



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO  
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

**JEVERSON FERNANDES DE SANTANA SILVA**

**A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E AS  
TUTELAS DE URGÊNCIA E EVIDÊNCIA NO CÓDIGO DE  
PROCESSO CIVIL**

**SALVADOR  
2019**

**JEVERSON FERNANDES DE SANTANA SILVA**

**A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E AS  
TUTELAS DE URGÊNCIA E EVIDÊNCIA NO CÓDIGO DE  
PROCESSO CIVIL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Coordenação do Curso de Direito da Faculdade Baiana de Direito e gestão, como requisito parcial para obtenção do grau de pós-graduação em Direito Processual Civil.

**SALVADOR  
2019**

**JEVERSON FERNANDES DE SANTANA SILVA**

**A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E AS  
TUTELAS DE URGÊNCIA E EVIDÊNCIA NO CÓDIGO DE  
PROCESSO CIVIL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Coordenação do Curso de Direito da Faculdade Baiana de Direito e Gestão, como requisito parcial para obtenção do grau de pós-graduação em Direito Processual Civil.

APROVADO EM \_\_\_\_\_ / \_\_\_\_\_ / \_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Ms.

Faculdade Baiana de Direito e Gestão.

---

Prof. Ms.

Faculdade Baiana de Direito e Gestão.

---

Prof. Dr.

Faculdade Baiana de Direito e Gestão.

Agradeço a Deus Pai, pois provém Dele toda a sabedoria. Dedico este trabalho especialmente a meus pais queridos, Fernandes e Florisvalda, e a minha amada irmã, Fernanda, por sempre me apoiarem e estarem ao meu lado nesta caminhada.

*"A injustiça num lugar qualquer é uma ameaça  
à justiça em todo o lugar."*

*(Martin Luther King – Ativista político  
estadunidense)*

## RESUMO

O objetivo da monografia foi analisar os institutos da tutela de urgência e da tutela de evidência no Novo Código de Processo Civil brasileiro, apresentando suas principais características, sempre consoante a doutrina e jurisprudência qualificadas. De forma específica, visa o Trabalho de Conclusão de Curso de pós-graduação, analisar as inovações referentes às tutelas em geral, principalmente às tutelas de evidência, que, como será visto, contribuirão para uma melhor prestação jurisdicional, trazendo efetividade e celeridade para os processos, coisa que estava prejudicada nos Códigos anteriores. Para a elaboração do trabalho científico de conclusão de curso, será utilizada a metodologia dedutiva, partindo-se de uma abordagem ampla sobre os princípios que regem o Processo Civil Brasileiro, o procedimento cautelar em geral e as tutelas de urgência e evidência sob à luz da Lei 13.105/15. Para a consecução desse fim serão utilizadas obras doutrinárias, artigos científicos e as orientações jurisprudenciais, além de outros, que, porventura, se mostrarem necessários. No NCPC, a tutela de urgência segue subdividida em tutela cautelar e tutela antecipada (satisfativa), mas os requisitos são unificados, nos termos do art. 300. E ambas as tutelas são denominadas tutelas provisórias. Os requisitos para concessão da tutela antecipada ou da tutela cautelar, antecedente ou incidental, são os mesmos (art. 300): i) probabilidade do direito, ii) perigo de dano, para as tutelas antecipadas e iii) risco ao resultado útil do processo, para as tutelas cautelares. A tutela de evidência distingue-se das outras, pela acentuada probabilidade de existência do direito do autor ou pelo elevado valor humano desse direito, a merecer proteção provisória independentemente de qualquer aferição de perigo de dano.

**Palavras-Chave:** Novo Código de Processo Civil; Tutelas; Antecipação.

## **ABSTRACT**

The goal of the monograph was to analyze the institutes of guardianship and the tutelage of evidence in the new Brazilian Civil Procedure Code, introducing its main features, always according to the qualified doctrine and jurisprudence. Specifically, the final project review the innovations relating to guardianship in General, especially the guardianship of evidence, which, as will be seen, will contribute to a better performance. For the preparation of the scientific work of conclusion of course, deductive methodology is used, leaving a broad approach on the principles governing the Brazilian Civil Procedure, interlocutory proceedings in General and the guardianship of urgency and evidence under law 13,105/15. To achieve this end shall be used doctrinal works, scientific articles and legal guidelines, in addition to others, perhaps, may be required. The NCPC, the tutelage of urgency following precautionary supervision and tutelage in advance (satisfativa), but the requirements are unified, pursuant to art. 300. And both guardianship are called provisional guardianship. The requirements for granting of guardianship or trusteeship early antecedent or incidental precautionary, are the same (art. 300): i) probability, ii) danger of damage to the guardianship and iii) hazard to the anticipated result of the process, to the protective guardianship. The tutelage of evidence distinguishes itself from the other, by the sharp probability of existence of the copyright or by the high value of this human right, earn provisional protection regardless of any benchmarking of danger of damage.

**Key-words:** New code of Civil procedure; Guardianship; Anticipation

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>1 A TUTELA DE URGÊNCIA E DE EVIDÊNCIA E O INSTITUTO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA NO CPC DE 1973.....</b>	<b>12</b>
1.1 DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO.....	14
1.2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE .....	16
1.3 DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO .....	17
1.4 DO JUIZ NATURAL .....	19
1.5 DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.....	21
1.6 DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (FORMAL E SUBSTANTIVO). .....	26
1.7 DO ACESSO À JUSTIÇA.....	29
1.8 INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL.....	30
1.9 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS .....	32
1.10 DA PROIBIÇÃO DA PROVA ILÍCITA.....	34
1.11 PRINCÍPIO DA ISONOMIA.....	36
1.12 PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE .....	37
1.13 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE.....	39
<b>2 O INSTITUTO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA NO ANTIGO CPC .....</b>	<b>42</b>
2.1 TUTELAS DEFINITIVAS E TUTELA PROVISÓRIA.....	42
2.2 DA NATUREZA JURÍDICA DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA .....	43
2.3 TUTELA ANTECIPADA E TUTELA CAUTELAR NO CPC DE 1973.....	44
<b>3 O CPC DE 2015 E AS TUTELAS DE URGÊNCIA.....</b>	<b>47</b>
3.1 TUTELA CAUTELAR EM CARÁTER ANTECEDENTE .....	55
3.2 DA TUTELA DE EVIDÊNCIA .....	59
<b>4 DA CELERIDADE DA JUSTIÇA ANTE ÀS TUTELAS DE URGÊNCIA E EVIDÊNCIA NO CPC DE 2015.....</b>	<b>61</b>
4.1 DA ESTABILIZAÇÃO DAS TUTELAS.....	69
4.2 AS TUTELAS JURISDICIONAIS ANTECIPADAS E A EFETIVIDADE DO PROCESSO JUDICIAL.....	72



**5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....75**  
**REFERÊNCIAS .....77**

## INTRODUÇÃO

Sabe-se que, no sistema processual brasileiro, ao juiz não é possível eximir-se da função que lhe é peculiar, qual seja, proferir decisão, dirimindo os litígios que lhes apresentam, buscando a aplicação da lei ao caso concreto, no intuito de atingir a solução que lhe pareça, em cada caso, a mais justa. Trata-se do princípio da indeclinabilidade.

No sistema jurídico brasileiro, a saída encontrada pelo juiz não encontra amparo legal, nem constitucional, tendo em vista que a Constituição Federal prevê a inafastabilidade da jurisdição não como mera garantia formal, mas como um direito a uma decisão, devendo ser aquela que represente, aos olhos do magistrado, a realização da justiça.

Com a edição da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, o novo Código de Processo Civil foi instituído, revogando assim a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que disciplinava o Código de Processo Civil anterior e induziu inovações no Processo Civil, notadamente, nas questões relacionadas às tutelas provisórias, que se divide em tutela provisória de urgência e tutela provisória de evidência, comparando-a com a tutela antecipada e a tutela cautelar do Código de Processo Civil de 1973.

Visando reduzir a morosidade típica das relações processuais de natureza civil, o Senado Federal elaborou e aprovou a Lei nº 13.105/15 para instituir no novo Código de Processo Civil no ordenamento jurídico brasileiro.

Dentre as principais alterações, merece destaque o tratamento dispensado às tutelas, que foram atualizadas à luz dos princípios fundamentais, bem como a criação de mais um instituto, qual seja, a tutela de evidência.

A morosidade do Poder Judiciário, no que se refere ao julgamento das lides e da prestação jurisdicional, de um modo geral, é um fenômeno globalizado, que atinge, principalmente, a população dos países menos desenvolvidos em termos socioeconômicos.

O reduzido número de magistrados e serventuários, as desproporcionais custas judiciais, os elevados honorários advocatícios e a desinformação da sociedade, são os fatores mais comuns para o descrédito do funcionamento da Justiça.

Na atualidade, principalmente após o constitucionalismo, tem-se sustentado que o acesso à justiça é um direito fundamental. Isso pode ser facilmente verificado a partir do momento em que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXXV, estabeleceu que “a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Para que o Estado, de fato, consiga atender mais eficazmente àqueles que o procuram, foram instituídas no ordenamento jurídico brasileiro as denominadas tutelas de urgência, que têm a finalidade de evitar a deterioração ou a perda do direito do demandante em razão do decurso do tempo ou qualquer outro fator.

As tutelas provisórias apresentaram significativos avanços para o sistema processual jurídico processual brasileiro, viabilizando a satisfação e resguardo da pretensão almejada.

O interesse pelo tema surgiu dos estudos realizados em sala de aula, de conversas com os colegas e professores e de notícias veiculadas em sites jurídicos. O trabalho, se bem desenvolvido, poderá contribuir com as discussões sobre o assunto, tanto na sociedade civil, como na área jurídica e acadêmica.

Desenvolveu-se particularizada pesquisa bibliográfica, através de consulta às obras mais conceituadas em direito processual civil, processual trabalhista e constitucional, bem como se utilizando de revistas jurídicas e artigos publicados pelos ilustres juristas que investigam o tema para concluir o trabalho idealizado.

No primeiro capítulo deste trabalho se apresentará os princípios constitucionais que regem o direito processual, como os princípios da razoável duração do processo; da proporcionalidade; do duplo grau de jurisdição; do juiz natural; do contraditório e da ampla defesa; do devido processo legal; do acesso a justiça; da inafastabilidade do controle jurisdicional; da motivação das decisões judiciais; da proibição da prova ilícita; da isonomia; da efetividade e da publicidade.

No segundo capítulo será versado sobre o instituto da prova no direito processual e no terceiro sobre os princípios gerais do direito probatório, para então no quarto capítulo analisar o instituto da antecipação dos efeitos da tutela no CPC de 1973 e sobre as tutelas de urgência no CPC de 2015.

O trabalho findará em seu sexto capítulo analisando se as tutelas de urgência e de evidência do CPC de 2015 deixaram os processos e procedimentos

mais ágeis e conseqüentemente dando mais celeridade à justiça, que salvaguarda, vem caminhando a passos extremamente lentos.

## 1 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE REGEM O DIREITO PROCESSUAL

A aplicação da legislação infraconstitucional deve observar estritamente a Constituição Federal. No entanto, esta visão de fundamento maior como característica da Constituição é recente, possuindo relação direta ao Estado Democrático de Direito no qual o Estado brasileiro atualmente vive.

De fato, o passado recente do Brasil demonstra que a Constituição não era considerada em sua essência como legislação primeira quando da interpretação do restante do ordenamento jurídico. “Assim, o civilista via no Código Civil a única norma que deveria ser consultada na solução de problemas naquela área, o mesmo ocorrendo com o processualista (...)”.<sup>1</sup>

Atualmente, no entanto, de acordo com Lenza<sup>2</sup>, é consenso dos estudiosos do direito de que a Constituição deve ser considerada primeiramente quando da aplicação de qualquer legislação infraconstitucional.

Progride-se, sobretudo em razão da evidenciação de novos direitos e das transformações do Estado (de autoritário/absolutista para liberal e de liberal para social, podendo-se, inclusive, falar em Estado pós-social de direito), cada vez mais se percebe uma forte influência do direito constitucional sobre o direito privado.<sup>3</sup>

E, dentro dessa sistemática está inserido o processo civil, que deve ser aplicado tendo como pressuposto os valores reconhecidos pela Constituição Federal como essenciais para a harmonização dos direitos dos indivíduos que compõem a sociedade.<sup>4</sup>

Outrossim, dentro desta nova noção de valores constitucionais a serem considerados quando da aplicação da norma jurídica, deve ser realçada a importância da aplicação dos princípios constitucionais, norteadores que são da atuação do Estado-juiz.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> JÚNIOR, Nelson Nery. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 19.

<sup>2</sup> LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 12 edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 2.

<sup>3</sup> LENZA, idem, ibidem, p. 2.

<sup>4</sup> JÚNIOR, idem, ibidem, p. 19.

<sup>5</sup> JÚNIOR, idem, ibidem, p. 20.

A par do exposto, tendo-se em vista a unicidade do ordenamento jurídico<sup>6</sup>, “[...] existem também institutos processuais cujo âmbito de incidência e procedimento para sua aplicação se encontram na própria Constituição”.<sup>7</sup> Assim, muitos dos princípios existentes no direito processual civil o são também reconhecidos na Constituição e esse reconhecimento traduz a prevalência dos direitos fundamentais à luz das relações reguladas pelo processo civil.

Princípio é à base de um sistema, com um conteúdo de certeza tal qual a ponto de lhe dar firmeza para que dele sejam erigidas as demais regras para a atuação da sociedade.

Os princípios jurídicos são as ideias fundamentais e informadoras de qualquer organização jurídica. São os elementos que dão racionalidade e lógica, um sentido de coesão e unidade ao ordenamento jurídico. Dão ao todo um aspecto de coerência, logicidade e ordenação. São instrumentos de construção de um sistema, seu elo de ligação, de coordenação, sua ordem e sua unidade.<sup>8</sup>

Ademais, ensina o professor Nelson Nery Júnior que, desde muito, a doutrina dividiu os princípios do Direito Processual Civil em princípios informativos e princípios fundamentais.<sup>9</sup>

Os princípios informativos seriam aqueles que não necessitam de demonstração, já que são considerados em si mesmos como verdadeiros. São os princípios lógico, jurídico, político e econômico.<sup>10</sup>

Explica Nelson Nery Júnior,

O processo deve ser *lógico* em sua estrutura, devendo, por exemplo, a petição inicial preceder a contestação. Pelo princípio *jurídico*, o processo deve seguir regras preestabelecidas pelo ordenamento jurídico. As regras de ordem *política* precisam ser seguidas no processo, como, por exemplo, a que determina ao juiz o dever de sentenciar, ainda que haja lacuna na lei (art. 126, CPC), devendo, para tanto, servir-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito. Segundo o princípio *econômico*, de aplicação intuitiva, deve-se obter o máximo do processo com o mínimo

---

<sup>6</sup> Lembremos que a divisão do Direito em matérias dá-se principalmente para fins didáticos, sendo-o praticamente indissociável quando aplicado ao caso concreto.

<sup>7</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 19.

<sup>8</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 96.

<sup>9</sup> MANCINI, PISANELLI e SCIALOJA. *Commentario Del código de procedura civile per gli stati sardi*, Parte II, Torino, 1855, vol. I, p. 7, e vol. II, p. 10, *Apud* NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 30.

<sup>10</sup> NERY JÚNIOR, idem, *ibidem*.

dispêndio de tempo e de atividade, observadas sempre as garantias das partes e as regras procedimentais e legais que regem o processo civil.<sup>11</sup>

Já os princípios fundamentais são aqueles que sofrem a influência das circunstâncias políticas, econômicas e sociais na qual estão inseridos. São frutos da evolução do homem em sociedade. E tais princípios serão a seguir examinados, sob a ótica da Constituição Federal.

### 1.1 DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Trata-se de princípio expresso na Constituição Federal, introduzido por intermédio da EC nº 45, que adicionou ao artigo 5º o inciso LXXVIII, o qual estabelece que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.<sup>12</sup>

Dita Emenda Constitucional demonstra a preocupação do Poder Constituinte Derivado com relação à demora que assola o trâmite de muitos processos no Brasil. E tal deve-se ao fato de que, muito embora seja também garantia constitucional a efetividade do processo, esta não ocorre quando o processo demora tempo demasiadamente longo para ser finalizado. De fato, não são poucas as histórias de processos que demoram 10, 20 anos, ou até mais, sem que haja uma definição acerca do direito discutido. Logo, tem-se esvaziada por completo qualquer tentativa concreta de efetivação do processo, quando este demora infindáveis anos para ser concluído.<sup>13</sup>

E, em um Estado Democrático de Direito, não pode o jurisdicionado ficar sem uma solução definitiva ao seu direito discutido, o que atenta inclusive contra sua dignidade humana.

Logo, razoável duração do processo significa que, logo após a manifestação do autor perante o Judiciário, ou à Administração, a fim de dar início a um processo, que este seja finalizado, com uma decisão a respeito do direito sob disputa e, com

---

<sup>11</sup> Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 30. O exemplo quanto ao princípio político é de Arruda Alvim, conforme nota, em Manual de Direito Processual Civil, 7ª edição, vol. I, São Paulo, 2000, p. 23.

<sup>12</sup> BRASIL. Vade mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 191.

<sup>13</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 172.

os procedimentos satisfativos nos casos necessários, no tempo estritamente necessário, sem delongas inúteis provenientes de causas independentes da natureza do litígio.<sup>14</sup>

Assim, torna-se necessário a existência de um sistema que propicie ao processo durar somente o tempo necessário, razoável, para ser julgado segundo seus critérios de complexidade. Igualmente, este sistema deve conceber que a razoável duração do processo deve ser apurada no caso concreto. E, dentro deste contexto, ensina Paulo Hoffman que deve ser aplicado o critério adotado pela Corte Europeia dos Direitos do Homem, chamado de “Critério da *posta in gioco*”, no qual deve ser analisado: a) a complexidade do caso; b) o comportamento das partes; c) o comportamento dos juízes, dos auxiliares e da jurisdição interna de cada país, para verificação em cada caso concreto sob violação do direito à duração razoável do processo.<sup>15 16</sup>

Logo, deve-se ter em mente que não é possível acelerar o processo demasiadamente, atropelando-se garantias outras constitucionais, e agindo de tal modo que não se tenha segurança a respeito do decidido, desestabilizando o sistema jurisdicional.

E, a par da necessária e urgente adequação dos tribunais no Brasil para que haja a efetiva aplicação do princípio em estudo, a legislação processual civil possui alguns instrumentos para agilizar o trâmite dos processos, conforme artigos 294 e ss., 497 do Código de Processo Civil, dentre outros.

No entanto, é forçoso admitir que, conforme afirma Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina,

[...] a reforma constitucional comentada institui princípios que constituem *aspirações políticas*, já que dispositivos como o ora estudado somente terão repercussão na realidade jurídico-social na medida em que aqueles que interagem com a realização da tutela jurisdicional efetivamente *cooperarem* para a realização tempestiva da ordem jurídica.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> HOFFMAN, Paulo. Razoável Duração do Processo. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006, p. 62.

<sup>15</sup> HOFFMAN, ídem.

<sup>16</sup> OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Organizadores). Princípios Processuais Cíveis na Constituição. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008, p. 328-329.

<sup>17</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil: Emenda Constitucional n. 45/2004 (Reforma do Judiciário); Lei 10.444/2002; Lei 10.358/2001 e Lei 10.352/2001. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 27.



Partindo-se da análise do Princípio do Devido Processo Legal, verifica-se que, conforme ensinamento de Nelson Nery Júnior trata-se de princípio constitucional maior, do qual decorrem todos os demais princípios constitucionais do processo civil.

## 1.2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A proporcionalidade deriva da necessidade de o Estado atuar nos moldes a que estão dispostos os direitos fundamentais. E, quando existe o choque de princípios garantidos constitucionalmente, aparece a necessidade de resolver tal conflito.

Para a interpretação de princípios que no caso concreto estão conflitantes, deve ser aplicado o Princípio da Proporcionalidade. No entanto, tal não seria propriamente um princípio como os demais, mas uma regra. E regra, pois não traz em si um valor de conteúdo material. Melhor dizendo: não orienta propriamente o comportamento, materialmente considerado, dos indivíduos em sociedade, mas sim delimita uma estrutura formal para a aplicação dos demais princípios no caso concreto. Não se refere diretamente a comportamentos, mas indiretamente, na medida em que diz respeito a normas que por sua vez se referem a comportamentos.

Ademais, enquanto que os princípios são regras jurídicas que atuam como impositivos de conduta, a proporcionalidade é regra de interpretação e aplicação do direito. E, também não possui variações em seus efeitos, sendo aplicado de forma constante.<sup>18</sup> “Regra, e não princípio, justamente pelas suas características, em especial porque ela, regra da proporcionalidade, não admite qualquer hesitação, quanto à sua aplicação, em termos de preponderância valorativa”.<sup>19</sup>

Assim, a regra da proporcionalidade, e não princípio propriamente dito, será usado quando estiver em conflito princípios jurídicos diante de dado caso concreto.

Em uma divisão tripartite quanto à aplicabilidade da proporcionalidade, ensina a doutrina que três momentos devem ser considerados para que haja sua correta utilização, quais sejam adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Com relação à adequação, deve ser entendido como a possibilidade de ser

---

<sup>18</sup> OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Organizadores). Princípios Processuais Civis na Constituição. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008, p. 293-294.

<sup>19</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 99.

obtido o fim almejado em contraposição ao direito objeto da restrição. Necessidade, como a inexistência de outros meios capazes de se chegar ao resultado almejado, sem que concorram meios menos prejudiciais. É o menor sacrifício frente ao objeto pretendido. E, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, consistente em reanalisar todas as regras anteriores pela qual passou a interpretação do caso concreto, sopesando a intensidade dos direitos fundamentais inerentes ao caso, àqueles diminuídos em aplicabilidade frente a outro reconhecido como de aplicação plena, diante do resultado almejado.<sup>20</sup>

Em termos bem diretos, não é errado comparar a “regra da proporcionalidade” à balança que comumente é vista nas representações de Têmis, o símbolo da Justiça. Pela “regra da proporcionalidade”, é dado ao magistrado *ponderar* as situações conflitantes do caso concreto para verificar qual, diante de determinados pressupostos, deve proteger concretamente, mesmo que isto signifique colocar em situação de *irreversibilidade* a outra. É por intermédio desta “regra” que o magistrado consegue *medir* os valores dos bens jurídicos postos em conflito e decidir, concretamente, qual deve proteger, qual deve prevalecer, mesmo em detrimento (ou eliminação momentânea) do outro.<sup>21</sup>

Por fim, deve-se ter em mente que não é possível ao legislador prever que a dado caso concreto qual o princípio que deve prevalecer em detrimento de outro. Assim, deve a proporcionalidade estar estritamente atrelada ao princípio da motivação, pois ao magistrado não é dada a possibilidade de decidir sem demonstrar quais foram suas razões.

### 1.3 DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição é entendido como a possibilidade conferida à parte de submeter a exame determinada matéria decidida pelo juiz de primeiro grau, para outro juízo, através da via recursal. No entanto, é interessante notar que não existe nenhuma menção expressa na Constituição Federal garantindo tal possibilidade.<sup>22</sup>

Existem alguns argumentos que rejeitam a existência do Duplo Grau de Jurisdição, alegando ser inclusive contra a lógica do sistema jurisdicional, na medida

---

<sup>20</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 100.

<sup>21</sup> BUENO, idem, ibidem, p. 100.

<sup>22</sup> Idem, ibidem.

em que revelar-se-ia um despreparo dos julgadores, sendo que tais erros poderiam também ser cometidos pelos julgadores do recurso. Ademais, a decisão de segundo grau seria totalmente inútil, quando se confirma o julgado prolatado no juízo de origem. Também se afirma que, haveria um gasto inócuo de tempo até que se consagrasse a definitividade do julgado. Ou também a distância existente entre o julgador do recurso e as provas produzidas no juízo de origem poderia prejudicar o direito discutido.<sup>23</sup>

No entanto, importante verificar que, com a aplicação do princípio sob enfoque, o caso será analisado novamente por juízes com maior experiência e, constituindo-se em órgãos colegiados, haveria ainda uma maior segurança, pois se pressupõe que houve uma discussão acerca do decidido. Ademais, na medida em que o juízo *a quo* sabe que sua decisão pode ser revista, irá prolatá-la com maior cuidado. Também pode ser mencionado que, com a distância entre o julgador do recurso e as provas, o litígio pode ser vislumbrado sob outra perspectiva, trazendo-se uma maior neutralidade e independência para decidir a questão.<sup>24</sup>

Mas o principal fundamento para a manutenção do princípio do duplo grau é de *natureza política*: nenhum ato estatal pode ficar imune aos necessários *controles*. O Poder Judiciário, principalmente onde seus membros não são sufragados pelo povo, é, dentre todos, o de menor representatividade. Não o legitimaram as urnas, sendo o controle popular sobre o exercício da função jurisdicional ainda incipiente em muitos ordenamentos, como o nosso. É preciso, portanto, que se exerça ao menos o controle interno sobre a legalidade e a justiça das decisões judiciária. Eis a conotação política do duplo grau de jurisdição.<sup>25</sup>

Logo, importa verificar que a Constituição Federal adotou o princípio, não expressamente, mas de forma implícita, na medida em que previu expressamente a existência de tribunais, com competência recursal. Assim, perfeitamente recepcionado o sistema recursal do Código de Processo Civil.

Interessante mencionar o ensinamento de Nelson Nery Júnior, quando afirma que o princípio não se trata propriamente de uma garantia constitucional, mas de mera previsão, podendo o legislador infraconstitucional limitar a amplitude do direito

---

<sup>23</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>24</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>25</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19 edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 75.

ao recurso, como no caso do art. 1001 do novo CPC<sup>26</sup>, com exceção a limitações aos recursos especial e extraordinário, que somente pode haver por meio de previsão expressa na Constituição Federal.<sup>27</sup>

No entanto, tal entendimento é rechaçado pelo professor Cássio Scarpinella Bueno, ao ensinar que dito entendimento não se coaduna com o modelo constitucional adotado pelo processo civil, o qual impõe um modelo mínimo ao processo, que deve respeitar o direito ao recurso a um grau superior. Assim, não poderia a lei limitar a aplicação do princípio, indo contra a sistemática constitucional, pois o princípio só poderia ceder espaço quando oposto a outro princípio.<sup>28</sup>

#### 1.4 DO JUIZ NATURAL

O princípio do Juiz Natural foi adotado expressamente na Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seu art. 5º, inciso XXXVII, o qual estabelece que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”, e no inciso LIII, afirmando que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.<sup>29</sup>

Já era previsto na Constituição de 1824 (arts. 149 e 179, XI e XII), passando pela de 1891 (art. 72, §§ 15 e 23), 1934 (art. 113, nº 25 e 26), 1946 (141, §§ 26 e 27, 1967 (150, § 15 e art. 153, § 15), mas nessa última apenas sob o enfoque da proibição do juízo de exceção, uma de suas características. A única Constituição que não tratou expressamente do princípio foi a de 1937.<sup>30</sup>

Desse princípio, deflui-se que não haverá tribunal de exceção; todos devem ser julgados por um juiz competente e pré-determinado ao fato *sub judice*; e dito juiz deve ser imparcial. Nelson Nery Júnior utiliza-se da terminologia Tridimensional, quando estuda ditas facetas do princípio.<sup>31</sup>

Entende-se por Tribunal de Exceção aquele formado após a verificação de determinado caso, para que atue em seu julgamento, retirando a competência para

---

<sup>26</sup> Art. 1001 do CPC – Dos despachos não cabe recurso.

<sup>27</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 175-176.

<sup>28</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 121.

<sup>29</sup> BRASIL. Vade mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 181 e 186.

<sup>30</sup> OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Organizadores). Princípios Processuais Cíveis na Constituição. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008, p. 156.

<sup>31</sup> NERY JÚNIOR, N. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 66-67.

tanto de outro órgão, anteriormente prevista em lei. Não importa se o tribunal já existia anteriormente ao fato, sendo relevante a falta de previsão de sua competência para atuar no caso. Assim, abarca-se a hipótese de avocação, quando não prevista em lei. É o chamado Tribunal *ad hoc*. É tribunal de exceção, pois designado posteriormente ao caso, para atuar de modo parcial, prejudicando ou favorecendo alguma das partes.<sup>32</sup>

Assim como o poder do Estado é um só (as atividades legislativa, executiva e judiciária são formas e parcelas do exercício desse poder), a jurisdição também o é. E para a facilitação do exercício dessa parcela de poder é que existem as denominadas justiças especializadas. Portanto, a proibição da existência de tribunais de exceção, *ad hoc*, não abrange as justiças especializadas, que são atribuição e divisão da atividade jurisdicional do Estado entre vários órgãos do Poder Judiciário.<sup>33</sup>

Ademais, difere-se Tribunal de Exceção de prerrogativa de foro, na medida em que tal privilégio decorre de alguma característica da parte que a lei busca garantir, partindo-se da premissa de haver algum interesse público de maior relevo a ser garantido, como nos casos de prerrogativa de função, conforme art. 52, I da CF.<sup>34</sup> Nesse exemplo, a garantia é tão forte que não podem as pessoas elencadas no inciso abrirem mão de serem julgadas pelo Senado Federal, em razão do interesse público no qual se revestem os cargos por elas ocupados.

É importante salientar que o princípio do juiz natural, como mandamento constitucional, aplica-se, no processo civil, somente às hipóteses de competência absoluta, já que preceito de ordem pública. Assim, não se pode admitir a existência de *mais de um* juiz natural (...). A competência cumulativa ou alternativa somente é compatível com os critérios privatísticos de sua fixação, isto é, em se tratando de competência relativa.<sup>35</sup>

Quando se está diante da competência relativa, o sistema processual regulou as matérias aí abarcadas como sendo de interesse das partes, não público, sendo, por conseguinte, disponível dentro dos limites legais. Pode, assim, ser prorrogada, tanto por inércia da parte como por acordo, sendo muitas vezes objeto de eleição.<sup>36</sup>

---

<sup>32</sup> NERY JÚNIOR, *idem*, *ibidem*.

<sup>33</sup> NERY JÚNIOR, *idem*, *ibidem*, p. 67.

<sup>34</sup> BRASIL. Vade mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 280-281.

<sup>35</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 69.

<sup>36</sup> NERY JÚNIOR, *idem*, *ibidem*.

Deve a autoridade ser constituída previamente ao julgamento da causa. E tal característica está intimamente ligada com a independência do juiz, na medida em que o sistema acaba por impossibilitar a indicação de julgador com interesses obscuros. Logo, não pode o Poder Executivo indicar um juiz para atuar em determinado caso que lhe é conveniente.<sup>37</sup>

E a imparcialidade garante ao jurisdicionado um mínimo de respeito de que suas alegações serão consideradas quando da análise do caso, e posterior julgamento e decisão. Deverá o juiz analisar o mérito da causa sem proteger previamente direito não abarcado em hipótese legal. Neste caso, é importante mencionar que o juiz não é totalmente neutro, pois sendo ser humano, possui pré-conceitos que adquiriu ao longo da vida.

De fato, possui arraigado em sua natureza ideologias e formas de pensar e agir. No entanto, quando do julgamento, deve atuar de forma mais central e equidistante das partes, realizando um processo intelectual tal qual que lhe permita julgar racionalmente, sem impulsos. Devido a esta natureza humana, a legislação prevê hipóteses de impedimento (art. 134 do CPC e art. 252 do CPP) e suspeição (art. 135 do CPC e art. 254 do CPP)<sup>38</sup>. Nestes casos, o legislador previu expressamente situações que, caso o juiz nelas se encontre, agirá de tal modo parcial, pois possui algum interesse no direito em litígio.

Por fim, importante mencionar que o princípio também deve ser aplicado aos processos administrativos. “Fala-se, aqui, em princípio do julgador natural, dimensão do princípio constitucional do juiz natural no direito administrativo”.<sup>39</sup>

## 1.5 DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Dispõe o art. 5º, LV da Constituição Federal que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> NERY JÚNIOR, idem, ibidem.

<sup>38</sup> OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Organizadores). Princípios Processuais Civis na Constituição. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008, p. 166.

<sup>39</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 69.

<sup>40</sup> BRASIL. Vade mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 186.

De pronto, observa-se uma bem-vinda inovação com relação à carta constitucional anterior, na medida em que a garantia do contraditório só fazia menção explícita com relação ao processo penal. Atualmente, o princípio expressamente atinge o âmbito civil e administrativo. No entanto, era indiretamente aplicado ao processo civil.<sup>41</sup>

Está intimamente ligado ao Estado Democrático de Direito, defluindo o princípio da igualdade com que a Constituição Federal trata os litigantes, das garantias processuais ofertadas às partes. Tanto é verdadeiro, que “devido processo legal, contraditório e ampla defesa são princípios que guardam, entre si, íntima ligação.”<sup>42</sup>

Não é dado à parte que movimenta o judiciário ou a administração ter por acatada sua pretensão em detrimento de interesse alheio sem dar à outra parte conhecimento da ação e oportunidade de manifestar-se a respeito. Por parte, pode ser entendida tanto a pessoa física quanto a jurídica.<sup>43</sup>

Ademais, deve o Estado garantir a participação das partes no julgamento da ação, e que por sua vez têm o condão de influenciar neste. “Contraditório é a forma pela qual efetivam-se os princípios democráticos da República brasileira, que viabiliza ampla participação no exercício das funções estatais”.<sup>44</sup>

Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis.<sup>45</sup>

Assim, o conceito de contraditório deve ser vislumbrado sob dois aspectos, o conhecimento ofertado à parte contra quem tem um direito em discussão e a possibilidade desta parte em manifestar-se a respeito. “Em síntese, o contraditório é constituído por dois elementos: a) informação; b) reação (esta, meramente possibilitada nos casos de direitos disponíveis)”.<sup>46</sup>

---

<sup>41</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 19 edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 55.

<sup>42</sup> BOTALLO, Eduardo Domingos. Lições de Direito Público. São Paulo: Editora Dialética, 2003, p. 163.

<sup>43</sup> Idem, ibidem.

<sup>44</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 108-109.

<sup>45</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 137.

<sup>46</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 19 edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.57.

Como princípio constitucional que é, deve no processo civil o Contraditório ser observado não apenas no processo de conhecimento, mas também no processo de execução e cautelar. No entanto, importante mencionar que deverá ser interpretado conforme as peculiaridades de cada tipo de processo, não podendo servir de artimanha para alegações que o tumultuem. Assim, ao processo de conhecimento atuará o princípio amplamente, enquanto que nos demais tipo de processos atuará conforme respectivas especificidades, possibilidades de impugnação e matérias porventura passíveis de serem arguidas sem a desfiguração do respectivo processo.

Entende-se que no processo penal o princípio tem uma maior amplitude de interpretação. Quando o juiz verificar que o réu, muito embora possua advogado devidamente constituído para atuar em sua defesa, não a faz com o rigor imposto pela lei, sendo desidioso, deve o juiz declarar o acusado como indefeso e nomear outro defensor com qualidades técnicas suficientes para uma correta atuação. Nesse sentido, o artigo 497, V do Código de Processo Penal<sup>47</sup> aplica o princípio do contraditório em sua máxima. Trata-se do “contraditório efetivo, real, substancial”.<sup>48</sup>

Já no processo civil o princípio do Contraditório não tem essa mesma amplitude. Deve a parte ser comunicada a respeito de seu direito discutido. Caso não se movimente, sofrerá as consequências legais, salvo as hipóteses do art. 345 do Código de Processo Civil<sup>49</sup>. Não será sua desídia suprida pelo juiz, em caso de direitos disponíveis.

Com relação à ciência dos atos processuais, essa é dada por intermédio da citação, intimação e notificação.<sup>50</sup> No processo administrativo deve ser respeitado da mesma forma, em qualquer esfera de decisão do Estado acerca de discussão de direitos do administrado.

Importante apenas a ressalva quanto ao Inquérito Policial, haja vista entendimento de que não se trata de mero processo administrativo, mas de procedimento inquisitório que visa fornecer ao Ministério Público meios para que

---

<sup>47</sup> BRASIL. Vade mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 2995-2996.

<sup>48</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 137.

<sup>49</sup> “Art. 345. A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se: I - havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação; II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis; III - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato; IV - as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos; II – se o litígio versar sobre direitos indisponíveis; III – se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato”. BRASIL. Vade mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1921-1922.

<sup>50</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 19 edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 56.



seja identificado o autor do fato e ser interposta medida judicial porventura pertinente. Pode-se ainda interpretar extensivamente a expressão “acusados em geral” da Constituição. Neste caso, havendo indiciamento do autor do fato, poder-se-ia pensar em acusado, incidindo então o princípio.<sup>51</sup>

Por fim, resta mencionar que esse princípio é aplicado conjuntamente com o princípio da ampla defesa, o qual será analisado a seguir.

O princípio da Ampla Defesa está intimamente relacionado com o princípio do Contraditório, sendo que ambos podem ser perfeitamente estudados conjuntamente. Está também expresso no art. 5º, LV da Constituição Federal.<sup>52</sup>

Assim como o princípio do Contraditório, trata-se a Ampla Defesa de garantia àquele contra quem se tem uma acusação (em sentido amplo), de meios verossímeis de rebater tais afirmações a ele dirigidas.<sup>53</sup>

Ademais, trata-se de uma garantia em sentido concreto, pois os meios de defesa a ele disponíveis devem ser de tal modo fortes, a ponto de influir no julgamento da causa, na hipótese de carregarem em si alegações verossímeis.<sup>54</sup>

Quando da leitura do art. 5º, LV da CF - “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”<sup>55</sup> – verifica-se que os “meios e recursos a ela inerentes” são mecanismos que devem existir ao acusado para que a ampla defesa seja, novamente, eficazmente exercida. Não se tratam apenas dos recursos propriamente ditos no âmbito processual, de acesso ao segundo grau de jurisdição quando há uma decisão que desagrade ao jurisdicionado, mas de todos os meios disponíveis à parte para fazer valer seu direito frente às alegações contra ela dirigidas.

É importante, por isso mesmo, não vincular a compreensão de “ampla defesa” ao plano do processo, *depois* que a atividade jurisdicional já tiver sido provocada. É fundamental para o cumprimento da expectativa constitucional do princípio que antes da provocação da atuação do Estado-juiz, antes e “fora” do plano do processo, portanto, o Estado crie condições mínimas de *conscientização* de direitos até como forma de garantir a própria tutela dos direitos no plano material, independentemente da atuação jurisdicional e, pois, da tutela *jurisdicional* de direitos.<sup>56</sup>

---

<sup>51</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 141.

<sup>52</sup> BRASIL. Vade mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 186.

<sup>53</sup> NERY JÚNIOR, idem, ibidem.

<sup>54</sup> NERY JÚNIOR, idem, ibidem.

<sup>55</sup> BRASIL. Idem, ibidem.

<sup>56</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 113.

Devem existir meios para que a defesa seja exercida antes mesmo do início do processo, até como forma de ser evitado um processo desnecessário. Ademais, pode ser entendido como mecanismos de ampla defesa e existência de um Ministério Público e de uma Defensoria Pública fortes e firmemente estabelecidos, para que concretamente possam garantir a aplicação do princípio aos cidadãos que deles necessitem.<sup>57</sup>

Novamente, assim como estudado no princípio do Contraditório, é vital verificar que, com a aplicação do princípio da Ampla Defesa, todas as alegações afirmadas pelo réu/acusado devem ser consideradas pelo juiz ou autoridade responsável, quando da prolação da decisão. Trata-se da ampla defesa em sentido material, sendo que devem existir condições para que o princípio seja devidamente aplicado a favor da parte. Não é suficiente a mera previsão formal, o que significaria que na prática sua defesa não é considerada.<sup>58</sup>

Das alegações acima defluiu-se que ditas manifestações de defesa devem ser adequadas. Por adequação deve ser entendido que o sistema deve garantir ao jurisdicionado mecanismos de defesa com peso e amplitude tal qual a afirmação contra a que é rebatida.<sup>59</sup>

Só se compreende a plenitude de defesa se for assegurado o direito de produzir prova das alegações. Com efeito, de nada valeriam a regular informação dos atos processuais e a oportunidade de manifestação nos autos sem o correspondente direito de demonstrar os fatos alegados.<sup>60</sup>

No plano processual, vale destaque que a decisão deve analisar todos os pontos relevantes indicados pelas partes no processo, para que haja a observância em concreto do princípio. Trata-se da motivação da decisão. “Temos para nós que a omissão quanto a ponto relevante da defesa deve acarretar a nulidade da decisão. Já a motivação equivocada ou insuficiente não implica nulidade, mas justifica a reforma da decisão.”<sup>61</sup>

No entanto, vale a ressalva de que não devem existir meios ilimitados ao réu do processo para a sua defesa, a ponto de que não chegue ao fim do processo.

---

<sup>57</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>58</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>59</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>60</sup> OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Organizadores). *Princípios Processuais Cíveis na Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008, p. 126.

<sup>61</sup> OLIVEIRA NETO; LOPES. *Op. cit.*, p. 126.

Deve o legislador prover o sistema jurisdicional de tal modo a conciliar dito princípio com o princípio da Razoável Duração do Processo, que seja analisado adiante.

## 1.6 DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (FORMAL E SUBSTANTIVO)

Trata-se de princípio expressamente reconhecido na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, LIV: “[...] ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.<sup>62</sup>

Foi tratado primeiramente na Magna Carta, assinada pelo rei João da Inglaterra (João Sem-Terra) em 15 de junho de 1215.

Era uma declaração na qual limitava os seus próprios poderes e reconhecia vários direitos da nobreza perante a Coroa. Como o objetivo era garantir os direitos da nobreza e não de todo o povo, a Magna Carta foi redigida em latim bárbaro (espécie de latim usado apenas em documentos e por isso também chamado de latim dos tabeliães).<sup>63</sup>

A Magna Carta originalmente utilizava-se do termo “*Law of the land*”, sendo que em 1354, com a edição pelo parlamento inglês do “*Statute of Westminster of the Liberties of London*” foi adotado o termo “*due processo of Law*”.<sup>64</sup>

Da Inglaterra, o princípio foi levado aos Estados Unidos pelos colonizadores.

Antes mesmo da Constituição Federal americana, de 1787, algumas constituições estaduais daquele país já consagravam a garantia do ‘due processo of law’, como, por exemplo, as de Maryland, Pensilvânia e Massachusets, repetindo a regra da *Magna Charta* e da Lei de Eduardo III.<sup>65</sup>

E foi a “Declaração dos Direitos” de Maryland, de 03.11.1776, a primeira referência ao trinômio, hoje reconhecido pela Constituição norte-americana, da vida-liberdade-propriedade. Depois, a “Declaração dos Direitos” da Carolina do Norte, de 14.12.1776, faz referência ao mesmo trinômio. Posteriormente, as constituições de

---

<sup>62</sup> BRASIL. Vade mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 186.

<sup>63</sup> OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Organizadores). Princípios Processuais Cíveis na Constituição. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008, p. 25.

<sup>64</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 33.

<sup>65</sup> COUTURE, Eduardo J. Las garantías constitucionales del proceso civil, Estudios de derecho civil. 3. ed., Buenos Aires, 1979, tomo I, p. 50, *apud* JÚNIOR, Nelson Nery. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 34.

Vermont, Massachusetts e de New Hampshire adotaram o princípio do devido processo legal.<sup>66</sup> Em seguida, “o princípio do *due process of Law* foi incluído na Constituição dos Estados Unidos por meio da emenda V”.<sup>67</sup>

Na América Latina, o princípio do devido processo legal estava implicitamente contemplado no art. 18 da Constituição Argentina de 1853 e no art. 14 da Constituição Mexicana de 1857.<sup>68</sup>

No Brasil, antes do advento da Constituição de 1988, entendia-se que o princípio do devido processo legal era aplicável amplamente apenas ao âmbito penal, muito embora inclinava-se para sua aplicabilidade em matéria civil e em face dos três Poderes. Com a atual redação do art. 5º da CF, é consenso na doutrina que o princípio é aplicável nas esferas penal, civil e administrativa.<sup>69</sup> “(...) o direito ao processo legal é também garantia do cidadão, estando catalogado na tábua dos direitos fundamentais.”<sup>70</sup>

O princípio do devido processo legal é garantia do cidadão. Neste sentido do devido processo legal formal, tem ele o direito de que sejam observadas todas as normas inerentes ao processo no qual figura. Vale dizer, enquanto parte em processo criminal, civil ou administrativo, não pode ser privado das normas postas previamente à relação jurídica discutida. Trata-se de um sentido processual, do qual decorrem diversas garantias.<sup>71</sup>

Tem direito ao acesso à Justiça, conforme estampado na Constituição Federal, para que busque a proteção de seus direitos lesados ou ameaçados. Garantido o acesso à Justiça, deve também ser garantida a ampla defesa e o contraditório. Daí insurge a afirmação de que o direito à ampla defesa e ao contraditório advém do devido processo legal. Melhor dizendo: na medida em que tais institutos são delimitados como norma jurídica, o cidadão não pode ser privado de seus direitos sem a observância de tais regras.<sup>72</sup>

Não é por mera didática que Nelson Nery Júnior afirma que do Princípio do Devido Processo Legal decorre todos os demais princípios inerentes ao processo.

---

<sup>66</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit., p. 34-35.

<sup>67</sup> OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Organizadores). Princípios Processuais Cíveis na Constituição. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008, p. 27.

<sup>68</sup> OLIVEIRA NETO; LOPES, op. cit., p. 28.

<sup>69</sup> OLIVEIRA NETO; LOPES. Op. cit., p. 33.

<sup>70</sup> SANTOS, Ernane Fidélis dos. Manual de Direito Processual Civil. Vol 1. 5ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p. 40.

<sup>71</sup> SANTOS, Ídem.

<sup>72</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 32.

Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantissem aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies.<sup>73</sup>

E completa, trazendo entendimento relativamente ao processo civil: “Especificamente quanto ao direito processual civil, já se afirmou ser manifestação do *due process of Law*: a) a igualdade das partes; b) garantia do *jus actionis*; c) respeito ao direito de defesa; d) contraditório”.<sup>74</sup>

É garantido também o acesso ao juiz natural, conforme abordagem do presente trabalho à frente. E dito juiz deve ser imparcial.

Há também a aplicação do devido processo legal em sentido material, vale dizer, o princípio não se esgota com sua aplicação apenas no âmbito processual. Atua, novamente, em todos os campos do direito, seja no penal, civil ou administrativo, quando há no plano de fundo a atuação estatal.<sup>75</sup>

Ensina Maria Silvia Zanella Di Pietro que a razoabilidade “trata-se de princípio aplicado ao direito administrativo como mais uma das tentativas de impor-se limitações à discricionariedade administrativa, ampliando-se o âmbito de apreciação do ato administrativo pelo Poder Judiciário”.<sup>76</sup>

A origem do *substantive due process* teve lugar justamente com o exame da questão dos limites do poder governamental, submetida à apreciação da Suprema Corte norte-americana no final do século XVIII. Decorre daí a imperatividade de o legislativo produzir leis que satisfaçam o interesse público, traduzindo-se essa tarefa no *princípio da razoabilidade das leis*. Toda lei que não for *razoável*, isto é, que não seja a *Law of the land*, é contrária ao direito e deve ser controlada pelo Poder Judiciário.<sup>77</sup>

Permite dito princípio que o judiciário analise a atuação do Executivo quanto à sua atuação razoável. “Assim, o devido processo legal substantivo foi adotado como sinônimo do princípio da razoabilidade”.<sup>78</sup> Deixa, assim, o princípio de possuir caráter meramente instrumental. Nesse sentido, reconhece-se uma nova faceta ao

<sup>73</sup> NERY JÚNIOR, *idem*, *ibidem*, p. 32.

<sup>74</sup> MELLO FILHO, José Celso de. A tutela judicial da liberdade. RT 526 (1979), p. 298-299. Apud NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit., p.42.

<sup>75</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>76</sup> DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. Direito Administrativo. 17 edição. São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 80.

<sup>77</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 39.

<sup>78</sup> OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Organizadores). Princípios Processuais Cíveis na Constituição. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008, p. 39.

princípio, asseverando que a atuação estatal deve ter como base a igualdade para com os cidadãos. Assim, deve agir de modo não arbitrário.

## 1.7 DO ACESSO À JUSTIÇA

Não basta que a Constituição Federal garanta formalmente ao jurisdicionado a apreciação de lesão ou ameaça de lesão de seu direito pelo Poder Judiciário. Deve garantir meios concretos para que todo cidadão possa se valer do judiciário quando entender necessário.<sup>79</sup>

Daí defluiu do art. 5<sup>a</sup>, XXXV, da Constituição Federal,<sup>80</sup> mais uma de suas facetas, qual seja o acesso à Justiça, que não pode ser meramente formal. Há de ser um processo igualitário, sem discriminações que atentem contra a isonomia material das partes.

Possui grande correlação com o princípio da Inafastabilidade Jurisdicional, podendo ser inclusive tratados sob o mesmo foco<sup>81</sup>, na medida em que a inafastabilidade se concretiza quando são fornecidos todos os meios ao cidadão para que possa movimentar o Poder Judiciário quando sentir necessidade. Vale dizer, o direito lesado ou ameaçado do jurisdicionado pode ser facilmente levado à apreciação do Estado-juiz, se aquele assim o desejar.

Verifica-se sua origem no momento em que o Estado Liberal se mostrou insuficiente para garantir a manutenção da população, sendo que a igualdade apenas formal tanto aclamada não mais fazia frente com relação ao poder conquistado pela burguesia por intermédio do capitalismo. Cresce a necessidade de uma justiça social voltada para políticas públicas que atendam com maior afinco as necessidades do cidadão.<sup>82</sup>

---

<sup>79</sup> NERY JÚNIOR, *idem*, *ibidem*.

<sup>80</sup> BRASIL. *Vade mecum*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 181.

<sup>81</sup> Cássio Scarpinella Bueno trata especificamente da questão, ao afirmar expressamente que o princípio do “acesso à justiça” tem como sinônimos “acesso à ordem jurídica justa”, “inafastabilidade da jurisdição”, “inafastabilidade do controle jurisdicional” ou “ubiquidade da jurisdição”. In *Curso Sistemático de Direito Processual*. Vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 101. Prefere-se seguir a divisão didática proposta na obra organizada por Olavo de Oliveira Neto e Maria Elizabeth de Castro Lopes, apenas para uma melhor análise acerca do acesso em concreto da justiça. In *Princípios Processuais Cíveis na Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008.

<sup>82</sup> OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Organizadores). *Princípios Processuais Cíveis na Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008, p. 81-82.

A análise desse aspecto deve levar em consideração a importância dos deveres do Estado, pois a vinculação de todos os poderes aos Direitos Fundamentais contém não só uma obrigatoriedade negativa do Estado de não fazer intervenções em áreas protegidas, mas também uma obrigação positiva de fazer tudo para a sua concretização. Nesse sentido, os atos emanados pelos Poderes estatais devem estar respaldados por um contexto jurídico-social, caracterizado pela nota da efetividade, no sentido plenamente material, portanto, substancial, para que, realmente, caracterize-se como um Estado Democrático de Direito.<sup>83</sup>

E este é o cerne da questão, garantir que haja efetividade aos direitos fundamentais do homem por intermédio do Estado, inclusive com a atuação positiva deste. Deve ser resguardada a dignidade da pessoa humana por meio de políticas públicas. O Estado deve proteger o cidadão diante de arbitrariedades. E tal é alcançado a partir do momento em que o Estado-juiz é municiado de elementos que lhe permitam atuar de modo a proteger os direitos do cidadão, inclusive contra atos do próprio Estado.<sup>84</sup>

Logo, o princípio do Acesso à Justiça é o elemento fundamental para que o cidadão possa valer seus direitos diante de qualquer infortúnio porventura existente e juridicamente relevante. E, a partir deste regramento constitucional, todo o modelo jurisdicional deve ser voltado para o efetivo acesso à justiça. Trata-se da concretização das garantias constitucionais.<sup>85</sup>

## 1.8 INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL

Conforme previsão no art. 5º, XXXV da CF, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. É conhecido também como Princípio do Direito de Ação.

Foi reconhecido expressamente apenas na Constituição de 1946, em seu art. 141, § 4º. No entanto, Celso Ribeiro Bastos ressalva que dito princípio já se encontrava implícito na Constituição de 1891, devido à sistemática processual então adotada.<sup>86</sup>

---

<sup>83</sup> OLIVEIRA NETO; LOPES, idem, ibidem, p. 81-82.

<sup>84</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 32.

<sup>85</sup> Idem, ibidem.

<sup>86</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 17 edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p.197.

Cumpra observar, entretanto, que a Constituição de 1988 inovou na matéria, na medida em que ampliou o conteúdo do princípio para abarcar a “ameaça a direito”, o que não existia nas Constituições anteriores. Trata-se visivelmente do reconhecimento da tutela de urgência.<sup>87</sup>

“De igual maneira, suprimiu-se a exigência de trânsito forçado pelas vias administrativas, antes que a questão seja levada ao judiciário”.<sup>88</sup> Exceção são as causas de direito desportivo, conforme art. 217, §1º da CF<sup>89</sup>.

Com o princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, a Constituição garante a todos um amplo acesso à Justiça. É uma garantia que vai além da mera permissão de acesso ao judiciário, sendo uma garantia de obtenção da efetiva tutela jurisdicional.<sup>90</sup>

Atinge, assim, a todos indistintamente, inclusive o legislador, que não pode limitar na legislação infraconstitucional o acesso ao Poder Judiciário pelo jurisdicionado. Logo, a norma protege tanto os direitos individuais como os difusos e coletivos.<sup>91</sup>

O direito de ação é um *direito público subjetivo* exercitável até mesmo contra o Estado, que não pode recusar-se a prestar a tutela jurisdicional. O Estado-Juiz não está obrigado, no entanto, a decidir em favor do autor, devendo, isto sim, aplicar o direito ao caso que lhe foi trazido pelo particular. O dever de o magistrado fazer atuar a jurisdição é de tal modo rigoroso que sua omissão configura causa de responsabilidade judicial.<sup>92</sup>

Ademais, verifica-se que não pode ser negado o acesso ao judiciário àquele que não tem condições de arcar com os respectivos gastos. Melhor dizendo, este princípio traz como consequência a exigência de permitir aos necessitados a assistência jurídica, conforme delimitado no art. 5º, LXXIV da Constituição Federal.<sup>93</sup> “Diferentemente da assistência judiciária prevista na constituição anterior, a

---

<sup>87</sup> MOTA, Leda Pereira Mota; SPITZCOVSKY, Celso. Curso de Direito Constitucional. 6ª edição. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 397.

<sup>88</sup> MOTA, SPITZCOVSKY, idem, ibidem, p. 397.

<sup>89</sup> “Art. 217, §1º da CF: O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas, após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva”. BRASIL. Vade mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 478.

<sup>90</sup> MOTA, SPITZCOVSKY, idem, ibidem, p. 397.

<sup>91</sup> MOTA, SPITZCOVSKY, idem, ibidem, p. 397.

<sup>92</sup> COUTURE, Eduardo J. Fundamentos Del derecho processual civil. 3. Ed. Buenos Aires, 1978, p.78; COMOGLIO, Luigi Paolo. La garanzia costituzionale dell'azione Ed Il processo civile. Padova, 1970, p. 91; GRINOVER, Ada Pelegrini. As garantias constitucionais do direito de ação. São Paulo, 1973, p. 76, *apud* JÚNIOR, Nelson Nery. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 103.

<sup>93</sup> Art. 5º, LXXIV, CF: O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.



assistência jurídica tem conceito mais abrangente e abarca a consultoria e atividade jurídica extrajudicial em geral".<sup>94</sup>

Seria inconstitucional a Lei de Arbitragem se vedasse à parte o acesso ao Poder Judiciário, instituindo, por exemplo, casos de arbitragem *obrigatória*. Como não o fez, não há nenhuma inconstitucionalidade em permitir às *partes* a escolha entre o juiz estatal e o arbitral para solucionar a lide existente entre elas.<sup>95</sup>

Deve ser frisado também que a arbitragem instituída pela Lei nº 9.307/96 (Lei da Arbitragem)<sup>96</sup> não fere o princípio sob enfoque, na medida em que apenas pessoas capazes e detentoras de direitos disponíveis podem se valer de tal opção. Repita-se: trata-se de opção da parte a escolha desta via para a solução do conflito, e desde que o direito em discussão seja disponível.

## 1.9 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Está previsto no art. 93, IX, da Constituição Federal, prescrevendo que:

[...] todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.<sup>97</sup>

É decorrência lógica do Estado Democrático de Direito a necessidade de fundamentação das decisões.

No Estado de Direito onde os valores devem ser equilibrados, sem pendores unilaterais, a Justiça torna-se exata, no momento da afirmação de um pensamento. A fundamentação desse pensamento deve ser clara e objetiva. Já se estabeleceu entre os romanos o *fundamentum*, significando a firmeza, o fortalecimento. Mais alicerçada, mais forte será a decisão se ela tem os fundamentos. Esses são calcados nos motivos, nas razões de

---

<sup>94</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 104.

<sup>95</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit. p. 89.

<sup>96</sup> BRASIL. Vade Mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 416.

<sup>97</sup> BRASIL. Vade mecum. Ibidem, p. 317.

decidir. Motivar uma decisão significa, portanto, dar os motivos, a *ratio decidendi*.<sup>98</sup>

A motivação das decisões torna o juiz imparcial, na medida em que se auferem quais foram às razões que o levaram a decidir daquele modo. Rui Portanova ensina que “há vantagens em se poder verificar o grau de imparcialidade e o de arbítrio, a coerência e a razoabilidade do julgamento. Permite, ainda, apreciar a juridicidade do julgamento, as opções valorativas do julgador”.<sup>99</sup>

A necessidade de fundamentação das decisões também está prevista no CPC, em seu art. 489, II, que diz ser requisito essencial da sentença os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito. Assim, a fundamentação é requisito obrigatório de todas as decisões judiciais. Há quem defenda que inclusive os despachos de mero expediente, dependendo do caso concreto, devam ser fundamentados.<sup>100</sup>

No entanto, demonstra Nelson Nery Júnior que, muitas vezes, o princípio não é respeitado pelos juízes e tribunais, como nos casos em que os pedidos das partes são indeferidos “por falta de amparo legal”<sup>101</sup>. É claro que o juiz deve fundamentar sua decisão, de modo a permitir à parte que saiba o porquê de seu pedido ser indeferido.

A consequência para a falta de fundamentação das decisões judiciais é a nulidade, conforme delimitado pela Constituição Federal.

E fundamentar não é apenas basear-se na letra da lei. Ensina Calamandrei, em citação de Roberto Rosas, que “a fundamentação da sentença é sem dúvida uma garantia de justiça quando consegue reproduzir exatamente, como num levantamento topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão, pois, se esta é errada, pode facilmente encontrar-se, através dos fundamentos, em que altura do caminho o magistrado se desorientou”.<sup>102</sup>

---

<sup>98</sup> ROSAS, Roberto. Direito Processual Constitucional – Princípios Constitucionais do Processo Civil. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 43.

<sup>99</sup> PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. 4ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001, p. 249-250.

<sup>100</sup> “[...] diante das peculiaridades de cada caso concreto, sequer está afastada a possibilidade da exigência de fundamentação, inclusive de despachos de mero expediente”. PORTANOVA, Rui. *Op. cit.*, p. 249. Em sentido contrário: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Organizadores) Princípios Processuais Cíveis na Constituição. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008, p. 204.

<sup>101</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 184.

<sup>102</sup> CALAMANDREI, Piero. Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados - § X, *Apud* ROSAS, Roberto. Direito Processual Constitucional – Princípios Constitucionais do Processo Civil. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 43.

E complementando com a lição de Costa Machado, “[...] não basta o juiz transcrever lições doutrinárias ou citar a jurisprudência para ter como fundamentada uma sentença. É preciso que ele diga por que a lição ou a decisão referida tem aplicação à situação”.<sup>103</sup>

Deve o magistrado fundamentar sua decisão de forma substancial, a fim de demonstrar sua análise e conclusões quanto às questões essenciais da decisão prolatada.

E, por fim, ensina a doutrina moderna que o convencimento judicial está alicerçado muitas vezes em um juízo de verossimilhança, na medida em que a “verdade” é algo quase sempre inatingível.<sup>104</sup> Logo, estar-se-ia buscando demonstrar, através da fundamentação, todo o raciocínio jurídico pelo qual passou o magistrado para se chegar na consequência legal determinada, tendo em vista que a verdade real dificilmente é concretamente alcançada.

## 1.10 DA PROIBIÇÃO DA PROVA ILÍCITA

Está previsto no art. 5º, LVI da CF, quando prescreve que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.<sup>105</sup>

Ensina Nelson Nery Júnior<sup>106</sup> que a doutrina acerca do assunto é dividida, entendendo alguns que a prova obtida por meio ilícito por ser utilizada sem ressalva alguma no processo civil, e outros entendendo que tal não pode ser utilizada em hipótese alguma. Fundando-se no Princípio da Proporcionalidade, defende uma tese intermediária, a qual parece ser a interpretação mais acertada, já que nenhum princípio constitucional é absoluto. Necessário, então, diante do caso concreto ponderar os valores constitucionalmente garantidos que estão sob análise, para que seja aplicada uma interpretação mais correta ao fato. No entanto, há de ser

---

<sup>103</sup> MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Código de Processo Civil Interpretado. 5ª edição. Barueri: Editora Manole, 2006, p. 636.

<sup>104</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 12 ed. Vol. 2, conforme novo CPC. Salvador: JusPodvím, 2017, p. 263.

<sup>105</sup> BRASIL. Vade mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 186.

<sup>106</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 158.

mencionado que tais hipóteses ocorrem com mais destaque no direito constitucional e processual penal.

Ademais, é também necessário conceituar prova ilícita. Cássio Scarpinella Bueno lembra que a Constituição Federal nos dá margem para diferenciar *provas* ilícitas de prova obtida por meios ilícitos. Assim, prova ilícita é aquela que por si só fere o ordenamento jurídico, enquanto que prova obtida por meios ilícitos é aquela que é considerada pelo sistema, mas que seu modo de formação fere o ordenamento jurídico. Logo, ambas são provas que não foram produzidas perante o magistrado.<sup>107</sup> No entanto, deve-se ter em mente que ambas as hipóteses são vedadas pela Constituição Federal.

Ademais, a doutrina também costuma distinguir entre prova ilícita e prova ilegítima. A primeira é aquele tipo de prova que viola direito material, enquanto que a segunda é a prova obtida com alguma violação de direito processual.

Deve ser lembrado, ainda, que a prova ilícita macula de nulidade todas as demais provas dela derivadas. É a chamada Teoria dos frutos da árvore envenenada.

Tal princípio está também presente no art. 5º, XII, da Constituição Federal, o qual diz que:

[...] é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.<sup>108</sup>

Assim, caso uma prova seja levada ao processo com desrespeito ao preceito, deve ser desconsiderada. Importante frisar que, nesta hipótese, não será possível levar ao processo civil nenhuma prova, sendo possível apenas ao processo penal, conforme a exceção expressa na Constituição. Questão interessante é aquela onde há uma prova produzida no processo penal, proveniente de interceptação telefônica, e que vem posteriormente a ser empregada em outro processo, mormente no processo civil, a chamada Prova Emprestada. Neste caso, deve ser considerada

---

<sup>107</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 136.

<sup>108</sup> BRASIL. Vade mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 175.

normalmente, conforme defende a doutrina. O que não é possível é o juiz do cível determinar a quebra do sigilo telefônico diretamente.<sup>109</sup>

Deve apenas ser lembrado que, caso a parte contra quem a prova é utilizada não participou do processo penal, deverá esta ser ouvida no processo civil, dando-lhe a oportunidade de alegações a respeito do provado, em atendimento ao Princípio do Contraditório.<sup>110</sup>

Por fim, resta mencionar que está também presente na legislação infraconstitucional, no art. 369<sup>111</sup> do CPC. É o chamado Princípio da Atipicidade das Formas, sendo que todo fato é passível de ser provado por qualquer meio que não atente contra os valores constitucionalmente reconhecidos.

## 1.11 PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O *caput* do art. 5º da CF estabelece que todos são iguais perante a lei. Tal princípio é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, na medida em que preenche o significado dos direitos fundamentais. Trata-se de uma igualdade material, sendo que a lei deverá dar tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdades. Devem ser trazidas a um mesmo plano as pessoas que se interrelacionam, para que não haja prevalência indevida de interesses de uma para com a outra. É uma igualdade prevista para todos os sujeitos do sistema jurisdicional.<sup>112</sup>

Desde priscas eras tem o homem se atormentado com o problema das desigualdades inerentes ao seu ser e à estrutura social em que se insere. Daí ter surgido a noção de igualdade que os doutrinadores comumente denominam igualdade substancial. Entende-se por esta a equiparação de todos os homens no que diz respeito ao gozo e fruição de direitos, assim como à sujeição a deveres.<sup>113</sup>

---

<sup>109</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 167

<sup>110</sup> NERY JÚNIOR, idem, ibidem, p. 167.

<sup>111</sup> “Art. 369 – As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”. BRASIL. Vade mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1933.

<sup>112</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 17 edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p.164-165

<sup>113</sup> BASTOS, idem, ibidem, p.164-165.

Está previsto também no Código de Processo Civil, no artigo 139, I, ao afirmar que o juiz deve assegurar às partes igualdade de tratamento.<sup>114</sup> Trata-se de norma recepcionada pela Constituição Federal.

Assim, percebe-se claramente que é insuficiente a garantia de uma mera igualdade formal, onde todos seriam iguais perante a lei, sem distinção alguma a ser considerada quanto à situação na qual a parte se encontra.

O legislador, respeitando o espírito do constituinte, reconhece situações onde é necessário aplicar o conceito de igualdade material. Melhor dizendo, traz expressamente os indivíduos que se encontram em dada situação real de desigualdade para uma igualdade substancial através da via judicial. Verifica-se tal comprometimento do legislador, quando é dada ao juiz a possibilidade de inversão do ônus da prova nas ações entre empregado e empregador quando constatada a verossimilhança das alegações do empregado ou quando reconhecida sua hipossuficiência, segundo as regras ordinárias de experiência.<sup>115</sup>

## 1.12 PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE

Está também previsto no art. 5º, XXXV, ao afirmar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.<sup>116</sup>

Trata-se de fazer com que os direitos lesionados ou ameaçados, quando reconhecidos pelo sistema jurisdicional, sejam efetivamente aplicados. Deve ser dado um efeito concreto ao direito. Não é suficiente que o sistema preveja apenas mecanismos que declarem e garantam o direito; deve também prever modos pelos quais o direito deva efetivamente existir no plano fático. Assim, àquela parte que vai ao Judiciário e obtém uma manifestação favorável deve ter garantido que seu direito seja aplicado concretamente.<sup>117</sup>

E a partir deste modelo constitucional deve o processo civil ser interpretado e aplicado de modo a que o direito reconhecido exista efetivamente. Assim, deve o

---

<sup>114</sup> BRASIL. Vade mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1807.

<sup>115</sup> GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. Vol. 1. 20 edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 66.

<sup>116</sup> BRASIL. Vade mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 181.

<sup>117</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

processo ser um meio, e não fim em si mesmo, para assegurar e aplicar o direito da parte. Logo, um processo que siga as disposições constitucionais deve possuir meios aptos para que a parte possa efetivamente fazer valer seus direitos, sendo que tais meios devem ser alcançáveis sem que haja inúmeros e impossíveis pré-requisitos a serem preenchidos. E, por tais meios, devem ser entendidos tanto os de tutela de urgência, para assegurar o não perecimento do direito durante o processo, como quando da decisão que confere à parte ganhadora o direito em definitivo, sendo que neste momento dito direito deve ser o mais plenamente usufruível na sua essência, na sua utilidade original.<sup>118</sup>

Olavo de Oliveira Neto e Maria Elizabeth de Castro Lopes explicitam lição de Barbosa Moreira, que estudou especificamente o princípio aplicado ao processo, conforme termos abaixo:

O processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras disposições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, que resultam de expressa previsão normativa, que se possam inferir no sistema;  
Esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo de eventuais sujeitos;  
Impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade;  
Em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento;  
Cumpra que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias.<sup>119</sup>

Ademais, ao lado e dando embasamento à efetividade do processo, não pode ser colocada em segundo plano, a técnica processual<sup>120</sup>, na medida em que é esta que dá um pano de fundo ao processo, pois garante e concretiza uma igualdade de condições nas manifestações das partes. Logo, não deve ser a técnica processual esquecida, em prol de uma suposta efetividade, pois ambos devem ser aplicados, de modo a garantir e respeitar o modelo constitucional, não trespassando sumariamente garantias outras constitucionais.

---

<sup>118</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>119</sup> OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Organizadores). Princípios Processuais Civis na Constituição. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008, p. 246-247.

<sup>120</sup> Por técnica processual devem ser entendidos os mecanismos previstos em lei à disposição das partes.

### 1.13 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Princípio expresso na Constituição Federal, em seu art. 5º, LX, onde diz que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse processual o exigirem”<sup>121</sup>, e no art. 93, IX, ao afirmar que

[...] todos os órgãos do poder judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.<sup>122</sup>

O Princípio da Publicidade está incluído no Estado Democrático de Direito. De fato, em um sistema onde são inconcebíveis atos secretos no que tange à jurisdição e administração dos direitos inerentes ao interesse público, deve o Estado prestigiar a abertura a todos quanto aos seus afazeres. Assim, ao judiciário não foge à regra, sendo o processo o meio pelo qual o princípio age de modo amplo.<sup>123</sup>

Em verdade, a abertura para o conhecimento público dos atos não é uma qualidade só do processo, mas de todo e qualquer sistema de direito que não se embase na força, na exceção e no autoritarismo. A democracia não se compraz com o secreto, com o que não é notório.<sup>124</sup>

Com dito princípio, toda a população tem a prerrogativa de fiscalizar o Judiciário, de modo com que se minimizem ao máximo possíveis arbítrios e abusos que ocorreriam na obscuridade. Assim, a Constituição assegurou como regra a publicidade no sistema processual brasileiro.<sup>125</sup>

No entanto, existem exceções ao princípio. De fato, há casos em que não é viável uma publicidade plena sobre o assunto em discussão, seja porque o caso *sub judice* é tão preocupante que pode atuar de modo nocivo junto ao povo, ou porque o âmbito de interesse é tão restrito às partes, que o sistema as põe a salvo da

---

<sup>121</sup> BRASIL. Vade mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 187.

<sup>122</sup> Idem, ibidem, p. 317.

<sup>123</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>124</sup> PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. 4ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001, p. 167.

<sup>125</sup> Idem, ibidem.



curiosidade alheia. É o caso do art. 5º, LX, da Constituição Federal<sup>126</sup>, que deixa em aberto à possibilidade de que a lei restrinja a publicidade de atos processuais quando o legislador entenda que o interesse social ou a intimidade das partes assim o exigirem.

Vai a Constituição construindo todo um arcabouço ideológico, que permite uma interpretação precisa quanto ao princípio, pois no inciso X do mesmo artigo a Constituição afirma que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (...)”.<sup>127</sup> Assim, foi recepcionado o art. 189 do Código de Processo Civil, que prevê exceções ao Princípio da Publicidade.

O artigo 189 do CPC atua, nos mesmos moldes da Constituição quando trata de exceções a Publicidades, em duas frentes. No inciso I correm em segredo de justiça os processos em que o exigirem o interesse público ou social. E no inciso II existe, também, segredo de justiça quando o processo diz respeito a casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes.<sup>128</sup>

Observa-se facilmente um paralelismo com relação ao disposto na Constituição, estando muito claro no sistema o que se entende por exceção ao Princípio da Publicidade. Ensina Costa Machado que, no inciso I, o juiz irá analisar caso a caso, segundo seu prudente arbítrio, para decidir se o processo correrá em segredo de justiça, enquanto que no inciso II o rol é exemplificativo, haja vista que existem abordagens outras dispersas no CPC sobre o segredo de justiça, e inclusive no Código Civil, como no art. 1.705.<sup>129 130</sup>

Por fim, vale lembrar que, atualmente, os meios de comunicação de massa dão um novo aspecto ao princípio. Fácil compreender que, muitas vezes, um indivíduo colocado em situação de réu já é julgado e condenado pela população. Neste caso, há clara afronta à Constituição Federal, pois está-se ferindo a intimidade da pessoa.

Em vista desta situação, ensinam Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco que publicidade, como garantia

---

<sup>126</sup> BRASIL. Vade mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 187

<sup>127</sup> Idem, ibidem.

<sup>128</sup> Idem, ibidem, p. 1835-1836.

<sup>129</sup> MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Código de Processo Civil Interpretado. 5ª edição. Barueri: Editora Manole, 2006, p. 214-215.

<sup>130</sup> Art. 1.705 do Código Civil: Para obter alimentos, o filho havido fora do casamento pode acionar o genitor, sendo facultado ao juiz determinar, a pedido de qualquer das partes, que a ação se processo em segredo de justiça.

política – cuja finalidade é o controle da opinião pública nos serviços da justiça – não pode ser confundida com o sensacionalismo que afronta a dignidade humana. Cabe à técnica legislativa encontrar o justo equilíbrio e dar ao problema a solução mais consentânea em face da experiência e dos costumes de cada povo.<sup>131</sup>

---

<sup>131</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 19 edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 70.

## 2 O INSTITUTO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA NO ANTIGO CPC

### 2.1 TUTELAS DEFINITIVAS E TUTELA PROVISÓRIA

A tutela jurisdicional que é oferecida pelo estado-juiz pode ser definitiva ou provisória. A tutela definitiva é caracterizada por finalizar o processo concretizando por inteiro a prestação jurisdicional, garantindo-se o devido processo legal, contraditório e ampla defesa. É sobre a tutela jurisdicional definitiva que se alcança a tão almejada segurança jurídica, consagrada pela coisa julgada material.

Ocorre que a concretização da prestação jurisdicional definitiva não se dá com a celeridade esperada pela parte, transcorrendo um indesejável intervalo temporal entre o pedido e o resultado final. E isso, conforme bem alertam Fredie Didier Junior, Paulo Saulo Braga e Rafael Oliveira:

(...) pode consequências práticas indesejáveis: i) de um lado, impede que se usufrua e se disponha do direito reclamado enquanto pendente o processo, o que pode ser incompatível com a natureza do direito em jogo, colocando-o sob o risco de dano irreparável e difícil reparação – ex.: necessidade de alimentos, realização de uma intervenção médica de emergência etc.: de outro, no curso do processo, é possível que ocorram eventos que coloquem em risco a futura realização do direito já certificado – ex.: se o réu se desfaz dos únicos bens que poderiam por uma eventual condenação.<sup>132</sup>

Em casos como os acima citados, para que não seja comprometida a efetividade da tutela jurisdicional, o legislador se viu na necessidade de criar mecanismos jurídicos eficientes para preservar o direito contra os males do tempo.

Por esse motivo, o legislador criou, paralelamente com a tutela definitiva, tutelas jurisdicionais aptas para reduzir o mal causado pelo tempo. São as chamadas tutelas de urgência ou tutelas provisórias, que antecipam a realização do direito pleiteado (tutela antecipada), ou asseguram a futura realização do direito (tutela cautelar).

As referidas tutelas são caracterizadas pela “sumariedade da cognição e a não provisoriedade”<sup>133</sup>, sendo a cognição sumária uma análise superficial do objeto da causa, que conduz o julgador a um juízo de probabilidade e verossimilhança.

<sup>132</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Saulo; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2. 2016. Editora Podivm. p. 512

<sup>133</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Saulo; OLIVEIRA, Rafael. op. cit., p. 512

De tal arte, tem-se que atualmente existem no ordenamento jurídico pátrio duas espécies de tutela (definitiva e provisória), sendo que ambas convivem paralelamente, com a finalidade de garantir a efetividade processual.

## 2.2 DA NATUREZA JURÍDICA DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Com a inovação trazida pela reforma processual de 1994, surgiram dúvidas doutrinárias acerca da natureza jurídica do instituto. A discussão doutrinária consiste em saber se o preceito antecipatório possui natureza jurídica de medida cautelar ou não.

Entretanto, passados quase 15 (quinze) anos da introdução da medida antecipatória no direito pátrio, dúvidas não há de que a natureza jurídica da antecipação da tutela não é cautelar, mas satisfativa fática, uma vez que permite ao postulante a antecipação dos efeitos práticos que somente seriam configurados com a futura prolação da sentença. Permite-se ao autor que passe a usufruir o bem da vida imediatamente, da mesma forma – insista-se, no plano fático - que faria caso tivesse obtido uma sentença definitiva a seu favor.

O ponto diferenciador da antecipação de tutela da medida cautelar é justamente o caráter satisfativo da primeira, porquanto a antecipação dos efeitos da tutela centra-se em satisfazer precocemente, de maneira total ou parcial, a própria prestação jurisdicional, dentro do processo que esta é perseguida.

A tutela cautelar não possui o escopo de antecipar qualquer espécie de satisfação, delimitando-se a garantir a serventia/eficácia do resultado do processo principal. Garante-se aquilo que adviria futuramente. O postulante não passa a gozar do bem da vida pretendido instantaneamente, senão estabelece condições materiais para que futuramente possa conseguir a satisfação pretendida. Somente a cautelar atípica, por exceção, conforme bem anota José Roberto Dantas Oliva<sup>134</sup>, reveste-se de natureza satisfativa. Como regra, todavia, a medida cautelar não pode antecipar a prestação jurisdicional pretendida no processo principal, visto que isso lhe emprestaria o caráter de execução provisória da sentença.

---

<sup>134</sup> OLIVA. José Roberto Dantas. Tutela de Urgência no Processo do Trabalho. 1º Ed. Editora Juarez de Oliveira. 2016, p. 56

Não se pode considerar a tutela antecipada como uma medida cautelar, porquanto o preceito acautelatório deve limitar-se a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado no processo principal, como ocorre, por exemplo, no arresto, que visa assegurar o recebimento pelo credor do que lhe é devido. Já a medida antecipatória irá conceder o próprio direito pretendido pelo autor.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery ilustram que:

A tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito é tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem de vida por ele pretendido com a ação de conhecimento. (...) A tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito não é tutela cautelar porque não se limita a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado pelo autor, mas tem por objetivo conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos. Ainda que fundada na urgência (CPC, Art. 273, I), não tem natureza cautelar, pois sua finalidade precípua é adiantar os efeitos da tutela de mérito, de sorte a propiciar sua imediata execução, objetivo que não se confunde com o da medida cautelar (assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução ou ainda, a viabilidade do direito afirmado pelo autor.<sup>135</sup>

Percebe-se, destarte, que a natureza jurídica da decisão que antecipa os efeitos da tutela é satisfativa, porquanto é decisão que antecipa o próprio mérito do pedido, não confundindo com a sentença que põe termo ao processo, é sim, a própria antecipação do mérito para que não haja o perigo da demora. A medida antecipatória irá conceder o próprio direito pretendido pelo autor.

De tal arte, tem-se que o Art. 273 do Código de Processo Civil de 1973, Lei nº 5.869, permitia ao juiz, avaliando a necessidade de extensão da medida pleiteada, antecipar total ou parcialmente o pedido feito pelo autor, externando, destarte, uma satisfatividade da prestação jurisdicional perseguida no processo.

### 2.3 TUTELA ANTECIPADA E TUTELA CAUTELAR NO CPC DE 1973

Preliminarmente, cumpre esclarecer que a antecipação de tutela, no direito pátrio, não foi adotada com o intuito de menosprezar ou enfraquecer a tutela cautelar. Ela foi inspirada, por outro norte, na impendente necessidade de suprir

---

<sup>135</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. Ed 8°. Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 646.

lacunas que o sistema apresentava. Veio, destarte, para enriquecer o sistema e não para enfraquecê-lo.

A tutela antecipada e a tutela cautelar eram instrumentos para evitar que a demora na entrega da prestação jurisdicional, inviabilizasse a concretização do direito substancial invocado. São caracterizadas, como bem ilustra José Roberto Dantas Oliva, como sendo:

(...) espécies de tutela de urgência ou de emergência porque tendem a assegurar a eficácia de um provimento jurisdicional definitivo (Cautela) ou mesmo a possibilitar o pronto atendimento provisório, total ou parcial, da própria pretensão formulada (antecipação de tutela).<sup>136</sup>

Em que se pese haver certa proximidade entre a medida cautelar e a tutela antecipada, existe uma grande diferença entre as providências que objetivam apenas garantir a futura satisfação do direito material deduzido e a consequente eficiência prática sentença a ser prolatada, e aquelas providências que antecipam, integrando-o no patrimônio jurídico do autor exatamente (no todo ou em parte) aquele bem da vida postulado pelo demandante, satisfazendo precocemente o direito material deduzido. Há, destarte, “características individualizadoras das referidas tutelas”.<sup>137</sup>

Uma coisa é proteger, mediante processo autônomo, a eficiência da sentença a ser proferida em outro processo, dito principal. Coisa muito diversa é realizar desde logo, embora provisoriamente, o pedido contido no processo principal. As primeiras são as medidas cautelares; as segundas, revestem-se de natureza satisfativa. As cautelares asseguram para efetivar / satisfazer, as antecipadas efetivam / satisfazem para assegurar.<sup>138</sup>

A tutela cautelar, sujeitava-se, aos pressupostos da fumaça do bom direito e perigo da demora (*fumus boni iures e periculum in mora*). Desenvolvia-se, como regra, em procedimento próprio, autônomo, apesar da dependência em relação ao processo principal. Já a antecipação de tutela deveria ser requerida nos próprios autos da ação postulada, sendo seus requisitos, a prova inequívoca do direito da parte e a verossimilhança das alegações, além do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

---

<sup>136</sup> OLIVA. op. cit., p. 14

<sup>137</sup> OLIVA. op. cit., p. 15

<sup>138</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. Da Antecipação de Tutela. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 7.

Outra distinção diz respeito às provas, porquanto para as cautelares bastava o requisito da fumaça do bom direito, sendo admitida a concessão à medida, conforme anota Humberto Theodoro Junior, “até mesmo em situação de dúvida, sob o velho pretexto de que é preferível prevenir do que remediar”.<sup>139</sup> Já na antecipação de tutela o postulante teria que produzir prova inequívoca. Deveria, pois, apoiar-se em provas preexistentes, claras e evidentes, podadoras de grau de convencimento que não deixem margem para dúvida.

Bem assim, Humberto Theodoro Junior ensina que:

(...) enquanto a medida cautelar foge da preocupação de satisfazer precocemente o direito material da parte, contentando-se em preservar a idoneidade genérica do processo para atingir seu escopo, a medida antecipatória, ao contrário, é eminentemente satisfativa e se defere com declarado propósito de assegurar ao litigante, antes do encerramento do processo, aquilo que seria inerente aos efeitos práticos da situação material emergente da sentença final de mérito, isto é, da sentença de procedência do pedido.<sup>140</sup>

Há de ressaltar, todavia, conforme bem ilustra Antônio Carlos Marcato, que muito mais importante que se preocupar com as diferenças existentes entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, “mais útil para o sistema é considerá-las com espécies do gênero de tutela de urgência”<sup>141</sup>. E continua:

A garantia constitucional do devido processo legal abrange a efetividade da tutela jurisdicional, no sentido de que todos têm direito não a um resultado qualquer, mas a um resultado útil no tocante à satisfatividade do direito lesado ao ameaçado. Mas também se inclui nesse contexto o direito a cognição adequada a assegurar o contraditório real e ampla defesa.<sup>142</sup>

De tal arte, em que se pese haver certas diferenças entre as tutelas cautelares e antecipadas, o mais importante é visualizá-las como espécies de tutela de urgência aptas para buscar o resultado útil para o processo.

---

<sup>139</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. O Processo Civil Brasileiro no Limiar do Novo Século. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 89/90

<sup>140</sup> THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 89

<sup>141</sup> MARCATO. Antonio Carlos. Código de Processo Civil Interpretado. 2º edição. São Paulo: Atlas, 2016, p. 791

<sup>142</sup> Ibidem, p. 791

### 3 O CPC DE 2015 E AS TUTELAS DE URGÊNCIA

O novo Código de Processo (2015)<sup>143</sup> estabelece como tutelas de urgência tanto a satisfativa (tutela antecipada), como a cautelar, sendo que a tutela da evidência, que constitui novidade em termos de Direito Positivo, não é considerada tutela de urgência. Todas elas, contudo, são consideradas tutelas provisórias.

O legislador uniu o procedimento das cognominadas no Código de 1973 de tutela cautelar e a antecipação dos efeitos da tutela, visando simplificá-las e desenraizar qualquer dúvida quando ao cabimento de uma em detrimento da outra. A tutela de urgência engloba a tutela antecipada e a tutela cautelar.<sup>144</sup>

Marinoni recrimina o nome usado pelo legislador, visto que “a antecipação é apenas uma técnica processual que serve para viabilizar a prolação de uma decisão provisória capaz de outorgar tutela satisfativa ou tutela cautelar fundada em cognição sumária”<sup>145</sup>.

Os requisitos para concessão da tutela antecipada ou da tutela cautelar, antecedente ou incidental, são os mesmos (art. 300): i) probabilidade do direito, ii) perigo de dano, para as tutelas antecipadas e iii) risco ao resultado útil do processo, para as tutelas cautelares.<sup>146</sup>

Nas tutelas de cognição sumária, o novo código processual civil constitui um ponto de vista diferente daquele previsto no CPC de 1973. Enquanto o Código aquele previu três gêneros de processo, conhecimento, execução e cautelar, o NCPC deixou de propor um livro específico para o processo cautelar. As tutelas de cognição sumária estão alocadas juntas em um livro próprio, na parte geral do código. Na parte especial, estão dispostos os procedimentos, comum e especiais (conhecimento), processo de execução e meios de impugnação às decisões judiciais.<sup>147</sup>

---

<sup>143</sup> BRASIL. Novo código de processo civil anotado. Porto Alegre: OAB RS, 2015, p. 238 e ss.

<sup>144</sup> PALARO, T. S. Tutelas provisórias no novo CPC. JusBrasil. 2015. Disponível em: <<http://tainapaloro.jusbrasil.com.br/artigos/216435324/tutelas-provisorias-no-novo-cpc>>. Acesso em 25 jan 2019.

<sup>145</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. 1 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 312.

<sup>146</sup> PALARO, idem, *ibidem*.

<sup>147</sup> CUNHA, G.A. Anotações aos artigos 294 a 299. In: BRASIL. Novo código de processo civil anotado. Porto Alegre: OAB RS, 2015.



A tutela de cognição sumária pode ser de urgência ou da evidência. A tutela da evidência apresenta requisitos ligados ao juízo de verossimilhança, ao passo que as tutelas de urgência exigem, além desse juízo, outro juízo ligado à urgência.<sup>148</sup>

No CPC de 1973, por exemplo, a tutela antecipada apresentava o risco de dano irreparável ou de difícil reparação e a verossimilhança das alegações como requisitos do art. 273; e o risco de ineficácia do provimento final e a relevância no fundamento da demanda como requisitos do art. 461. Já a tutela cautelar tinha como requisitos o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.<sup>149</sup>

No NCPC, a tutela de urgência segue subdividida em tutela cautelar e tutela antecipada (satisfativa), mas os requisitos são unificados, nos termos do art. 300. E ambas as tutelas são denominadas tutelas provisórias. O termo tutela provisória não é o mais adequado. Pelas diferenças entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória, na esteira da doutrina de Ovídio Baptista da Silva<sup>150</sup>, observa-se, por exemplo, que a tutela cautelar é medida temporária e não provisória, haja vista que tem eficácia enquanto perdurar a situação cautelanda. Após, a medida poderá deixar de existir, pois sua função acautelatória terá atingido seu objetivo. Já a medida antecipatória tem natureza provisória, tendo em vista que antecipa o provimento final de mérito, o qual poderá confirmar e tornar definitiva a tutela provisoriamente antecipada; modificá-la; ou, até, revogá-la.<sup>151</sup>

Nota-se, pois, que o caráter de temporariedade da tutela cautelar demonstra que sua eficácia fática está limitada ao tempo da necessidade da função acautelatória, enquanto a tutela antecipada (seja ela de urgência ou da evidência – ambas satisfativas) satisfaz provisoriamente o direito do autor, tendo a possibilidade de tornarem-se definitivas. A tutela antecipada tem o objetivo de se manter faticamente eficaz no tempo, mesmo após a decisão final de mérito (caso, evidentemente, a decisão proferida após a cognição exauriente confirme os juízos de verossimilhança e de urgência – sumários ao final). Não tem, pois, um caráter temporário.

São ambas, entretanto, tutelas de cognição sumária, juntamente com a tutela da evidência. Importa ressaltar que, ambas, tutela cautelar e tutela antecipada

---

<sup>148</sup> Idem, ibidem.

<sup>149</sup> Idem, ibidem.

<sup>150</sup> BAPTISTA, Ovídio da Silva. Curso de Processo Civil. Processo de Conhecimento, vol. 1. São Paulo: RT, 2003.

<sup>151</sup> Idem, ibidem.

(satisfativa), tutelam o direito. A diferença é que a tutela cautelar tem função assecuratória de um direito, caso este venha a ser reconhecido em um processo de conhecimento, assegurando sua satisfação no cumprimento de sentença (ou no Processo de Execução autônomo, de título executivo extrajudicial), ao passo que a tutela antecipada concede antecipadamente o provimento final, reconhecendo e satisfazendo provisoriamente o próprio direito. Na tutela cautelar, pois, não há a entrega antecipada do bem da vida. A natureza distinta dos provimentos deve ficar bem clara para os aplicadores do direito processual, em especial à luz do novo diploma.<sup>152</sup>

Para o NCPC, tutela provisória engloba as tutelas de cognição sumária, seja a tutela da evidência, sejam as tutelas de urgência, tanto a de natureza cautelar, como a de natureza satisfativa (antecipada). Ademais, a tutela de urgência, seja cautelar ou antecipada (satisfativa), pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental (quando incidental, independe do pagamento de custas), cujos pressupostos são os mesmos, previstos no art. 300. E, ainda, as medidas cautelares específicas foram retiradas no novo diploma. Com efeito, unificaram-se os institutos, tornando, talvez ainda mais tormentosa, a realização da diferenciação das tutelas cautelar e antecipatória.<sup>153</sup>

O NCPC, ainda que tenha unificado os requisitos para a tutela cautelar e para a tutela antecipada (probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo), prevê dois procedimentos distintos para o requerimento antecedente da tutela cautelar ou antecipada, aliás, inova o novel diploma ao permitir a apresentação do pedido de tutela antecipada de forma antecedente ao pedido principal. Essa possibilidade de requerer medida satisfativa antecipatória antecedente à apresentação do pedido final é certamente uma modificação relevante, especialmente para a práxis forense. Nesse andar, mais relevante se torna a diferenciação entre a natureza da tutela de urgência requerida, para que se saiba qual o procedimento a ser adotado.<sup>154</sup>

A regra da fungibilidade entre as tutelas cautelar e antecipada, então prevista no art. 273, §7º, do CPC de 1973, não aparece da mesma forma no novel diploma.

---

<sup>152</sup> CUNHA, G.A. Anotações aos artigos 294 a 299. In: BRASIL. Novo código de processo civil anotado. Porto Alegre: OAB RS, 2015.

<sup>153</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. 1 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 315.

<sup>154</sup> CUNHA, G.A. Anotações aos artigos 294 a 299. In: BRASIL. Novo código de processo civil anotado. Porto Alegre: OAB RS, 2015.

Como é cediço, no diploma Buzaid, com as alterações legislativas implementadas, era possível ao juiz deferir medida cautelar em caráter incidental do processo (de conhecimento) ajuizado, quer dizer, caberia eventualmente pedido cautelar a título de antecipação de tutela.<sup>155</sup>

A doutrina e a jurisprudência divergiam e divergem fortemente sobre o assunto: se essa fungibilidade seria uma via de mão dupla (cabendo pedido cautelar em sede de tutela antecipada e pedido satisfativo urgente no bojo do processo cautelar) ou se apenas caberia ao Magistrado deferir tutela cautelar em sede de pedido antecipatório (e não o inverso) e, ainda assim, quando houvesse dúvida razoável acerca da natureza da medida.<sup>156</sup>

No NCPC, ao Magistrado é permitido converter um procedimento em outro (art. 305, § único), caso um pedido antecipatório satisfativo seja feito no bojo do processo cautelar. Silencia o novo diploma, contudo, acerca do que ocorre quando uma medida cautelar é apresentada em sede de tutela antecipada antecedente. Doutrina e jurisprudência manterão, provavelmente, as divergências existentes quanto ao art. 273, §7º, do CPC de 1973, linhas acima apontada.<sup>157</sup>

Entretanto, se ao Magistrado cabe(rá) converter um procedimento em outro, diante da natureza da medida, deverá, sempre, analisar a natureza da tutela urgente requerida pela parte, se cautelar ou satisfativa, para implementar o procedimento correto. Há, nesse sentido, a possibilidade de o Magistrado adequar o pedido de tutela cautelar ou antecipada ao procedimento (antecedente) cabível: cautelar (arts. 305 a 310) ou antecipatório (arts. 303 e 304).<sup>158</sup>

Estas questões mostram-se de extrema importância para se ter presente a interpretação e aplicação do art. 294 do NCPC. Será fundamental estabelecer a diferença entre a natureza das medidas de urgência, em que pese classificadas da mesma forma (provisórias – art. 294, caput) e com os mesmos requisitos (art. 300), para fins de procedimento a ser adotado, caso seja requerida a tutela (provisória) de urgência em caráter antecedente.

Em que pese a possibilidade (inovadora) de requerimento também da medida de urgência satisfativa (tutela antecipada) em caráter antecedente à apresentação

---

<sup>155</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. 1 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 312

<sup>156</sup> Idem, ibidem.

<sup>157</sup> CUNHA, idem, ibidem.

<sup>158</sup> CUNHA, G.A. Anotações aos artigos 294 a 299. In: BRASIL. Novo código de processo civil anotado. Porto Alegre: OAB RS, 2015.

do “pedido final”, a medida antecipatória não é independente do processo de conhecimento (e do procedimento comum – ordinário). A tutela antecipada, mesmo que antecedente, está inserida no bojo do processo de conhecimento (vide arts. 303 e 304). Não há, ainda, uma tutela de urgência satisfativa autônoma.<sup>159</sup>

Por outro lado, a medida cautelar antecedente ainda está apartada do procedimento ordinário, em procedimento específico (vide art. 305 e seguintes). Mas há uma inovação: poderá ser pleiteada no bojo do processo (de conhecimento), quando incidental. Não precisa mais ser buscada mediante a propositura de uma ação autônoma incidental, como quando sob a égide do CPC de 1973 (art. 796: o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal).<sup>160</sup>

A tutela provisória, seja de urgência ou da evidência, conserva sua eficácia na pendência do processo (e, salvo determinação contrária, durante a suspensão do processo), mas pode, a qualquer tempo, ser modificada ou revogada. O objetivo das tutelas provisórias é assegurar ou satisfazer, no todo ou em parte, o direito da parte. Mas, justamente por não serem definitivas, podem e devem ser modificadas ou revogadas ao longo da tramitação do processo, caso se altere a situação fático-jurídica justificadora da concessão da medida. Mantém-se a regra insculpida no §4º do art. 273 do CPC de 1973.<sup>161</sup>

No que se refere aos instrumentos para dar efetividade às medidas provisórias, o novo diploma determina que o juiz poderá definir as medidas que considerar apropriadas para concretização da tutela provisória, ressaltando, no que couber, as normas alusivas ao cumprimento provisório da sentença (art. 297 do NCPC).<sup>162</sup>

O novo diploma reproduz o mesmo sentido do art. 273, §3º, do CPC de 1973, quer dizer, a efetivação (execução) da medida provisória concedida será feita na forma da execução provisória (arts. 461, §§ 4º e 5º, e 475-O, ambos do CPC de 1973; e arts. 520 e seguintes: 536 a 538 do NCPC). Essa a faceta da execução das medidas provisórias urgentes de natureza satisfativa (tutela antecipada).<sup>163</sup>

---

<sup>159</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>160</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 1 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 318.

<sup>161</sup> *Ibidem*.

<sup>162</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>163</sup> CUNHA, G.A. *Anotações aos artigos 294 a 299*. In: BRASIL. *Novo código de processo civil anotado*. Porto Alegre: OAB RS, 2015.

Paralelamente, a regra do art. 297 do NCPC representa também o estabelecimento do poder geral de cautela, até então previsto no art. 798 do CPC de 1973. Quer dizer, diante da ausência dos procedimentos cautelares específicos, o poder geral de cautela ganha força, em especial diante da combinação do art. 297 com o art. 301, ambos do novel diploma: há um rol exemplificativo de situações que objetivam o acautelamento do direito. Contudo, as medidas cautelares são atípicas, ou seja, não existem mais procedimentos cautelares específicos e, assim, poderá o juiz adotar as medidas adequadas para realizar a função de assegurar o direito do requerente (que está sendo ou virá a ser pleiteado em processo de conhecimento ou execução, quando haja risco ao resultado útil desses processos – art. 300).<sup>164</sup>

Evidentemente, deverá o Magistrado, sempre, fundamentar sua decisão de indeferimento ou de concessão, revogação ou modificação da tutela provisória. O disposto no art. 298 do NCPC mantém a determinação do art. 273, §1º, do NCPC. Tal regra já se mostrava despicienda, diante do sistema processual civil lido à luz das garantias constitucionais do processo, quando do CPC de 1973. No NCPC, a regra específica mostra-se ainda mais desnecessária, diante dos arts. 11 e 489, § 1º, todos do NCPC.<sup>165</sup>

Por fim, o art. 299 trata da competência para apreciação das tutelas provisórias. Por óbvio, quando a tutela provisória for requerida de forma incidental, o será perante o juiz da causa, tenha natureza cautelar, satisfativa (antecipada), ou seja, tutela da evidência. Sob o sistema do CPC de 1973, os requerimentos incidentais de tutela antecipada (de urgência e da evidência) já eram feitos ao juiz da causa, eis que no bojo do processo de conhecimento. Já as medidas cautelares eram, em geral, feitas em autos próprios, pelo procedimento cautelar (comum – inominadas – ou específicas), quando não utilizada a via da fungibilidade (vide linhas acima) – art. 273, §7º, do CPC de 1973.<sup>166</sup>

De outra parte, a medida cautelar preparatória obedecia a regra do art. 800 do CPC de 1973: competência do juiz competente para conhecer da ação principal. A situação mantém-se a mesma no NCPC, art. 299. Ademais, diante da possibilidade de requerimento em caráter antecedente também da tutela de urgência satisfativa

---

<sup>164</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>165</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. 1 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 312.

<sup>166</sup> Idem, *ibidem*.

(tutela antecipada), a regra é a mesma: neste caso, a petição será apresentada ao órgão jurisdicional competente para apreciação do “pedido principal”.<sup>167</sup>

Em sendo assim, constata-se que o novo Diploma processual estabelece que, para concessão da tutela de urgência, o magistrado, ao apreciar tal pedido, deve fazê-lo em nível de cognição sumária, tal como ocorria quando apreciava tal postulação com base no CPC de 1973. No entanto, quer se trate de tutela antecipada, quer de cautelar, os requisitos para a concessão delas são agora os mesmos: juízo de probabilidade e perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300, *caput*).<sup>168</sup>

Agora, pelo novo CPC,<sup>169</sup> a necessidade de caução, como condição para que seja efetivada a tutela de urgência concedida, é estendida às duas modalidades de tutelas de urgência: a satisfativa e a cautelar, como regra, sendo que somente em caso de a parte-demandante ser beneficiária de gratuidade da justiça ou de assistência judiciária é que não estará obrigada a prestá-la, caso em que o juiz poderá conceder essa tutela, dispensando a caução (art. 300, § 1º). Mas, para isso, deverá o postulante da tutela de urgência, já na petição inicial, solicitar esse benefício da gratuidade, exceto se estiver sendo defendido pela Defensoria Pública, caso em que, de antemão, por óbvio, a hipossuficiência econômica se presume, dispensando postulação específica a esse respeito. Não se está com isso a dizer que, impondo o juiz a prestação de caução, não possa a parte pedir a sua dispensa depois dessa decisão.

Contudo, em obediência ao princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF), é recomendável que, aquele que pede a tutela, e por ser de urgência, já o faça na petição inicial, evitando a postulação de dispensa de caução depois de já imposta, pois com isso estará retardando o cumprimento dessa tutela provisória deferida e dando causa, quiçá, a incidentes processuais desnecessários.

Quanto ao momento de concessão da tutela de urgência, levando em conta o iter processual, embora o novo CPC fale que ela poderá ser concedida liminarmente ou após a audiência de justificação (art. 300, § 2º<sup>170</sup>), não significa que o juiz não possa concedê-la após esses dois marcos cronológicos, mais adiante, ou até

---

<sup>167</sup> CUNHA, G.A. Anotações aos artigos 294 a 299. In: BRASIL. Novo código de processo civil anotado. Porto Alegre: OAB RS, 2015.

<sup>168</sup> MORAES, Voltaire de Lima. Anotações aos artigos 300 a 302. In: BRASIL. Novo código de processo civil anotado. Porto Alegre: OAB RS, 2015, p. 238 e ss.

<sup>169</sup> BRASIL. Idem, *ibidem*.

<sup>170</sup> BRASIL. Novo código de processo civil anotado. Porto Alegre: OAB RS, 2015, p. 238.

mesmo em sentença, consoante se infere do que dispõe o art. 1.012, § 1º, V,<sup>171</sup> desse Código, que, ao tratar dos casos em que a apelação será recebida no efeito devolutivo, está a hipótese em que a sentença confirma, concede ou revoga a tutela provisória. Logo, a tutela de urgência pode ser concedida também em sentença.

A jurisprudência já vinha sufragando essa linha de entendimento trazida pelo novo CPC, a despeito de o CPC de 1973, dizer que a apelação será recebida somente no efeito devolutivo, quando confirmar a antecipação dos efeitos da tutela (art. 520, VII), ignorando as situações em que ela é concedida ou revogada nesse provimento final.<sup>172</sup> O novo Estatuto processual estabelece um comando normativo somente aplicável à tutela antecipada, que não se aplica à cautelar, no sentido de que ela não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão (art. 300, § 3º).

Essa disposição não constitui novidade, pois semelhante regramento consta do CPC de 1973, em seu art. 273, § 2º, que estatui: “não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.<sup>173</sup>

De outro lado, na medida em que o legislador preferiu não mais fazer constar a tutela cautelar de Livro autônomo, como o fez o CPC de 1973, inserindo-a no Livro que trata da Tutela Provisória, e com isso eliminando as chamadas cautelares nominadas, torna-se incompreensível que essas medidas agora sejam referidas no art. 301 do CPC, como v.g., arresto, sequestro, arrolamento de bens, sem que esse novo Estatuto particularize os requisitos próprios que cada uma delas deve reunir para a sua concessão, gerando com isso dúvidas e incertezas, ou seja, onde buscar os conceitos e requisitos dessas cautelares aí mencionadas, se o de 2015 não as disciplina mais exaustivamente como o faz o CPC ainda em vigor? Para evitar tais incertezas e dúvidas, é melhor seguir uma interpretação no sentido que essa enumeração é meramente exemplificativa e adotar um entendimento de que, havendo necessidade de ser postulada uma medida cautelar, não vai importar o nomen juris, mas sim verificar se os requisitos estabelecidos pelo novo CPC para

---

<sup>171</sup> Idem, *ibidem*, p. 779.

<sup>172</sup> MORAES, Voltaire de Lima. Anotações aos artigos 300 a 302. In: BRASIL. Novo código de processo civil anotado. Porto Alegre: OAB RS, 2015, p. 239.

<sup>173</sup> BRASIL. Código de Processo Civil de 1973. Vade Mecum. Obra coletiva de todos os Códigos de Processo Civil de autoria da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 385.

concessão delas estão ou não presentes: juízo de probabilidade e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.<sup>174</sup>

Ainda cabe referir, que a parte beneficiada com a tutela de urgência (cautelar ou satisfativa), responde pelo prejuízo que tiver causado à parte contrária, nos casos em que o novo CPC estabelece (art. 302, I, II, III e IV). Esse dispositivo legal é semelhante ao art. 811, incisos I a IV, do CPC de 1973 que, no entanto, diz respeito à normatização específica para o processo cautelar. Agora, a novidade é que, pelo novo regime normativo do CPC de 2015, essa postulação indenizatória também é estendida para os casos em que concedida à tutela antecipada (satisfativa) e não somente para as cautelares, como o faz aquele Estatuto.<sup>175</sup>

Por um princípio de economia processual, essa pretensão indenizatória deve ser liquidada nos próprios autos do processo em que a tutela de urgência tiver sido concedida, como regra, não obstante isso possa ser feito, excepcionalmente, em autos apartados, quando impossível fazê-lo naqueles, por circunstâncias que devem ser sopesadas caso a caso, segundo prudente critério judicial. É o que se depreende do disposto no art. 302, parágrafo único, do novo CPC, que segue também normatização semelhante à adotada pelo art. 811, parágrafo único, do CPC de 1973, mas aqui neste artigo referente à tutela cautelar.<sup>176</sup>

### 3.1 TUTELA CAUTELAR EM CARÁTER ANTECEDENTE

A tutela de antecipação adaptou-se aos novos anseios da sociedade, que assim fizeram emergir uma nova realidade político-jurídica que epistemologicamente emergiu-se através da Constitucionalização do Direito, e por quicá do Direito Processual que modernizou-se, ainda mais no que tange as suas tutelas, tendo como fito a necessidade de uma cognição exauriente para com as angustias e lamurias litigiosas que se impõe pela complexidade das derradeiras relações sociais. Haja vista, que a cognição exauriente deve assim respeitar a legalidade constitucional (exemplo disso é o artigo 1º do CPC) que faz surgir um processo justo que respeita o contraditório como direito fundamental, assim como a amplitude de

---

<sup>174</sup> MORAES, Voltaire de Lima. Anotações aos artigos 300 a 302. In: BRASIL. Novo código de processo civil anotado. Porto Alegre: OAB RS, 2015, p. 239-240.

<sup>175</sup> BRASIL. Novo código de processo civil anotado. Porto Alegre: OAB RS, 2015, p. 238 e ss.

<sup>176</sup> Idem, ibidem.



defesa, e para isso ocorrer o acesso irrestrito à justiça é um dos elementos mais peculiares para com os angustiosos anseios constitucionais.

Procedimento a ser observado no que tange a tutela antecipada requerida em caráter incidente. Ocorre “nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo” (art. 303, “caput”).<sup>177</sup> Neste sentido, deve o autor demonstrar na petição inicial a ação que pretende ajuizar, veiculando o pedido de tutela antecipada.

Não há necessidade de na petição inicial, exaurir os fundamentos para a procedência da ação, bastando à demonstração da probabilidade do direito afirmado, por uma simples e incontestável razão: o autor deverá aditar a petição inicial posteriormente, complementando sua argumentação. A indicação do pedido de tutela final na petição inicial se revela fundamental, de modo a que o magistrado tenha condições de verificar o(s) efeito(s) da sentença que o autor pretende antecipar,<sup>178</sup> conforme pode ser vislumbrado nos artigos 305 a 310 do Novo Código de Processo Civil.<sup>179</sup>

---

<sup>177</sup> BRASIL. Novo código de processo civil anotado. Porto Alegre: OAB RS, 2015, p. 238.

<sup>178</sup> SILVA, Jaqueline Mielke. A tutela provisória no novo Código de Processo Civil. In: RUBIN, Fernando; REICHEL, Luis Alberto (orgs). Grandes Temas do Novo Código de Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 115.

<sup>179</sup> Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303; Art. 306. O réu será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir; Art. 307. Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá dentro de 5 (cinco) dias. Parágrafo único. Contestado o pedido no prazo legal, observar-se-á o procedimento comum; Art. 308. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais. § 1º O pedido principal pode ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar. § 2º A causa de pedir poderá ser aditada no momento de formulação do pedido principal. § 3º Apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma do art. 334, por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu. § 4º Não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335. Art. 309. Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se: I - o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal; II - não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias; III - o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito. Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a eficácia da tutela cautelar, é vedado à parte renovar o pedido, salvo sob novo fundamento; 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 do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição.

A tutela cautelar constituirá uma providência de proteção do próprio processo, para assegurar a eficácia da decisão final sobre o direito material, mas não uma medida de acolhimento do pedido principal. Visa tal tutela assegurar a eficácia da decisão final do processo principal, mas nunca tem o mesmo conteúdo do acolhimento do pedido principal, porque não se destina a antecipá-lo, mas a assegurar a eficácia.<sup>180</sup>

O procedimento a ser observado para com a tutela cautelar (conservativa) requerida em caráter antecedente, será por meio de petição inicial, em ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente, e que indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. (art. 305, “caput”) Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303. (art. 305, “parágrafo único”).<sup>181</sup>

Sobre a liminar da Tutela Cautelar Conservativa, pode o autor requerer tutela cautelar liminarmente (segundo o artigo 300 em seu § 2º), rigorosamente, uma antecipação de tutela cautelar. Pode o juiz concedê-la inaudita altera parte ou após a justificação prévia. Da decisão prolatada cabe agravo de instrumento (art. 1.015, I).<sup>182</sup>

O Réu será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir. (art. 306, “caput”), pois, não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá dentro de 5 (cinco) dias. (art. 307, “caput”). Corrobre-se, que na ação cautelar antecedente, a revelia apenas pode conduzir à presunção de probabilidade dos fatos articulados pelo autor nos limites da cognição cautelar. E ainda, pode-se produzir pelas alegações juízo suficiente de probabilidade para com a concessão da tutela cautelar.<sup>183</sup>

No caso de Resposta do Réu com sua devida contestação do pedido no prazo legal. Observar-se-á o procedimento comum. (art. 307, “parágrafo primeiro”) Efetivada a tutela cautelar. O pedido principal terá de ser formulado pelo autor no

---

<sup>180</sup> GRECO, Leonardo. A Tutela da Urgência e a Tutela da Evidência no Código de Processo Civil de 2015. In: RIBEIRO, Darci Guimaraes; JOBIM, Marco Félix (orgs). Desvendando o Novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 123.

<sup>181</sup> BRASIL. Novo código de processo civil anotado. Porto Alegre: OAB RS, 2015, p. 238 e ss.

<sup>182</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015. p. 319.

<sup>183</sup> Idem, ibidem.

prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais (art. 308, “caput”). Não incidindo novas custas o pedido principal pode ser apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, mas pode também o pedido principal ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar (art. 308, § 1º). E ainda, a causa de pedir poderá ser aditada no momento de formulação do pedido principal (art. 308, § 2º). Formulado e apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma do art. 334, por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu. (art. 308, § 3º). E caso não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335 (art. 308, § 4º).<sup>184</sup>

Cessar-se-á a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se: I – o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal; II - não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias; III - o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito (art. 309 e incisos I, II e III). Importante destacar, que, se por quaisquer dos motivos acima delineados, cessar a eficácia da tutela cautelar, fica vedado à parte renovar o pedido, salvo sob novo fundamento. (art. 309, “parágrafo primeiro”).<sup>185</sup>

A sentença que julga, improcedente o pedido de tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição. (art. 310, “caput”). Importante mencionar, que a sentença que julga improcedente o pedido de tutela cautelar valora apenas a existência ou inexistência do direito à cautela, não se pronunciado sobre a existência do direito acautelado. Porém, sobre o direito à cautela, há sentença de improcedência capaz de formar coisa julgada, tanto é assim que se torna impossível propor a mesma ação (conformidade com o art. 309, parágrafo único).<sup>186</sup>

### 3.2 DA TUTELA DE EVIDÊNCIA

---

<sup>184</sup> BRASIL. Novo código de processo civil anotado. Porto Alegre: OAB RS, 2015, p. 238 e ss.

<sup>185</sup> Idem, ibidem.

<sup>186</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015. p. 320.

A tutela de evidência funda uma tendência de evolução das tutelas diferenciadas, caracterizada pelo afastamento da necessidade de urgência para aproximar-se da evidência, como um passo a mais do *fumus boni iuris*. Por essa evolução, tende-se a tutela os direitos de quem pede o provimento somente pela sua provável existência, já sendo possível verificar a progressiva saída da tutela antecipada do âmbito da tutela de urgência para direcioná-la também ao da tutela da mera evidência. Se desprovida da urgência, vem apresentar avanço inexorável na busca pela efetividade da prestação jurisdicional.<sup>187</sup>

A tutela de evidência distingue-se das outras, pela acentuada probabilidade de existência do direito do autor ou pelo elevado valor humano desse direito, a merecer proteção provisória independentemente de qualquer aferição de perigo de dano. A tutela da evidência é sempre incidente. Pode ser requerida na inicial ou em petição avulsa.<sup>188</sup>

A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando do preenchimento dos seguintes requisitos: 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 documentalmente 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.<sup>189</sup>

Segundo o parágrafo único do artigo 311, nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente (art. 311, “caput”, incisos I, II, III e IV somado ao Parágrafo único). Relevante, que o fator evidencia deve ser compreendido como sendo uma fortíssima verossimilitude do fundamento da pretensão contida na

---

<sup>187</sup> SILVA, Joao Paulo Hecker da. Tutela de Urgência e Tutela da Evidência nos Processos Societários. Tese de Doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo – USP, 2012. p. 147 e 201.

<sup>188</sup> GRECO, Leonardo. A Tutela da Urgência e a Tutela da Evidência no Código de Processo Civil de 2015. In: RIBEIRO, Darci Guimaraes; JOBIM, Marco Félix (orgs). Desvendando o Novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 113 e 130 e 130.

<sup>189</sup> BRASIL. Novo código de processo civil anotado. Porto Alegre: OAB RS, 2015.

demanda, superior inclusive a que se reclama no caso de tutela antecipada de urgência.<sup>190</sup>

Caso seja 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. Vale destacar, que quanto a matéria de direito, sendo que é possível o julgamento antecipado da demanda logo após a apresentação de defesa. Antecipar o provimento neste caso sem o requisito de urgência, além de desnecessário, poderá criar ainda mais incidentes e recursos a serem julgados pelos Tribunais já tão abarrotados, em prejuízo da própria celeridade e eficiência da prestação jurisdicional adequada.<sup>191</sup>

Não faz Coisa Julgada, a tutela provisória de evidência, por ser essa fundada em cognição sumária. Portanto, sua decisão não é suscetível de coisa julgada.<sup>192</sup>

---

<sup>190</sup> Idem, ibidem.

<sup>191</sup> SILVA, Joao Paulo Hecker da. Tutela de Urgência e Tutela da Evidência nos Processos Societários. Tese de Doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo – USP, 2012. p. 199). art. 311, “incisos IV.

<sup>192</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015. p. 321.

#### **4 DA CELERIDADE DA JUSTIÇA ANTE ÀS TUTELAS DE URGÊNCIA E EVIDÊNCIA NO CPC DE 2015**

O novo texto do Código de Processo civil, que passou a vigor a partir da Lei 13.105 de 16 de março de 2015, sem dúvida vem deixar seus processos e procedimentos mais ágeis e conseqüentemente dando mais celeridade à justiça, que salvaguarda, vem caminhando a passos extremamente lentos.

Aproximadamente 6 milhões de processos tramitam na Bahia, conforme senso apontado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e mais de 90 milhões em todo o país, em vista disso, celeridade é um dos desejos mais recorrentes quando se fala de justiça no Brasil, nunca se houvera falar tanto neste termo, como nos tempos atuais, o novo Código de Processo Civil, chega com mudanças que visam além de tudo, a rapidez processual.<sup>193</sup>

O princípio da duração razoável do processo está fundamentado no artigo 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, no seu inciso LXXVIII que diz que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, mesmo princípio pode-se ser encontrado também no antigo e novo CPC, este último, no artigo 6º e 7º onde estes preceituam respectivamente que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. (...) “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.”<sup>194</sup>

O novo Código de Processo Civil veio a criar mecanismos para criar um judiciário mais ágil e com mais segurança jurídica.

Entre diversas mudanças, o novo texto prevê a redução no tempo da tramitação, assim como acontece na justiça Europeia, diminuindo também as taxas de reforma, as taxas de alteração das decisões que acaba fazendo com que

---

<sup>193</sup> BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Dados Estatísticos. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco/es/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao>> Acesso em: 24 jan 2019.

<sup>194</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1. 2016. Editora Podivm. p. 96.

o processo se torne mais efetivo e em algumas situações faz com que se diminua o tempo do processo.<sup>195</sup>

Sem dúvida, as mudanças do novo código comparado ao de 1973 são bem visíveis, visto que no código de 1973 a antecipação de tutela satisfativa e a tutela cautelar, eram de regimes distintos, ou seja, tinham previsões expressas diferentes no código, cada qual com seus requisitos e com procedimentos próprios, onde os requisitos da tutela antecipada eram: verossimilhança das alegações e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e abuso do direito de defesa, onde o objetivo principal era antecipar o mérito da demanda pro momento inicial, evitando assim, prejuízo à parte (previsão legal no art. 273<sup>196</sup> cpc de 1973).<sup>197</sup>

A tutela cautelar também tinha dois requisitos, o *fumus boni juris*, ou seja, a fumaça do bom direito e o *periculum in mora* ou perigo na demora, sendo visível a diferença de requisitos das duas matérias, onde o objetivo desta seria garantir a eficácia de uma demanda principal ainda a ser ajuizada, não possuindo caráter satisfativo (previsão legal em todo o livro III do CPC de 1973 – artigos 796 a 889), onde neste mesmo instituto do CPC de 1973 existiam as cautelares antecipadas de provas, de arresto, de sequestro, sendo observada a diferenciação desses dois institutos.<sup>198</sup>

O grande problema da tutela satisfativa e da tutela cautelar, é que apesar de ser dois institutos muito próximos, por muito tempo surgiu muitas dúvidas dos advogados e dos próprios magistrados, qual seria a medida cabível para o caso concreto e durante longas datas, os advogados impetravam uma tutela cautelar e os magistrados entendiam que seria tutela antecipada e extinguiu a cautelar e vice-versa.

Em meio disso, a solução que o código de 1973 tentou dar, foi em vistas da reforma que houve no CPC em 1994, onde foi introduzido o parágrafo 7º do art. 273, que trouxe a possibilidade da fungibilidade das medidas cautelares e da tutela antecipada satisfativa, porque até aquele momento, antes de existir a

---

<sup>195</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1. 2016. Editora Podivm. p. 98.

<sup>196</sup> Art. 273 – O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo provas inequívocas, 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 [...].

<sup>197</sup>BRASIL, Código de Processo Civil. 1973. Disponível em: <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)> Acesso em: 28 jan 2019.

<sup>198</sup> Ibidem.

fungibilidade, era necessário dirimir as dúvidas sobre qual medida impetrar e após este instituto, não houve margens para mais interrogativas quanto aos procedimentos.<sup>199</sup>

A partir disto, após a promulgação do novo CPC de 2015, houve grandes mudanças na forma de requerer e procedimental destas tutelas. A primeira grande mudança, é que o novo código traz um gênero que é “tutela provisória”, que traz as duas subespécies que são a tutela de urgência e a tutela de evidência. A tutela de urgência unificou tanto a tutela cautelar, quanto a tutela satisfativa, previstas nos artigos 300 a 310. Ambos são divididos em duas possibilidades: a tutela antecipada antecedente e a tutela antecipada incidental, ou seja, você pode requerer uma tutela antes do ajuizamento do processo ou durante o trâmite do processo, assim como a cautelar, que também se subdividiu em cautelar antecedente e a cautelar incidental, previstas nos artigos 303 a 310 de 2015.<sup>200</sup>

No novo CPC os requisitos para a tutela de urgência é a probabilidade do direito alegado e perigo de dano ou risco de dano ao resultado útil do processo (art. 300), que pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental, conforme supracitado, visando assim à perfeita mudança nos requisitos anteriormente preceituados no código de 1973 que é o fim do processo cautelar como procedimento autônomo, não se exige mais a verossimilhança das alegações, a parte tem que demonstrar de forma completamente clara que o direito resguardado faz jus a seu pedido, portanto agora, exige-se somente a probabilidade ou possibilidade do direito alegado.<sup>201</sup>

Portanto em instância de síntese, pode-se dizer que as diferenças mais pontuais entre a tutela de urgência no Código de Processo Civil de 1973 e no Novo Código de Processo Civil de 2015 é que no CPC de 1973: Não faz distinção entre as tutelas de urgência e possui requisitos específicos para a concessão da tutela antecipada, que não são mais rígidos que os da cautelar. Já no NCPC de 2015, este separa as tutelas de urgência cautelar satisfativas e unifica os requisitos para a concessão de todas as tutelas de urgência.

---

<sup>199</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Volume único. 7ª ed. Ed. Método. 2015, p. 218.

<sup>200</sup> *Ibidem*.

<sup>201</sup> *Ibidem*.



No Código de 1973 a cautelar podia ser postulada de forma antecedente, preparatória ou incidental, e a tutela antecipada apenas no curso do processo, já no Código de 2015, foi dada uma autonomia a este procedimento dos dois tipos de tutela, seja ela antecipada ou cautelar, ambas podendo ser requeridas no início do processo, só precisando se preocupar em fazer o pedido antecipado satisfativo ou cautelar, tendo prazo para inicial após isso.

A outra mudança que adquiriu mais celeridade e efetividade entre a transição dos dois Códigos supracitados, é que no Código de 1973 sendo concedida a tutela antecipada ou a cautelar, ela poderia ser revogada ou modificada a qualquer tempo, ao passo que o Código de 2015, sendo concedida a tutela de urgência e não havendo a sua impugnação e a consequente propositura da ação principal, haverá estabilização da decisão (estabilização da tutela de urgência) produzindo seus efeitos, instituto que apenas o Código de 2015 trouxe como inovação.<sup>202</sup>

O acesso à justiça é um direito fundamental constitucionalizado, previsto na Constituição Federal em seu art. 5º, incisos XXXV e LXXIV, ou seja, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” e “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, respectivamente.

Esse acesso à justiça, não é acesso ao prédio do Judiciário, às suas dependências físicas, de custas baratas e até de dispensa ou isenção de custas, advogados pagos pelo Estado (defensorias públicas), dispensa da presença do advogado, violação da essencialidade do advogado, mas, essencialmente, realização efetiva da Justiça, sobretudo no que tange a celeridade processual, ou seja, o “direito à razoável duração do processo”, conforme dispõe o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988.<sup>203</sup>

Ocorre que ao lado dessa garantia constitucional está a triste realidade de uma demora demasiada do trâmite processual, que, certamente, é dos maiores, senão o maior, dos aborrecimentos experimentados por aqueles que recorrem ao Poder Judiciário.

---

<sup>202</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Volume único. 7ª ed. Ed. Método. 2015, p. 226.

<sup>203</sup> 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.

Essa demora, seja dos ritos processuais seja da tramitação do feito, ocasiona, em muitas situações, uma prestação jurisdicional ineficaz, pois quando esta é entregue ao jurisdicionado, por mais justa que seja, já não lhe serve tanto, pois ficou no passado a necessidade daquela proteção. Conforme já dizia Rui Barbosa: “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade”<sup>204</sup>.

O diagnóstico “Justiça em números 2008”, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça, revela a intensa movimentação do Judiciário brasileiro: a) em primeira instância, tramitaram na Justiça Federal 2,1 milhões de processos (dos quais 1,5 milhão encontravam-se pendente de julgamento), 6 milhões de processos (3,2 milhões de casos novos e 2,8 milhões casos pendentes), tendo sido julgados 3,1 milhões de processos; na Justiça Estadual, mais de 45 milhões de processos (12 milhões de casos novos e 33 milhões casos pendentes), tendo sido sentenciado apenas 20% do quantitativo total em tramitação; nos Juizados Especiais Estaduais, 8,2 milhões de processos (4,2 milhões de casos novos e 4 milhões de casos pendentes); nos Juizados Especiais Federais 2,2 milhões de processos (1,2 milhão de casos novos e 979 mil casos pendentes); b) em segunda instância, tramitaram nos Tribunais Regionais Federais quase 1,2 milhão de processos (474 mil casos novos e 713 mil pendentes de julgamento), tendo sido sentenciados apenas 477 mil processos; na Justiça Estadual, 3 milhões de processos (1,8 milhões de casos novos e 1,2 milhões casos pendentes); nas Turmas Recursais dos Juizados Federais tramitaram 568 mil processos (380 mil casos novos e 188 mil casos pendentes) e nas Turmas Recursais dos Juizados Estaduais, 441 mil processos (321 mil casos novos e 120 casos pendentes), tendo sido julgados 254 mil processos.<sup>205</sup> Esses números revelam o congestionamento que se apresenta no Poder Judiciário brasileiro, cujas deficiências são reconhecidas pelo próprio poder público:

O Poder Judiciário precisa se modernizar para prestar mais e melhores serviços à população brasileira. A ineficiência da máquina pública colocada à serviço da justiça traz enormes prejuízos ao país: torna a

---

<sup>204</sup> BARBOSA, Rui. Oração aos Moços. Disponível em: <<https://jornalggn.com.br/noticia/oracao-aos-mocos-rui-barbosa/>>. Acesso em: 15 jan 2019.

<sup>205</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Diagnóstico do poder judiciário. Secretaria da Reforma do Poder Judiciário. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/reforma/index.htm.2004>>. Acesso em: 15 jan 2019.

prestação jurisdicional inacessível para grande parte da população; transforma a vida daqueles que têm acesso ao judiciário numa luta sem fim pelo reconhecimento de seus direitos; dificulta o exercício profissional dos advogados, membros do Ministério Público, defensores públicos, advogados públicos e serventuários da Justiça e, ainda, inflaciona o chamado custo Brasil. O mau funcionamento do Poder Judiciário interessa aos que se valem de sua ineficiência para não pagar, para não cumprir a obrigação, para protelar, para ganhar tempo – mas não interessa ao país.<sup>206</sup>

Vários são os fatores apontados como causas dessa lentidão do provimento judicial, tais como: o excesso de demandas; complexidade da causa; ineficiência na administração judiciária (falta de planejamento e desenvolvimento dos serviços forenses); falta de servidores públicos; excesso de formalidade das leis processuais; protelação por parte dos litigantes e seus procuradores ou por parte do magistrado em desrespeito às normas processuais; inadequação da legislação.<sup>207</sup>

Não obstante as recentes reformas processuais, que procuraram imprimir maior celeridade ao trâmite processual, para Humberto Theodoro Júnior não se pode deixar de mencionar a falta de planejamento e desenvolvimento dos serviços forenses:

O que, empiricamente, se constata é que, malgrado as sucessivas alterações das leis processuais, a Justiça continua “rotineira e ineficiente”, apegada a métodos arcaicos e que, fatalmente, redundam em “julgamentos tardios”, que mais negam do que distribuem a verdadeira justiça. O Poder Judiciário (...) é o mais ineficiente na produção de efeitos práticos (...) é o mais ritualista; daí sua impotência para superar a morosidade de seus serviços e o esclerosamento de suas rotinas operacionais. Que adianta fixar a lei processual um prazo de três ou cinco dias para determinado ato da parte, se, na prática a secretaria do juízo gastará um mês ou dois (e até mais) para promover a respectiva publicação no diário oficial? Que adianta a lei prever o prazo de noventa dias para encerramento do feito de rito sumário se a audiência só vem a ser designada para seis meses após o aforamento da causa, e se interposto o recurso de apelação, só nos atos burocráticos que antecedem a distribuição ao relator serão consumidos vários meses ou até anos?<sup>208</sup>

Para o autor<sup>209</sup>, a demora na entrega da prestação jurisdicional em pouco decorre das diligências e prazos determinados pela lei processual, sendo, em regra, resultado do desrespeito ao sistema legal pelos agentes da Justiça, ao que denomina de etapas mortas do processo, ou seja, o tempo despendido pelos

---

<sup>206</sup> Ídem. Ibidem.

<sup>207</sup> ROCHA, José de Albuquerque. Teoria geral do processo. 7. ed. 3. tir. São Paulo: Atlas, 2004. p. 197-198

<sup>208</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional - insuficiência da reforma das leis processuais. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>> Acesso em: 15 jan 2019.

<sup>209</sup> Idem, ibidem.

agentes do Judiciário para resolver a praticar os atos que lhes competem, período no qual os expedientes forenses permanecem paralisados nos escaninhos. E nesse aspecto, complementa Moniz de Aragão que: “quem contemplar os prazos previstos em lei ou nos regimentos dos tribunais verá que se forem respeitados o tempo necessário à tramitação do processo deixará de ser o fantasma que tanto assusta.”<sup>210</sup> Assim, a rapidez no trâmite processual será alcançada evitando-se essas etapas, isto é, evitando-se essa inatividade processual por parte dos representantes dos órgãos.

Para Candido Rangel Dinamarco<sup>211</sup>, os efeitos lesivos decorrentes dessa morosidade na entrega da prestação jurisdicional são de três ordens: 1) afeta o direito da parte, que perece em razão da demora; 2) atinge o psiquismo do jurisdicionado, causando angústia e incertezas; 3) provoca o desgaste e desprestígio da justiça. Segundo autor:

Há direitos que sucumbem de modo definitivo e irremediável quando a tutela demora, mas há também situações que, mesmo não desaparecendo por completo a utilidade das medidas judiciais, a espera pela satisfação é fator de insuportável desgaste, em razão da permanência das angústias e incertezas. Há também o desgaste do processo mesmo, como fator de pacificação com justiça, o que sucede quando o decurso do tempo atinge os meios de que ele precisa valer-se para o cumprimento de sua missão social (provas e bens).<sup>212</sup>

Fato é que a morosidade na prestação jurisdicional fere os direitos fundamentais do cidadão, acaba com as esperanças dos jurisdicionados, que não veem seus direitos atendidos, e aumenta o descrédito dos cidadãos na Justiça, que veem esse serviço como algo que não funciona ou que demora a dar resultado; e o processo, de instrumento de resolução de conflitos, torna-se a eternização do problema.

Segundo as palavras do preclaro jurista Kazuo Watanabe, “o acesso à justiça resulta no acesso à ordem jurídica justa”<sup>213</sup>. A doutrina contemporânea comunga da ideia de que o acesso à justiça não está restrito apenas ao acesso aos Tribunais, mas antes disso, propiciar às partes um processo que atenda os

---

<sup>210</sup> ARAGÃO, Egas Diniz Moniz de. As tendências do processo civil contemporâneo. *Gênesis - Revista de Direito Processual Civil*, v. 11, jan.-mar. 1999, p. 156.

<sup>211</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 895.

<sup>212</sup> *Idem*, *Ibidem*

<sup>213</sup> WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais*. São Paulo: RT, 1980.

princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal, como a garantia do devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

O direito à tutela efetiva confere ao indivíduo a possibilidade de exigir um provimento dos órgãos jurisdicionais, isso é, uma resposta adequada à tutela do direito material invocado, independentemente de suas condições financeiras. O pleno acesso à jurisdição culminou numa série de medidas tomadas pelo legislador para que este efetivo acesso se tornasse possível<sup>214</sup>.

Pode-se dizer que não há processo democrático se não houver medidas que possibilitem a participação plena de todos aqueles que necessitarem de um provimento judicial. Essa preocupação, em garantir o pleno acesso aos órgãos jurisdicionais pela população mais carente, fez com que o legislador elaborasse normas protetivas para tanto.

Tanto a Lei 9.099/95 como a Lei 10.259/01 retratam esta concretização de aproximar os mais carentes do Poder Judiciário. Ambas as leis constituíram alternativas para que as diferenças econômicas existentes entre as partes não impedissem que os mais carentes pudessem pleitear, em par de igualdades com a parte adversa, a proteção de seu direito material.<sup>215</sup>

A preocupação em propiciar aos mais carentes o pleno acesso à justiça, através da criação de leis que amparassem essa garantia, retratou o compromisso do legislador com o caráter democrático do processo; a partir do surgimento das leis supra referidas, o processo deixou de ser um instrumento de realização do direito apenas às classes sociais mais abastadas, que podem custear as elevadas despesas processuais e, assim, participar ativamente do processo.<sup>216</sup>

Da mesma forma, a boa qualidade da prestação jurisdicional advém de sua entrega no momento tempestivo, de forma que a aspiração requerida pelo autor seja atendida a tempo, resguardando-o, quando for o caso, dos desdobramentos

---

<sup>214</sup> Um dos grandes estudiosos sobre o assunto, Mauro Cappelletti identificou três pontos sensíveis sobre este tema, os quais denominou de “ondas renovatórias do direito processual”, quais sejam: a assistência judiciária gratuita, dirigida à população carente que não pode arcar com as despesas do processo; a tutela dos interesses difusos, permitindo que os grandes conflitos de massa sejam apreciados pelos tribunais; e a criação de métodos para tornar os direitos efetivos.

<sup>215</sup> Lei 9.099/96 que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências; e Lei 10.259/01 que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal.

<sup>216</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 790.

da lesão que vinha sofrendo. Para que esse fato seja alcançado, o processo judicial deve tramitar com a desejável celeridade e não de ser coibidos expedientes de que o réu possa valer-se para obstar o resultado final. Isso precisa ser feito, no entanto, sem sacrifício da qualidade da decisão que se postula e sem risco para a segurança jurídica – valor essencial ao Direito. Recentemente, as inquietações têm-se voltado, por compreensíveis motivos, para a busca da celeridade processual. De antiga aspiração dos jurisdicionados foi esse valor alçado ao status de princípio constitucional. A Emenda no 45/2004 incorporando ao texto da Constituição o inciso LXXVIII nele dispôs que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.<sup>217</sup>

O processo, para finalizar essa exposição, deve ser concebido como instrumento de legitimação de desigualdades. Daí a necessidade de adequá-lo às especificidades e diferenças daqueles que litigam junto ao Poder Judiciário; enxergá-lo apenas como técnica de submissão a critérios formais e abstratos, de modo a propiciar apenas um julgamento rebuscado de formalidades nos Tribunais é subverter sua natureza instrumental de aplicação dos direitos fundamentais.

#### 4.1 DA ESTABILIZAÇÃO DAS TUTELAS

Entre tantas discussões que envolveram as mudanças quanto às tutelas no novo Código de Processo Civil de 2015, uma das principais mudanças, onde incorreram em várias críticas quanto à formalidade, foram as inovações da estabilidade das tutelas, coisa que não pode-se ser confundida com a coisa julgada. Porém a estabilização da tutela não é um instituto criado e que entrou em vigor apenas na Legislação Brasileira. No projeto de Lei 186/2005 proposto pelo Senado Federal se construía uma tendência de modificação do perfil do instituto da estabilização no Brasil, as alterações feitas posteriormente no texto que prevaleceu no NCPC, demonstram que as experiências Europeias onde tem

---

<sup>217</sup> MEDINA, Paulo Roberto de Gouveia. Os valores celeridade processual e segurança jurídica no projeto de novo Código de Processo Civil. Revista de Informação Legislativa. Brasília ano 48 n. 190 abr./jun. 2011.

previsto tal estabilização foram, pelo menos em parte, acolhidas no ordenamento brasileiro.<sup>218</sup>

A estabilização das tutelas ocorre naquela hipótese em que a parte primeiramente faz o pedido de tutela antecipada (para depois editar a petição inicial), podendo ocorrer da outra parte não recorrer (mas que não haja prejuízo para o réu), então se a tutela antecipada satisfativa for deferida e a parte contrária não recorrer, sendo o recurso cabível o agravo de instrumento, esta decisão irá se estabilizar, irá se conservar os efeitos práticos dela. Ainda que o autor não complemente a petição inicial e o réu não apresente defesa.<sup>219</sup>

Segundo a opinião de Bernardo Lima e Gabriela Expósito:

A estabilização se opera sobre os efeitos jurídicos emergentes da decisão antecipatória (art. 304, caput e § 6º, segunda parte). Com isso não se defende que tais efeitos se apresentem imutáveis. Efeito antecipatório de nenhuma ordem será imutável. O que é imutável é infinito e imortal. Mas os efeitos nascem para morrer. Os efeitos da decisão antecipatória provocada por pedido autônomo, estabilizados ou não, servem ao estabelecimento de um estado de coisas pretendido pelo autor. Se o réu cumpre a decisão, cessa o dever nela fixado. Se o réu não cumpre a decisão e contra ela não se insurge, o efeito permanece operativo, até que, eventualmente venha ele convencer o juízo, por ação autônoma “com intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada” no prazo de 2 anos (§ 5º do art. 304).<sup>220</sup>

Ditando mais claramente, uma vez deferida à antecipação da tutela satisfativa e não confrontada pela parte contrária pelo recurso cabível (agravo de instrumento), ela se estabiliza (conserva os seus efeitos práticos), ainda que não haja a complementação da petição inicial pelo autor e seja apresentada defesa pelo réu.

O prazo para manter os efeitos dessa decisão encontra-se preceituada no art. 304, caput do instituto, onde este cita que “a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for

---

<sup>218</sup>LIMA, Bernardo Silva de; EXPÓSITO Gabriela. “Porque tudo que é vivo morre” comentários sobre o regime da estabilização dos efeitos da tutela provisória de urgência no Novo CPC. Revista de Processo – Repr. Ano 40. nº250, pg. 167-187. Revista dos Tribunais: Dezembro 2015.

<sup>219</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafaela Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2. 2016. Editora Podivm. p. 98.

<sup>220</sup>LIMA, Bernardo Silva de; EXPÓSITO Gabriela. “Porque tudo que é vivo morre” comentários sobre o regime da estabilização dos efeitos da tutela provisória de urgência no Novo CPC. Revista de Processo – Repr. Ano 40. nº250, pg. 167-187. Revista dos Tribunais: Dezembro 2015.

interposto o respectivo recurso.” Desta forma, o processo é extinto sem resolução de mérito, mas de cisão liminar continua existindo e produzindo efeitos.<sup>221</sup>

No §2º do art. 304, ele traz que “qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada nos termos do caput”. Porém há a interrogativa de que depois de quanto tempo, depois que a tutela se torna estável, as partes podem fazer o citado no instituto citado? Traria uma certa insegurança jurídica se fosse possível de não existir efetivamente um prazo fixado ou legal, para que a parte pudesse requerer a mudança ou a revisão dessa tutela.

Além dessa tutela antecipada manter a decisão dela ao longo do tempo que ela não foi revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito, a parte interessada em mudar essa decisão, tem o prazo de dois anos para fazê-lo (tanto autor, quanto réu), que é o que determina o §5º do art. 304, quando diz que “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.”<sup>222</sup>

Assim, conforme o ilustrado, após o prazo de 2 anos para requerer o preceituado no §5º do instituto supracitado, a decisão antecipada não poderá mais ser contestada, se tornará estável, ou seja, os seus efeitos se manterão no tempo.

Portanto, pode-se vislumbrar que a estabilização é uma garantia de utilização dos efeitos da decisão antecipatória, viabilizada por decisão que fica protegida pela coisa julgada formal, portanto, não deve-se confundir estabilização com a coisa julgada material, pois esta é a imutabilidade do efeito declaratório da decisão, de modo que, mesmo que o ultrapasse o prazo dado de 2 anos para que possa revertê-la, é ainda possível ajuizar ação de natureza declaratória.<sup>223</sup>

#### 4.2 AS TUTELAS JURISDICIONAIS ANTECIPADAS E A EFETIVIDADE DO PROCESSO JUDICIAL

---

<sup>221</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafaela Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2. 2016. Editora Podivm. p. 98.

<sup>222</sup> Ídem, ibidem.

<sup>223</sup> LIMA, Bernardo Silva de; EXPÓSITO Gabriela. “Porque tudo que é vivo morre” comentários sobre o regime da estabilização dos efeitos da tutela provisória de urgência no Novo CPC. Revista de Processo – Repro. Ano 40. nº 250, pg. 167-187. Revista dos Tribunais: Dezembro 2015.



A tutela jurisdicional serve para assinalar o resultado da atividade jurisdicional, assim considerados os efeitos que ela projeta para fora do processo e sobre as relações entre pessoas.

O efetivo desempenho da atividade jurisdicional deve fundar-se no devido processo legal, garantindo-se ao conflitante um julgamento imparcial, em procedimento regular-legal onde haja total segurança para o exercício do direito de ação, em que o Judiciário possa atuar imparcialmente, dando a cada um o que é seu. Se a Lei permitisse ao juiz compor os conflitos inquisitorialmente, sem a participação das partes, não haveria tutela jurisdicional, mas atuação unilateral do Estado para impor seu cabresto aos postulantes.

A tutela jurisdicional segundo Moacyr Amaral dos Santos<sup>224</sup>, “se manifesta por três formas: pela decisão, pela execução e pelas medidas preventivas, ou cautelares”. Cândido Rangel Dinamarco<sup>225</sup> enquadra a tutela jurisdicional “no sistema de proteção aos valores dos homens”, asseverando que ela “não se confunde com o próprio serviço realizado pelos juízes ao exercício da função jurisdicional. Não se confunde com a jurisdição. A tutela é o resultado do processo em que essa função exerce”.

Assim, pode-se dizer que a efetividade da tutela jurisdicional está diretamente relacionada com a utilidade prática que se deseja do processo, que é a efetiva satisfação de pretensões apoiadas pelo direito.

É cediço que o direito contemporâneo exige um processo civil que coadune com a realidade. Destarte, tem-se que a nova sistemática processual deve oferecer aos litigantes resultados justos e efetivos, capazes de reverter situações injustas e desfavoráveis, bem como estabilizar situações justas.

Segundo a doutrina de José Roberto Dantas Oliva<sup>226</sup>:

(...) a ideia de efetividade da tutela jurisdicional (ou da expressão tutela jurisdicional dos direitos) revela um compromisso com a instrumentalidade do processo, um alerta contra o dogma da neutralidade do processo em relação ao direito substancial (...). Mas tão célere e eficaz quanto possível, mostrando-se a tutela cautelar e a antecipação de tutela, um aparelhamento da própria efetividade do processo e da tutela jurisdicional.

---

<sup>224</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 14<sup>o</sup> edição. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 71.

<sup>225</sup> DINAMARCO. Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno. 4 Ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 11.

<sup>226</sup> OLIVA. op. cit., p. 4.

Desse modo, pode se perceber que existe uma forte ligação entre os conceitos de efetividade do processo e tutela jurisdicional, porquanto não há como conceber a existência de uma tutela jurisdicional efetiva sem que não haja efetividade no processo, encerrando este como instrumento de materialização do próprio direito substancial.

Deveras, dúvidas não há que a ideia de efetividade do processo tem relação umbilical com a própria efetividade da tutela jurisdicional. Nesse sentido, Humberto Theodoro Junior aduz que:

Se o processo foi concebido para solucionar conflitos e fazer atuar, e favor de quem tem razão, a vontade concreta da Lei, será tanto mais eficaz quanto mais rapidamente conseguir fazer com que prevaleça, de maneira mais completa, o direito subjetivo da parte que dele se vê injustamente privado ou que sofre ameaça de agressão em sua esfera jurídica<sup>227</sup>

Ora, o instituto da antecipação dos efeitos da tutela nada mais é do que antecipar a própria tutela jurisdicional, ou seja, alcançar os efeitos pretendidos para designar o resultado da atividade jurisdicional. Dessa forma, antecipar a tutela jurisdicional implica em afastar o procedimento normal de conhecimento e solução do conflito para trazer a lume uma decisão sobre a controvérsia levada a Juízo, decisão essa que, ordinariamente, não poderia ser prolatada nesse momento processual.

De tal arte, percebe-se que a tutela jurisdicional antecipada confirma o princípio da máxima efetividade do processo, bem como, o direito de acesso à justiça, que por sinal é a garantia da entrega de uma prestação jurisdicional de forma completa, satisfatória e tempestiva, pois sem a existência da tutela antecipada, certamente a demora pela prolação de uma sentença, resultaria numa negação à justiça, visto que existem casos que o postulante de uma demanda necessita de uma medida (de mérito) antes mesmo que seja proferida a sentença ou por questão de urgência, ou pelo fato de haver manifesto propósito protelatório por parte do réu.

Em última análise, como bem asseveram Luís Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhar<sup>228</sup>, é correto dizer que a técnica jurisdicional antecipatória visa

---

<sup>227</sup> THEODORO JÚNIOR. O Processo Civil Brasileiro no Limiar do Novo Século. op. cit., p. 7

<sup>228</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil. op. cit., p. 194.

apenas a distribuir o ônus do tempo do processo. Não há motivos para que os operadores do direito sejam tímidos na sua utilização, pois o remédio surgiu para eliminar um mal que já está instalado, uma vez que o tempo no processo sempre prejudicou o autor que tem razão. Necessário que o juiz compreenda que não pode haver efetividade sem riscos. A tutela antecipada permite que perceber que não é só a ação (o agir, a antecipação) que pode causar prejuízo, mas também a omissão. O juiz que se omite é tão nocivo quanto o juiz que julga mal.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finda a presente monografia, buscou-se identificar as mudanças advindas com a edição do novo código de processo civil em relação à antecipação de tutela, bem como suas particularidades nesta ramificação tão importante do direito processual. Isto feito, é possível, então, à guisa de conclusão, tecer as considerações abaixo descritas.

Originada do direito romano (*interditos*) e aperfeiçoada ao longo de muitas gerações, foi no seio do ordenamento jurídico italiano, entretanto, que o instituto da tutela antecipada adquiriu sua moderna feição ontológica. O ordenamento jurídico italiano foi sem dúvida o berço da moderna concepção de tutela antecipada.

No NCPC, a tutela de urgência segue subdividida em tutela cautelar e tutela antecipada (satisfativa), mas os requisitos são unificados, nos termos do art. 300. E ambas as tutelas são denominadas tutelas provisórias. Os requisitos para concessão da tutela antecipada ou da tutela cautelar, antecedente ou incidental, são os mesmos (art. 300): i) probabilidade do direito, ii) perigo de dano, para as tutelas antecipadas e iii) risco ao resultado útil do processo, para as tutelas cautelares.

Ambas, tutela cautelar e tutela antecipada (satisfativa), tutelam o direito. A diferença é que a tutela cautelar tem função assecuratória de um direito, caso este venha a ser reconhecido em um processo de conhecimento, assegurando sua satisfação no cumprimento de sentença (ou no Processo de Execução autônomo, de título executivo extrajudicial), ao passo que a tutela antecipada concede antecipadamente o provimento final, reconhecendo e satisfazendo provisoriamente o próprio direito.

Para o NCPC, tutela provisória engloba as tutelas de cognição sumária, seja a tutela da evidência, sejam as tutelas de urgência, tanto a de natureza cautelar, como a de natureza satisfativa (antecipada). Ademais, a tutela de urgência, seja cautelar ou antecipada (satisfativa), pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental (quando incidental, independe do pagamento de custas), cujos pressupostos são os mesmos, previstos no art. 300.

A tutela de evidência distingue-se das outras, pela acentuada probabilidade de existência do direito do autor ou pelo elevado valor humano desse direito, a

merecer proteção provisória independentemente de qualquer aferição de perigo de dano.

Cumprido observar, para finalizar, que um dos maiores problemas da Justiça, hodiernamente, é a sua morosidade, que constitui fator de descrédito na população para recorrer ao Poder Judiciário e resolver seus problemas. A tutela antecipada é uma das maneiras de se tentar amenizar essa situação, onde a demora na solução do processo acaba lesando o princípio da igualdade, sendo a antecipação de tutela no novo Código de Processo Civil de 2015, procedimento célere, seguro e eficaz para ver garantido seu direito.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda E. **Manual de direito processual civil**. 12ª ed. São Paulo: RT, 2008.

ARAGÃO, Egas Diniz Moniz de. As tendências do processo civil contemporâneo. **Gênesis - Revista de Direito Processual Civil**, v. 11, jan.-mar. 1999.

ARRUDA, Alvim. **Manual de direito processual civil**. 12 ed. São Paulo: RT, 2008.

ARRUDA, Samuel Miranda. **O Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

BAPTISTA, Ovídio da Silva. **Curso de Processo Civil**. Processo de Conhecimento, vol. 1. São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. **Curso de Processo Civil**: Processo de Conhecimento. Vol. 1, 5ª ed. São Paulo: RT, 2000.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Edição popular anotada por Eduardo da Gama Cury. 5. Ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. Disponível em: <<https://jornalggm.com.br/noticia/oracao-aos-mocos-rui-barbosa/>>. Acesso em: 15 jan 2019.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 17 edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

BOTALLO, Eduardo Domingos. **Lições de Direito Público**. São Paulo: Editora Dialética, 2003.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 1973**. Vade Mecum. Obra coletiva de todos os Códigos de Processo Civil de autoria da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. **Diagnóstico do poder judiciário**. Secretaria da Reforma do Poder Judiciário. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/reforma/index.htm.2004>>. Acesso em: 15 jan 2019.

\_\_\_\_\_. **Novo código de processo civil anotado**. Porto Alegre: OAB RS, 2015.

\_\_\_\_\_. **Vade mecum**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. Vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

CALAMANDREI, Piero. Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados - § X, *Apud* ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional**: Princípios Constitucionais do Processo Civil. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da Antecipação de Tutela**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 19 edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *La garanzia costituzionale dell'azione Ed Il processo civile*. Padova, 1970, p. 91; GRINOVER, Ada Pelegrini. As garantias constitucionais do direito de ação. São Paulo, 1973, p. 76, *apud* JÚNIOR, Nelson Nery. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos Del derecho processual civil*. 3. Ed. Buenos Aires, 1978.

\_\_\_\_\_. *Las garantias constitucionales del processo civil, Estudios de derecho civil*. 3. ed., Buenos Aires, 1979, tomo I, p. 50, *apud* JÚNIOR, Nelson Nery. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CUNHA, G.A. Anotações aos artigos 294 a 299. In: BRASIL. **Novo código de processo civil anotado**. Porto Alegre: OAB RS, 2015.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17 edição. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. 12 ed. Vol. 2, conforme novo CPC. Salvador: JusPodvim, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 4 Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. Vol. 2. 21ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Civil**. v. 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECO, Leonardo. A Tutela da Urgência e a Tutela da Evidência no Código de Processo Civil de 2015. In: RIBEIRO, Darci Guimaraes; JOBIM, Marco Félix (orgs). **Desvendando o Novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrine. **Teoria geral do processo**. 7ª edição. São Paulo: Revista dos tribunais, 1990.

HOFFMAN, Paulo. **Razoável Duração do Processo**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário da língua portuguesa**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12 edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

LIMA, Bernardo Silva de; EXPÓSITO Gabriela. Porque tudo que é vivo morre: comentários sobre o regime da estabilização dos efeitos da tutela provisória de urgência no Novo CPC. **Revista de Processo – Repr**. Ano 40. nº 250, pg. 167-187. Revista dos Tribunais: Dezembro 2015.

LIMA, Renato B. **Curso de Direito Processual Penal**. São Paulo: Juspodivm, 2016.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado**. 5ª edição. Barueri: Editora Manole, 2006.

\_\_\_\_\_. **Tutela antecipada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1998.

MANCINI, PISANELLI e SCIALOJA. *Commentario Del código de procedura civile per gli stati sardi*, Parte II, Torino, 1855, vol. I, p. 7, e vol. II, p. 10, *Apud* NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARCATO, Antonio Carlos. **Código de Processo Civil Interpretado**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2016.

MARINONI, Luís Guilherme. **A Antecipação da Tutela**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARINONI, Luís Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**. Vol.2. 6 ed. Editora Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 1 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouveia. Os valores celeridade processual e segurança jurídica no projeto de novo Código de Processo Civil. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília ano 48 n. 190 abr./jun. 2011.

MORAES, Voltaire de Lima. Anotações aos artigos 300 a 302. In: BRASIL. **Novo código de processo civil anotado**. Porto Alegre: OAB RS, 2015.

MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.



NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 8ª ed. Editora Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume único. 7ª ed. Ed. Método. 2015.

OLIVA, José Roberto Dantas. **Tutela de Urgência no Processo do Trabalho**. 1º Ed. Editora Juarez de Oliveira, 2016.

OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Organizadores). **Princípios Processuais Cíveis na Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008.

PALARO, T. S. **Tutelas provisórias no novo CPC**. JusBrasil. 2015. Disponível em: <<http://tainapaloro.jusbrasil.com.br/artigos/216435324/tutelas-provisorias-no-novo-cpc>>. Acesso em 25 jan 2019.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 4ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. **Princípios do Processo Civil**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 7. ed. 3. tir. São Paulo: Atlas, 2004.

ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional: Princípios Constitucionais do Processo Civil**. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol 1. 5ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. vol. 2, 24ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 1990.

SILVA, Heitor Carvalho. **O princípio da identidade física do juiz e sua aplicabilidade no Processo Penal**. Revista Jus Navigandi, 03/2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56751/o-principio-da-identidade-fisica-do-juiz-e-sua-aplicabilidade-no-processo-penal>>. Acesso em 20 dez 2019.

SILVA, Jaqueline Mielke. A tutela provisória no novo Código de Processo Civil. In: RUBIN, Fernando; REICHELDT, Luis Alberto (orgs). **Grandes Temas do Novo Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, Joao Paulo Hecker da. **Tutela de Urgência e Tutela da Evidência nos Processos Societários**. Tese de Doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo – USP, 2012.

TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decision e giusta. In: *Sui confini- scritti della giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional**: insuficiência da reforma das leis processuais. 2004. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>>. Acesso em: 15 jan 2019.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil**. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O Processo Civil Brasileiro no Limiar do Novo Século**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

\_\_\_\_\_. **Processo Cautelar**. 1. ed. São Paulo: Leud, 2000.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil**: Emenda Constitucional n. 45/2004 (Reforma do Judiciário); Lei 10.444/2002; Lei 10.358/2001 e Lei 10.352/2001. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

WATANABE, Kazuo. **Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais**. São Paulo: RT, 1980.