

A JUSTIFICAÇÃO PRÉVIA NAS TUTELAS DE URGÊNCIA: EM BUSCA DO SENTIDO DO ART. 300, § 2º, DO NOVO CPC

THE PRIOR JUSTIFICATION IN THE GUARDIANSHIP OF URGENCY: IN SEARCH OF THE SENSE OF ART. 300, § 2º, OF THE BRAZILIAN'S NEW CIVIL PROCEDURE CODE.

Felippe Borring Rocha

Mestre em Direito (UNESA/RJ) e doutorando em
Sociologia e Direito (UFF).
Professor de Direito Processual Civil. Defensor Público do
Estado do Rio de Janeiro

Luísa Tostes Escocard de Oliveira

Mestre em Direito (UNESA/RJ) e doutorando em
Sociologia e Direito (UFF).
Professor de Direito Processual Civil
Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro

RESUMO: O objetivo do presente estudo é analisar os possíveis sentidos da regra contida no parágrafo segundo do artigo 300 do Código de Processo Civil de 2015, que permite a determinação da justificação prévia aos pedidos de concessão de tutela de urgência. Para tanto, o texto inicia realizando uma análise sobre a sistemática da justificação prévia no Código de Processo Civil revogado. Em seguida, são vistos os contornos atuais da justificação prévia no Código de Processo Civil em vigor. Mais à frente, é apresentado o significado defensivo que a justificação prévia tem recebido por parte da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Por fim, são identificados os possíveis confrontos entre a percepção jurisprudencial da justificação prévia como mecanismo de defesa e os princípios fundamentais da ciência processual, com a estrutura do novo procedimento comum e com a busca pela autocomposição prevista no parágrafo terceiro do artigo 3º do Novo Código.

Palavras-chave: Direito processual civil. Tutela provisória. Tutela de urgência. Justificação prévia.

ABSTRACT: The purpose of this study is to analyze the possible meanings of the rule contained in the second paragraph of article 300 of the Brazilian's Code of Civil Procedure of 2015, which allows the determination of prior justification to requests for the guardianship of urgency. To do so, the text begins by conducting an analysis of the system of prior justification in the revoked Code of Civil Procedure. Next, the text analyses the current contours of prior justification as seen in the actual Civil Procedure Code. Further on, the paper presents the defensive meaning that prior justification has received from the case law in the Rio de Janeiro State Court of Justice. Finally, there are identified the possible confronts between the case law perception of prior justification as a defense mechanism and the fundamental principles of procedural science, the structure of the common procedure and with the search for self-composition provided in article 3 of Article 3 of the New Code. **Keywords:** Civil procedural law. Temporary guardianship. Guardianship of urgency. Prior justification.

1. A JUSTIFICAÇÃO PRÉVIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL REVOGADO

Como se pode constatar da leitura do CPC/1973, o termo “justificação prévia” aparecia no seu texto em sete passagens. Havia a previsão de justificação prévia no regramento das tutelas específicas (art. 461, § 3º), no procedimento cautelar genérico (arts. 802, parágrafo único, II, e 804), em procedimentos cautelares de arresto, busca e apreensão e arrolamento de bens (arts. 815, 841 e 858), nos procedimentos possessórios (art. 930, parágrafo único) e no procedimento da nunciação de obra nova (art. 937).

Em todos estes dispositivos é possível identificar um traço comum. Com efeito, a finalidade substancial da justificação prévia era a de promover a colheita de prova oral para obtenção de subsídios capazes de permitir ao julgador uma análise mais segura sobre o pedido de tutela de urgência que lhe era formulado.¹ A justificação prévia, portanto, se materializava através de uma audiência especial de natureza instrutória.² O magistrado, então, quando tinha diante de si um pedido de tutela provisória de urgência deveria³ marcar

1 - Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, **Processo Cautelar**, p. 131.

2 - Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**, p. 1392.

3 - O ideal é que sempre que o juiz entendesse necessária a complementação da instrução sobre o pedido de tutela de urgência, marcasse a audiência de justificação prévia. Seria, assim, um poder-dever. Nesse sentido, veja-se: “*Caso o magistrado entenda que a inicial não está instruída com prova documental suficientemente capaz de demonstrar em cognição sumária os requisitos do art. 927 do CPC, a lei determina que se ofereça ao autor a oportunidade de, ainda nesta mesma fase procedimental, realizar prova oral em audiência de justificação para este fim específico, com prévia citação do réu*” (TJRJ – 19ª Câmara Cível – AI 0031851-67.2014.8.19.0000 – Rel. Des. Ferdinando do Nascimento, j. em 10/12/2014). Na maioria da vez, entretanto, a jurisprudência entendida que esse poder do julgador era de natureza discricionária. Neste sentido, veja-se:

uma data para ouvir o requerente e suas testemunhas sobre a situação jurídica deduzida em juízo, seja para complementar o quadro probatório ou mesmo por prudência, uma vez que esse tipo de decisão pode gerar impactos sociais profundos e de difícil reversão.

No contexto presente no CPC/1973, ainda assim, é preciso sublinhar duas particularidades relacionadas à justificação prévia nas chamadas ações possessórias. Por um lado, a liminar⁴ possessória (art. 928 do CPC/1973) era a única hipótese de cabimento da justificação prévia que não tinha natureza cautelar, mas satisfativa.⁵ Não obstante, a orientação majoritária (e correta, a nosso sentir) era que a justificação prévia poderia ser também aplicada para outras espécies de tutelas de urgência satisfativas, por analogia.⁶ De fato, as mesmas razões que levavam ao cabimento da justificação prévia nas tutelas cautelares poderiam estar presentes nas tutelas satisfativas.⁷ Exatamente por isso, José Carlos Barbosa Moreira⁸ afirmou, logo após a inclusão da tutela antecipada no CPC/1973 que:

O juiz não é obrigado, mesmo que presentes, aparentemente ao menos, os pressupostos da tutela antecipada, a concedê-la sem estar suficientemente esclarecido sobre fatos que possam ser relevantes. Nada o impede, a meu ver, de determinar a realização de uma audiência para que se faça essa justificação prévia. Ele não tem que decidir aquilo no escuro. Aliás, nenhum juiz deve decidir nada no escuro, a não ser em casos de absoluta impossibilidade de esclarecimento.

“A designação de audiência de justificação é uma faculdade do julgador” (TJRS – 20ª Câmara Cível – AI 70059169920 – Rel. Des. Glênio José Wasserstein Hekman, j. em 04/04/2014).

4 - Importante esclarecer que utilizaremos ao longo do texto a expressão “liminar” num sentido “clássico”, ou seja, como sinônimo de decisão interlocutória cujo conteúdo é uma tutela provisória. Parte da doutrina, no entanto, emprega o termo “liminar” para descrever a decisão proferida antes da oitiva da parte requerida (por todos, veja-se Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, **Curso de Direito Processual Civil**, p. 548).

5 - Na vigência do CPC/1973, a liminar possessória era rotulada como uma modalidade especial de tutela antecipada (Athos Gusmão Carneiro, **Da antecipação de tutela**, p. 117). Atualmente, a liminar possessória seria melhor classificada não como tutela antecipada, mas como tutela de evidência (art. 311 do CPC/2015), na medida em que não prevê, entre os requisitos para sua concessão, a urgência.

6 - Em sentido contrário, sustentado a inaplicabilidade da justificação prévia à tutela antecipatória, no regime do CPC/1973, veja-se José Eduardo Carreira Alvim, **Tutela Antecipada na Reforma Processual**, p. 60, e Joel Dias Figueira Júnior, **Comentários ao Código de Processo Civil**, p. 182.

7 - Nesse sentido, admitindo a designação de audiência de justificação prévia para os pedidos de tutela antecipada, veja-se, uma das decisões pioneiras, proferida logo após a inclusão da tutela antecipada de forma genérica no CPC/1973, pela Lei nº 8.952/1994: *“A designação de audiência de justificação para a concessão de tutela antecipada é medida discricionária do juízo quando entender necessária para a formação de seu livre convencimento”* (TJSC – 3ª Câmara Cível – AI 96.001.452-7 – Rel. Des. Amaral e Silva, j. em 17/09/1996). Em sentido contrário, defendendo que a justificação prévia somente poderia ser deferida quando expressamente prevista em lei, veja-se: *“Audiência de justificação. Inaplicabilidade no caso. Em se tratando de ação petítória não há previsão legal para designação de audiência de justificação da posse prevista no artigo 928 do CPC, destinada tão somente às ações possessórias”* (TJRS – 17ª Câmara Cível – AI 70067324707 – Rel. Des. Liege Puricelli Pires, j. em 30/11/2015).

8 - Barbosa José Carlos Moreira. **A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil**, p. 202.

Mais recentemente, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira endossaram a posição favorável à aplicação da justificação prévia às tutelas satisfativas:⁹

Não é, outrossim, apenas a prova documental, pois, além de não existir em nosso sistema uma prevalência desse meio probatório, é perfeitamente possível que a antecipação de tutela seja concedida depois da fase de instrução do processo ou depois de uma audiência de justificação prévia, quando já se tenham colhidos diversas outras provas, como testemunhal, pericial, ou, até mesmo, com base em prova produzida antecipadamente (que pode ser tanto a pericial quanto a prova oral)

Outro ponto que merece ser destacado diz respeito à participação do requerido. Via de regra, nos procedimentos cautelares, a audiência de justificação prévia era unilateral, ou seja, realizada entre o requerente e o juiz. Desse modo, o requerido normalmente não era chamado a participar da audiência.¹⁰ A lógica dessa postergação do contraditório, expressa no art. 804 do CPC/1973,¹¹ era evitar que a intimação do requerido pudesse frustrar os objetivos da tutela provisória.¹² Diferente solução era adotada quando a justificação prévia tinha como objetivo a análise de uma tutela satisfativa. No caso específico da liminar possessória (ou das demais tutelas satisfativas, para quem fazia a interpretação ampliativa) a regra era a intimação do requerido para participar do ato (art. 928 o CPC/1973).¹³ Ainda assim, entendia-se que a convocação do réu poderia ser dispensada, quando ela pudesse comprometer a eficácia do provimento, na forma do supramencionado art. 804.¹⁴

9 - **Curso de Direito Processual Civil**, p. 549.

10 - Ovídio A. Baptista da Silva, **Curso de Processo Civil**, p. 125. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, **Processo Cautelar**, p. 130, no entanto, alertavam que sempre que a participação do requerido não prejudicasse a efetivação da medida postulada, este deveria ser intimado para participar da audiência de justificação prévia.

11 - Art. 804 do CPC/1973: *“É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer”*.

12 - A postergação do contraditório poderia ocorrer tanto para evitar que o requerido praticasse algum ato capaz de frustrar a medida pleiteada ou simplesmente pela demora que a sua convocação poderia causar à apreciação do pedido (Daniel Amorim Assumpção Neves, **Manual de Direito Processual Civil**, p. 1140).

13 - Art. 928 do CPC/1973: *“Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada”*.

14 - Comentando o art. 273 do CPC/1973, que tratava da tutela antecipada, Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**, p. 549, assinalaram que: *“Se para a concessão da liminar o juiz entender necessário, designará audiência de justificação prévia. Para ela deverá ser citado e intimado o réu, salvo se o conhecimento do réu puder tornar ineficaz a medida. Neste caso, a audiência de justificação prévia será realizada apenas com a presença do autor e seu advogado”*. Não obstante, importante sublinhar que a falta de intimação do requerido para a audiência de justificação prévia possessória, quando não aplicada a ressalva prevista no art. 804 do CPC/1973, era causa de invalidação do ato. Neste sentido, veja-se: *“É nula a decisão que concede liminar de reintegração*

2. O PERFIL ATUAL DA JUSTIFICAÇÃO PRÉVIA

Uma das grandes inovações do CPC/2015 foi concentrar a maioria das regras sobre tutelas provisórias, antes espalhadas pelo CPC/1973, num único livro (Livro V), inserido na sua Parte Geral. O objetivo do legislador, por certo, foi o de dar tratamento simétrico e sistemático às tutelas voltadas a combater os malefícios do tempo no processo, por meio de uma técnica sumária de cognição. Para tanto, dividiu as tutelas provisórias em duas espécies: de um lado as tutelas de evidência, pautadas na superioridade do direito do requerente ou na fragilidade da defesa apresentada pelo requerido; de outro lado, as tutelas de urgência, marcadas pela existência de um risco de dano. A tutela de urgência, por sua vez, foi subdividida em tutela cautelar e tutela antecipada.

A diferença entre essas tutelas de urgência repousa não apenas nas suas finalidades, mas também nos requisitos legais para sua concessão (art. 300 do CPC). Assim, no caso da tutela antecipada, o requerente deverá demonstrar a verossimilhança das suas alegações e o risco de dano para o efetivo exercício do direito subjetivo deduzido em juízo, além da possibilidade de reversão dos efeitos da medida.¹⁵ Em se tratando de uma tutela cautelar, o interessado terá que apresentar a plausibilidade do direito alegado, chamada de *fumus boni iuris*, e o risco para o resultado útil do processo, conhecido como *periculum in mora*.

Nesse passo, necessário esclarecer que diferentemente do que tem defendido parte da doutrina,¹⁶ sustentamos que não houve a unificação entre a tutela antecipada e a tutela cautelar.¹⁷ Em primeiro lugar, como sublinhado, cada uma delas tem requisitos próprios para sua concessão. Além disso, o Código confere nomes diferentes e regimes jurídicos específicos a essas modalidades de tutela de urgência, permitindo, inclusive, a fungibilidade entre elas (art. 305, parágrafo único). Nada disso seria consentâneo com a lógica da unificação. Por outro lado, afirmamos que, embora ambas estejam inseridas no plano da cognição sumária (juízo de probabilidade), a cognição

de posse em audiência de justificação prévia, se a ré não foi prévia e regularmente intimada a comparecer àquele ato (CPC, art. 928)'' (TJRJ – 3ª Câmara Cível – AI 0009856-61.2015.8.19.0000 – Rel. Des. Fernando Foch, j. em 12/03/2015).

15 - A reversibilidade dos efeitos do provimento é um requisito que já era muito criticado na vigência do CPC/1973 (art. 273, § 2º), mas que, mesmo assim, foi mantido no Novo CPC (art. 300, § 3º). Na realidade, a reversibilidade prevista no texto legal deve ser aquela que permita o retorno ao *status quo ante* ou à uma situação análoga (Reis Friede, Débora Maliki Menaged e Marcelo Menaged, **Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar**, p. 109). Ademais, sempre que o direito protegido tiver um especial tratamento no ordenamento jurídico (direito à vida, à saúde, à personalidade etc), a exigência da reversibilidade pode ser afastada, em prol de um efetivo acesso à justiça (Fernando Gama de Miranda Netto, *Sobre o requisito da irreversibilidade das tutelas de urgência no Código de Processo Civil de 2015 (art. 300, § 3º)*, p. 195).

16 - Por todos, veja-se Luiz Guilherme Marinoni, **Tutela de urgência e tutela da evidência**, p. 63.

17 - André Luiz Bäuml Tesser, *As diferenças entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela no CPC/2015*, p. 28.

na tutela antecipada é mais robusta que a cognição na tutela cautelar. De fato, para legitimar a tutela cautelar basta a formação de uma cognição rarefeita, já que seu objetivo maior é a proteção do resultado útil do processo; enquanto que no caso da tutela antecipada, é preciso vislumbrar que o direito subjetivo afirmado pelo requerente tem grandes chances de ser acolhido na decisão final. É certo, no entanto, que, em um caso ou no outro, não haverá espaço para uma apreciação detalhada e aprofundada das provas; todavia, é essencial que o juiz disponha de elementos mínimos que justifiquem a concessão de uma tutela em momento precoce do processo.

Nesse viés, o legislador entendeu por bem acolher a orientação doutrinária e inserir no Novo Código uma regra geral sobre a justificação prévia, aplicável a ambas as modalidades de tutela de urgência (cautelar e antecipada):

Art. 300 (...)

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

Além desse dispositivo, o CPC/2015 previu apenas outra referência à justificação prévia,¹⁸ dentro do procedimento possessório:

Art. 562. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração, caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada

Apesar do texto presente no art. 300, § 2º, do CPC/2015 ser absolutamente lacônico, é possível concluir, com apoio nas regras previstas nos arts. 9º, parágrafo único, I, e 562 do mesmo Diploma, que a justificação prévia manteve seu propósito de colher prova oral necessária para a análise do pedido de tutela cautelar ou tutela antecipada, através de uma audiência, que será bilateral, salvo se o juiz verificar que a intimação do requerido poderá comprometer a efetividade da medida pleiteada. Corroborando tal entendimento, veja o que diz Leonardo Ferres da Silva Ribeiro:¹⁹

Por força do § 2º do art. 300, a tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia. Assim, caso o juiz, no exame

18 - Por certo, permanecem em vigor as regras contidas na legislação especial prevendo a justificação prévia, como ocorre no caso da liminar na ação civil pública (art. 12 da Lei 7.347/1985).

19 - RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência: Do CPC/1973 ao CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 210.

dos requisitos para a concessão da tutela de urgência (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), não se convencer *prima facie*, deverá permitir à parte requerente que, em audiência de justificação prévia, traga mais elementos de prova quanto aos requisitos necessários à concessão da medida.

Sob a mesma perspectiva, leciona Cassio Scarpinella Bueno:²⁰

A “tutela de urgência” pode ser concedida liminarmente, isto é, no início do processo e sem a oitiva prévia da parte contrária, ou após justificação prévia (art. 300, § 2º). A justificação prévia, cabe anotar, é alternativa àqueles casos em que os pressupostos para a concessão da tutela de urgência não são passíveis de demonstração com a própria petição inicial (prova documental, ata notarial ou estudo técnico), sendo o caso, por exemplo, de ouvir testemunhas ou o próprio requerente da medida, o que merece ser justificado na própria petição em que é formulado o pedido. Nesta hipótese, o mais correto não é indeferir o pedido de tutela de urgência, mas designar a referida audiência para colheita da prova.

De qualquer forma, por ter natureza instrutória ao pedido de tutela de urgência do requerente, ainda que convocado, a ausência do requerido não lhe acarretará qualquer tipo de sanção processual.²¹ No entanto, se comparecer à audiência, poderá submeter ao contraditório as provas que forem produzidas. De modo que o sujeito processual protagonista da audiência de justificação prévia é o requerente, pois é ele quem deve produzir provas em audiência a fim de convencer o magistrado de que não pode esperar o término do processo para obter aquele provimento. Em outras palavras, é o requerente, interessado na concessão da tutela de urgência, que deve se justificar.

Nesse passo, importante reafirmar que o pedido de tutela de urgência é um direito subjetivo processual da parte, ligado diretamente ao direito de ação. Por isso, a convicção do magistrado sobre o seu deferimento, embora calçado sobre uma cognição sumária, deve ser formada da melhor maneira possível, dentro de um quadro de celeridade inerente ao conceito de urgência. Por isso, a audiência de justificação prévia se mostra como a ferramenta mais adequada para a efetiva prestação da tutela jurisdicional. Nas palavras de Leonardo Ferres da Silva Ribeiro:²²

20 - **Novo Código de Processo Civil anotado**, p. 219.

21 - Essa orientação já existia antes mesmo da edição do CPC/2015. Neste sentido, veja-se: “*O termo citação é utilizado de maneira imprópria no art. 928 do CPC, na medida em que o réu não deve apresentar contestação na audiência de justificação prévia, nem é obrigado a comparecer*” (STJ – 3ª Turma – REsp 1232904/SP – Rel. Min. Nancy Andrichi, j. em 14/05/2013).

22 - **Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência: Do CPC/1973 ao CPC/2015**, p. 210.

A justificação prévia é uma providência bastante interessante para a demonstração do direito invocado pela parte e, bem assim, da situação de prejuízo que a acomete. Como se sabe, não se exige para a concessão da tutela de urgência, em nenhuma de suas modalidades, a existência de prova literal (leia-se documental), daí a necessidade de em algumas circunstâncias permitir-se alguma produção de prova para demonstrar o preenchimento dos requisitos autorizadores para sua concessão.

De todo modo, a existência de dispositivo expresso no CPC/2015 que oportuniza uma justificação previamente à concessão de tutelas de urgência (cautelar ou satisfativa) é de inegável relevância, pois pacifica a discussão sobre o cabimento de tal diligência em relação à tutela antecipada, como existia na vigência do Código revogado.

3. A NOVA FEIÇÃO DA JUSTIFICAÇÃO PRÉVIA ADOTADA POR PARTE DA JURISPRUDÊNCIA

A despeito do perfil supramencionado, o que se tem verificado na prática forense é que alguns julgadores do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro têm atribuído à justificação prévia ao pedido de tutela de urgência o caráter de defesa específica. Assim, ao receber a petição inicial, esses magistrados têm determinado a intimação do requerido para, em 5 dias, apresentar em juízo resposta escrita ao pedido de tutela de urgência formulado. Neste sentido, veja-se o seguinte julgado:

Intime-se a parte ré para apresentação de justificação prévia no pedido de antecipação de tutela na forma do art. 300, §2º do CPC no prazo de cinco dias.²³

Note-se, ainda, que essas decisões têm interpretado que o silêncio do requerido em apresentar a justificação prévia por escrito implicaria numa modalidade especial de revelia, que serviria, *de per si*, como fundamento para a concessão da medida:

1) A parte ré foi intimada, conforme AR juntado a fls. 35/36, para apresentação de justificação prévia visando a apreciação do pedido de antecipação de tutela, e não se manifestou. Assim defiro o pedido de fls. 5 e determino a prestação de caução no valor equivalente a três meses de aluguel; 2) Prestada a caução necessária, expeça-se mandado de notificação para desocupação voluntária do réu, no prazo de 15

23 - TJRJ – 3ª Vara Cível Regional de Jacarepaguá – Juiz Jane Carneiro Silva Amorim, j. em 19/09/2016.

dias, sob pena de despejo, nos termos do artigo 59, § 1º, IX da Lei nº 8.245/91;²⁴

Essa decisão, inclusive, foi objeto de agravo de instrumento, que restou inadmitido pelo tribunal. Não obstante, no julgamento do agravo de instrumento, o órgão superior reconheceu, *in obter dictum*, a validade da natureza defensiva da justificação prévia. *In verbis*:

Intimação para manifestação acerca da tutela de urgência que se trata de mero expediente com a finalidade de resguardar o contraditório processual, inexistindo obrigatoriedade ou mesmo imposição de audiência para tal fim.²⁵

Outras decisões proferidas no âmbito do TJRJ têm caminhado no mesmo sentido de atribuir à justificação prévia a natureza de meio de defesa. Neste sentido, apenas para ilustrar, veja-se os seguintes julgados:

Decisão do juízo *a quo* que determinou a intimação da parte ré para apresentação de justificação prévia visando após a apreciação do pedido antecipatório de tutela. Utilização dos medicamentos que se faz urgente. Direito à vida e à saúde. Do verbete sumular 210 do TJRJ. Recurso provido.²⁶

Recurso manejado contra decisão que se limita a determinar a intimação da parte ré para apresentação de justificação prévia para, após, apreciar o pedido de antecipação de tutela formulado pela parte autora. Pronunciamento judicial sem cunho decisório, não impugnável por agravo de instrumento. Negado seguimento ao recurso.²⁷

Apesar disso, o mesmo tribunal não alterou o perfil instrutório da audiência de justificação prévia no procedimento possessório (art. 562 do CPC/2015). Neste sentido, diversas decisões proferidas sob a égide do Novo CPC podem ser destacadas, dentre as quais veja-se a seguinte:

Tratando-se de ação de reintegração de posse fundada na retenção indevida do imóvel pelo suposto comodatário após a notificação, a menos de ano e dia, impõe-se a adoção do rito especial do art. 562 do

24 - Idem, j. em 06/12/2016.

25 - TJRJ – 12ª Câmara Cível – AI 0001505-31.2017.8.19.0000 – Rel. Des. José Acir Giordani, j. em 29/03/2017.

26 - TJRJ – 24ª Câmara Cível – AI 0039061-04.2016.8.19.0000 – Rel. Des. Andréa Fortuna, j. em 03/08/2016.

27 - TJRJ – 23ª Câmara Cível – AI 0051050-07.2016.8.19.0000 – Rel. Des. Maria Celeste Jatahy, j. em 30/09/2016.

CPC de forma que, não conseguindo o autor comprovar de plano a sua posse indireta, deverá ser realizada de audiência de justificação prévia como oportunidade para realizar a prova inicial do alegado.²⁸

Esse entendimento, a princípio, não conta com apoio ostensivo da doutrina. Ainda assim, Daniel Mitidiero²⁹ foi o único jurista identificado em nossa pesquisa que abertamente endossou a visão defensiva da justificação prévia regulada no art. 300, § 2º, do CPC/2015, assinalando que:

A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente (isto é, *in liminem* no início do processo, sem que se tenha citado a parte contrária – *inaudita altera parte*), quando o tempo ou a atuação da parte contrária for capaz de frustrar a efetividade da tutela sumária. Neste caso, o contraditório tem que ser postergado para o momento do procedimento posterior à concessão da tutela. Não sendo o caso de concessão liminar, pode o juiz concedê-la depois da oitiva do demandado em justificação prévia (isto é, oitiva específica da parte contrária sobre o pedido de tutela de urgência)

Desse trecho, é possível concluir que Daniel Mitidiero emprestou à expressão “liminarmente”, contida no art. 300, § 2º, do CPC/2015, o significado de “provimento deferido antes da oitiva da parte requerida” e a contrapôs à justificação prévia. Em outras palavras, o autor gaúcho sustentou que o magistrado poderia deferir a tutela de urgência sem a oitiva prévia do requerido “liminarmente” ou após a sua oitiva, através da justificação prévia. Desse modo, embora não tenha dito como essa oitiva seria ventilada, sua posição serve de amparo para a orientação jurisprudencial supramencionada, que defende que a manifestação do requerido deve se feita por escrito e no prazo de 5 dias, seja por aplicação subsidiária do art. 306 do CPC/2015 (prazo para contestação nos procedimentos cautelares), seja por representar o prazo “geral” das manifestações das partes (art. 218, § 3º, do CPC/2015).

4. AS CONSEQUÊNCIAS DA VISÃO DA JUSTIFICAÇÃO PRÉVIA COMO MEIO DE DEFESA PARA A AUTOCOMPOSIÇÃO E PARA A ESTRUTURA DO PROCEDIMENTO COMUM

Um dos marcos teóricos do Novo Código de Processo Civil, sem sombra de dúvidas, é a adoção de um modelo contemporâneo de acesso à justiça, não mais construído sobre um modelo de “porta única”, consistente na

28 - TJRJ – 9ª Câmara Cível – AI 0010607-77.2017.8.19.0000 – Rel. Des. Jose Roberto Compasso, j. em 04/04/2017.

29 - Breves comentários ao novo Código de Processo civil, p. 782.

clássica solução imposta pelo juiz, mas sim um modelo “multiportas”.³⁰ Esse novo modelo é caracterizado por prestigiar formas alternativas de solução de conflito, dentre as quais se destaca a mediação e a conciliação. Exatamente por isso, o legislador, preocupado em garantir efetividade ao postulado do estímulo à autocomposição, previu, entre as normas fundamentais, um dever dos operadores do direito de incentivar a solução consensual dos conflitos (art. 3º, §§ 2º e 3º), em sintonia com as diretrizes fixadas pelo Conselho Nacional de Justiça no início desta década (Resolução nº 125/2010).³¹

Uma das principais consequências dessa busca pela solução consensual dos conflitos postos à apreciação do Poder Judiciário está materializada na estrutura do procedimento comum, que traz como regra a audiência de conciliação ou de mediação antes do oferecimento da contestação (arts. 334 e 335, I e II, do CPC/2015). De fato, a contestação é peça de defesa, na qual, por força do princípio da eventualidade, deve o réu impugnar especificamente todas as alegações feitas pelo autor. É neste momento, portanto, em que o réu “contra-ataca”, conferindo ao processo a feição de uma verdadeira disputa. Instala-se a partir daí um cenário de enfrentamento que compromete o ânimo compositivo. Por esta razão, o legislador optou por uma estrutura procedimental formada por uma audiência destinada à conciliação ou a mediação antes do oferecimento da contestação.

A propósito, há vozes no sentido de que essa nova lógica do processo deve, inclusive, repercutir no modo de elaboração das petições iniciais:³²

Essa situação deverá mudar o modo de elaboração das petições iniciais pelos autores, não por força do novo requisito da exordial (art. 319, VII), mas pelo fato de que a inicial deverá ser vista como uma atividade preparatória de um potencial acordo, uma vez que, certamente, dependendo do modo como os argumentos forem apresentados, mesmo em uma ótica parcial e sob a potencialidade de o acordo na fase da audiência de conciliação/mediação ser infrutífero, uma vez que, se os argumentos forem suscitados de maneira agressiva, as chances de autocomposição diminuirão

Nesta ordem de ideias, entendemos que determinar que o requerido apresente nos autos uma defesa por escrito antes da realização da audiência de autocomposição prevista no art. 334 do CPC/2015 pode comprometer o

30 - No mesmo sentido, veja-se Humberto Theodoro Jr., Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron, **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**, p. 241: “Ao analisar o disposto no art. 3º do Novo CPC, percebe-se uma notória tendência de estruturar um modelo multiportas que adota a solução jurisdicional tradicional agregada à absorção dos meios alternativos”.

31 - A Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

32 - Humberto Theodoro Jr., Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron, **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**, p. 242.

propósito conciliatório do procedimento, por antecipar e cindir a manifestação defensiva. Colocando a questão sob a ótica do jurisdicionado, imagine-se a situação do requerido que recebe um mandado de citação e intimação, simultaneamente para se defender por escrito no prazo de 5 dias e para comparecer, sob pena de multa, numa audiência de autocomposição. Qual a mensagem que isso passa para ele? Qual das duas atividades ele deverá priorizar? Foi exatamente essa contraditória sobreposição de atividades que levou o rito sumário a ser abolido do nosso sistema processual.

Necessário frisar, ainda, que a prosperar a visão supracitada, não será lícito limitar a atividade defensiva do requerido. Assim, ele poderá abordar toda a questão versada na exordial para se “justificar” diante do pedido de tutela de urgência, além de juntar provas. Assim, em respeito ao comando contido no art. 10 do CPC/2015, o requerente deverá ser ouvido, numa espécie anômala de réplica. Destarte, a própria instrução probatória será trazida para o início do procedimento, em franca inversão tumultuária do processo, agredindo o princípio constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF). É preciso sublinhar que o processo é uma sucessão de atos concatenados que compõem o procedimento e cada ato processual deve ser praticado no seu momento, isto é, ao tempo previsto pelo legislador. Se há etapa específica no procedimento para a apresentação de defesa pelo requerido, não poderia a justificação prévia antecipar esse ato, ainda que sob o argumento de “ampliar o contraditório” por meio de uma “flexibilização procedimental”.³³ Na verdade, o contraditório deve ser assegurado com a intimação do requerido à audiência de justificação (salvo se sua presença for capaz de comprometer a eficácia da medida).

Por outro lado, considerar que a ausência da “justificação” conduziria a uma espécie de revelia ou de presunção de aceitação do pedido de tutela provisória, além de carecer de base legal, viola o princípio constitucional da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF, e art. 489, § 1º, do CPC/2015).

5. CONCLUSÕES

Com o devido respeito, não nos parece que a linha adotada pela jurisprudência e por Daniel Mitidiero, no sentido de que a justificação prévia deve ser feita por escrito pelo requerido, esteja de acordo com a natureza do tradicional instituto da justificação prévia.

33 - Informalmente, alguns julgadores aventaram que a determinação da apresentação da “justificação prévia defensiva” estaria no bojo dos poderes do magistrado de flexibilização procedimental, previstos no art. 139, VI, do CPC/2015. *Data venia*, mas essa justificativa não se sustenta. De fato, o referido artigo fala em “*dilatar prazos e alterar a ordem da produção de provas*”, o que não abarcar a situação ora descrita.

A raiz do problema, por certo, decorre do fato do Novo CPC ter sido omissivo na regulamentação da justificação prévia presente no § 2º do art. 300. Ainda assim, é possível definir seus contornos a partir da aplicação analógica do regramento da justificação prévia previsto no procedimento possessório (art. 562). De acordo com esse dispositivo, quem deve se justificar é o requerente, e não o requerido, pois é ele o interessado na concessão da tutela de urgência. Além disso, o art. 562 do CPC/2015 deixa claro que a justificação prévia será realizada por meio de uma audiência especificamente designada para instruir o magistrado quanto à presença dos requisitos da tutela de urgência, quando, então, poderá formar o seu convencimento, ainda que baseado em cognição sumária, sobre deferir ou não o pedido.

Por outro lado, ao conferir natureza defensiva à justificação prévia, o entendimento ora criticado põe em risco o propósito compositivo da estrutura procedimental consagrada no rito comum e que se consubstancia num dos pilares do Novo Código (art. 3º, § 3º). Com efeito, a audiência de conciliação ou mediação foi trazida para o início do procedimento com o intuito de estimular a solução consensual do conflito, justamente porque, neste estágio do processo, ainda não houve a formação da disputa, pelo fato de o réu ainda não ter contestado. Então, atribuir à justificação prévia significado de defesa, compromete o objetivo por trás da estrutura procedimental adotada. Da mesma forma, ao definir caráter defensivo à justificação prévia, o juiz estará antecipando e dividindo a defesa do requerido, tumultuando o processo

Por fim, necessário reconhecer que, na hipótese da controvérsia se avolumar e não for pacificada pela jurisprudência, o ideal seria que o Novo CPC fosse alterado, para que:

- a) o art. 300, § 2º, passasse a ter redação similar ao atual art. 562 e com parte do revogado art. 804 do CPC/1973:

Art. 300 (...)

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida sem a oitiva do requerido, se essa providência puder comprometer a efetividade do provimento, ou mediante justificação prévia, quando for necessária a instrução do pedido. Neste último caso, as partes serão intimadas para comparecer à audiência onde as provas orais requeridas no pedido de tutela de urgência serão produzidas e submetidas ao contraditório.

- b) o art. 562 passasse a ter em sua redação uma referência ao art. 300, § 2º:

Art. 562. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou

de reintegração, caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, nos termos do art. 300, § 2º, deste Código.

6. REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tutela Antecipada na Reforma Processual**. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 1999.

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

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DIDIER JR. Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2, 14ª ed., Salvador: Juspodivm, 2013.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. 4, Tomo I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FRIEDE, Roy Reis; MENAGED, Débora Maliki; MENAGED, Marcelo. **Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar**. 7ª ed., Rio de Janeiro: GZ, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo Cautelar**. 6ª ed., São Paulo, 2014.

MIRANDANETTO, Fernando Gama de. *Sobre o requisito da irreversibilidade das tutelas de urgência no Código de Processo Civil de 2015 (art. 300, § 3º)*. In: JATAHY, Carlos Roberto; ALMEIDA, Diogo Assunção Rezende de; AYOUB, Luiz Roberto (coord.). **Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: FGV, 2017, p. 191-224.

MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao art. 300*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et altri (coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA, Barbosa José Carlos. *A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil*. In: **Revista de Processo**. Vol. 81. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-mar, 1996.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 11^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência. Do CPC/1973 ao CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**. Vol. 2, 4^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TESSER, André Luiz Bäuml. *As diferenças entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela no CPC/2015*. In MACEDO, Lucas Burril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE (org.). **Novo CPC doutrina selecionada. Vol. 4: Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 23-44.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 2^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015.