Nesse caso, em que a petição inicial é o mero pedido de antecipação de tutela com indicação à tutela final pretendida, e sendo concedida a medida pelo juiz, deverá o autor aditar a sua petição inicial sob pena de extinção sem resolução de mérito do processo.

Aqui se pode observar o quanto o mecanismo de cognição sumária evoluiu ao ponto de não só integrar ao processo de conhecimento uma mera possibilidade de provimento antecipatório, mas indicar ao juízo o pretendido ao final e assim obter a antecipação de tutela. Com isso, vê-se a força de uma garantia processual, que foi se moldando às necessidades da prática forense em consonância com os direitos e garantias constitucionais, de modo a buscar uma maior efetividade ao direito posto em lide.

No entanto, novas discussões e impasses doutrinários já surgem com o advento do Novo Código de Processo Civil, sendo a principal delas, aquela que gira em torno da estabilização da decisão que concede a medida antecipatória nos casos em que haverá a extinção do processo sem resolução de mérito, uma vez que o novo diploma legal não traz uma abordagem clara sobre essa hipótese.

Assim, Wambier preleciona que:

O *caput* traz a informação de que a tutela antecipada requerida de forma antecedente, nos termos do art. 303 anterior, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso. Numa interpretação literal, o que terá o condão de ditar, ou não, a estabilização, será a providência recursal. Não havendo recurso, a decisão que antecipou a tutela tornar-se-á estável e o processo será extinto (§1º). Frise-se: pela letra da lei, não basta que o réu conteste a demanda. Se não houver recurso da decisão que antecipou a tutela, esta se tornará estável e o processo, com ou sem contestação, será extinto. Essa forma de interpretação, a nosso ver, não pode prevalecer. Em verdade, qualquer forma de oposição (v.g., contestação, reconvenção) deve ter o condão de evitar a extinção do processo. Basta a resistência, a manifestação do inconformismo do réu, a qual, pode se dar não só pelo recurso. A vingar uma interpretação literal antevê-se um risco potencial de aumento dos agravos de instrumento nessa situação, pois a parte seria obrigada a lançar mão do recurso se quiser que a ação prossiga e seja julgado o pedido final.¹⁶

¹⁵ Enunciado n.º 143 do Fórum Permanente de Processualistas.

¹⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. e outros. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015, p. 512

Tal posicionamento da doutrina enseja uma interpretação não literal do dispositivo em questão, de modo que o julgador, ao extinguir sem mérito o feito porque a petição inicial não foi aditada, deve revogar o provimento antecipatório que concedeu a medida provisória, posto que coloca em risco a segurança jurídica e a estabilidade processual.

Ainda, segundo interpretação literal e havendo a estabilidade da decisão provisória, a parte que deseja invalidar ou revogar a decisão provisória estabilizada deverá ajuizar uma nova ação, com um prazo decadencial de dois anos, conforme disposto:

Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.

§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

Nesse sentido se pode observar que o legislador se descuidou de tudo o que se atentava anteriormente, e de todo o processo pelo qual vinha sendo aperfeiçoado este instituto da tutela provisória, de modo que legislou formalizando um procedimento do qual o próprio juiz, ao extinguir a ação, já poderia tomar as medidas cabíveis e solucionar o imbróglio processual.

Ainda, cabe mencionar que, conforme estabelece o artigo 310 do Novo Código de Processo Civil¹⁷, o indeferimento da tutela cautelar em caráter antecedente não obsta que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse, salvo quando há decadência ou prescrição do direito postulado.

Portanto, no cenário atual do Direito Processual Civil, ainda haverá muitas discussões e construções doutrinárias e jurisprudenciais sobre o referido tema, ao passo que somente a prática processual e a consolidação das jurisprudências demonstrarão os seus efeitos para a real eficácia da prestação jurisdicional, da garantia dos direitos fundamentais e da celeridade processual.

4.2. DA TUTELA DE EVIDÊNCIA: A ACERTADA POSITIVAÇÃO

Já a tutela da evidência, será concedida independente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, como previsto no artigo 311 do Novo Código de Processo Civil, a qual será concedida, nas seguintes circunstâncias:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

¹⁷ "Art. 310. O indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse, salvo se o motivo de indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição." BRASIL. *Novo Código de Processo Civil*. 2015. Art. 310.

A finalidade principal da tutela de evidência está na probabilidade do direito e não no requisito da urgência da medida provisória, ou seja, tão somente na coerência da matéria de direito alegada, pois é possível ao Judiciário determinar o cumprimento de algumas medidas, uma vez que é manifesto o direito da parte, sem que esta fique esperando a prolação da sentença, tendo em vista que a demora no julgamento pode trazer prejuízos ao direito pleiteado.

Quanto ao requerimento da tutela de evidência Neves faz o seguinte comentário:

(...) Distanciando-se do Projeto originário de Novo CPC, na redação final do diploma legal não há previsão para o pedido antecedente de tutela da evidência. Dessa forma, há um tratamento heterogêneo entre as diferentes espécies de tutela provisória: enquanto a tutela de urgência pode ser pedida de forma antecedente e incidental, a tutela da evidência só pode ser pedida de forma incidental. É claro que, nas duas hipóteses de tutela da evidência em que não cabe sua concessão liminarmente, não haverá possibilidade material de seu pedido ocorrer de forma antecedente; mas nas duas outras, nas quais a concessão pode ou deve ser liminar, é plenamente possível se imaginar um pedido de forma antecedente. Como o Novo CPC não trata dessa possibilidade, é possível ao intérprete propugnar pela aplicação por analogia do procedimento previsto para o pedido antecedente de tutela antecipada.¹⁸

O referido autor enseja a discussão quanto à previsão para o pedido da tutela de evidência, que, como dispõe o Novo Código, somente poderá ser requerido de forma incidental. Destarte, se requerida de forma antecedente se entra no mesmo mérito da discussão anteriormente abordada, sobre a estabilidade da decisão provisória.

Tal abordagem da tutela de evidência no Código de Processo Civil seria a mais correta, uma vez que cuidou da simples normatização do mecanismo. Ressalte-se que, como já abordado em tópico anterior, o legislador não cuidou como deveria da tutela de urgência, isto é, querer que a tutela de evidência tenha o seu procedimento de forma antecedente, nos mesmos termos da tutela de urgência, parece gerar uma medida perigosa, que atenta contra a segurança jurídica e às garantias fundamentais.

Portanto, a tutela de evidência se traduz em garantia constitucional à proteção aos direitos, bem como à celeridade processual e à segurança jurídica, e ainda, perpassa através da sua disposição, o movimento pelo sincretismo processual e a busca pela redução do formalismo.

CONCLUSÃO

Por fim, importa concluir que diante de todo o processo de desenvolvimento, aperfeiçoamento e modificação dos institutos de Direito Processual Civil, a tutela provisória foi o mecanismo de cognição sumária que, enquanto objeto de análise e de estudo, foi um dos que mais se alterou com o passar do tempo, a fim de se tornar, de fato, uma garantia fundamental à proteção dos direitos.

Ainda, a tutela provisória nas suas modalidades, trazendo a possibilidade do juiz conhecer o mérito ou a probabilidade do direito, conseguiu assegurar valores tão importantes à ordem democrática, como à segurança jurídica, o devido processo legal e à celeridade processual, estando ainda em compasso com o vivenciado movimento da prática forense pelo sincretismo processual, pela simplicidade das formas, e pela redução do tecnicismo exacerbado, assim como consagrou o aproveitamento dos atos processuais já praticados.

Em que pese muitas são e serão as discussões ainda sobre os temas concernentes à tutela provisória, sobretudo no momento em que vivemos no Brasil com a positivação do Novo Código de Processo Civil, e o enfrentamento do seu novo paradigma de compreensão, importa ressaltar que o processo civil se faz com a prática cotidiana, enfrentando os desafios aos quais os juristas e jurisdicionados são submetidos.

¹⁸ NEVES, Daniel Amorim. *Novo Código de Processo Civil*, São Paulo: Método, 2015, p. 219.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. São Paulo: Saraiva. 2015.
- BRASIL. *Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva. 2015.
- CARVALHO FILHO, Milton Paulo. *Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2007.
- LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 8ª Ed. Vol I. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. Pg.07.
- MESQUITA. Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- NEVES, Daniel Amorim. *Novo Código de Processo Civil*, São Paulo: Método, 2015, p. 219.
- TRENTIN, Fernanda. Métodos alternativos de resolução de conflito: um enfoque pluralista do direito. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11252&revista_caderno=24>. Acesso em abr 2016.
- RESENDE, Patrícia Newley Kopke. *A responsabilidade civil do Estado pelos danos decorrentes da morosidade na prestação jurisdicional*. Dissertação Mestrado Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2012.
- SILVA, Ovídio de Araújo Baptista da. *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 362.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. e outros. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015, p. 512