

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

NICOLE ANLICOARA BRITTO

**AS TUTELAS DE URGÊNCIA NA PROCESSUALÍSTICA ATUAL E NO PROJETO
DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:**
a busca pela efetividade da jurisdição

Recife
2012

NICOLE ANLICOARA BRITTO

**AS TUTELAS DE URGÊNCIA NA PROCESSUALÍSTICA ATUAL E NO PROJETO
DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:**

a busca pela efetividade da jurisdição

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Ciências Jurídicas
Orientador: Prof. MSc. Paulo Roberto Gonçalves Cerqueira

Recife
2012

Britto, N. A.

As tutelas de urgência na proessualística atual e no projeto do novo código de processo civil: a busca pela efetividade da jurisdição. / Nicole Anlicoara Britto. O Autor, 2012.

72 folhas.

Orientador (a): Prª Paulo Roberto Cerqueira

Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã. Trabalho de conclusão de curso, 2012.

Inclui bibliografia.

1. Direito 2. Efetividade 3. Cognição 4. Tutelas de Urgências 5. Código de Processo Civil.

340 CDU (2ªed.)

340 CDD (22ª ed.)

Faculdade Damas

TCC 2012-136

Nicole Anlicoara Britto

**AS TUTELAS DE URGÊNCIA NA PROCESSUALÍSTICA ATUAL E NO PROJETO
DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: a busca pela efetividade da jurisdição**

DEFESA PÚBLICA em Recife, ____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Orientador: Prof. MSc. Paulo Roberto Gonçalves Cerqueira

1º Examinador: Prof. Xxxxxx (FDIC)

2º Examinador: Prof. Xxxxxx (FDIC)

A Nina Anlicoara Britto

AGRADECIMENTOS

A Deus, que me deu forças para concluir o trabalho com muito esforço e sacrifício.

Aos professores da Faculdade Damas da Instrução Cristã, em especial, ao meu orientador Professor Paulo Roberto Cerqueira, pela disponibilidade e valiosas críticas e sugestões para a elaboração deste trabalho.

Aos amigos que ganhei na Faculdade Damas da Instrução Cristã, em especial, Arthur Henrique, Marcelo Santiago, Natália Miranda, Rafael Gomes, Rafaella Bravo e Tatiana Andrade.

À colega Luciana de Medeiros Fernandes, na qual me espelho e tomo como referência profissional.

À Biblioteca do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, pelo acervo de que me servi.

Ao meu esposo André Britto, pela paciência, compreensão, companheirismo e afeto.

Aos meus pais Luiz Antonio e Maria Almira, sempre segurando minha mão e dedicando tempo de suas vidas para me fazer mais feliz.

À minha filha Nina, pelo seu sorriso contagiante que me enche de forças. Um dia ela compreenderá que minha dedicação para concluir o curso de direito foi com o objetivo de lhe garantir um futuro melhor.

A todos aqueles que acreditaram nos meus propósitos e confiaram no meu trabalho.

*Justiça complicada é injustiça manifesta.
É, na melhor hipótese, justiça tardia.
Na pior, injustiça duplicada pelo efeito do tempo.
Complicar é verbo que deve ser odiado pelo Judiciário.
(Rui Barbosa)*

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade avaliar de que forma a novel legislação acerca das tutelas de urgência produzirá fins positivos na efetividade da jurisdição, comparando com o ordenamento jurídico atual. Para tanto, aborda-se desde a formação até o monopólio da jurisdição assumido pelo Estado, além da constitucionalização do processo advinda da Constituição Democrática de 1988. A fim de entender as principais características das tutelas de urgência e sua importância para garantia dos direitos fundamentais, examina-se a teoria da cognição e as formas de tutela jurisdicional prestadas pelo Estado. Já no âmbito das tutelas de urgência, prestadas através de um juízo de cognição sumária, são exploradas as peculiaridades e os aspectos comuns e distintivos entre as espécies vistas sob a perspectiva da satisfatividade na processualística atual, as tutelas cautelares e as antecipatórias. Preocupado com as modificações que virão com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, em tramitação no Congresso Nacional, o estudo aponta as principais alterações previstas na novel legislação que têm como objetivo propiciar aos cidadãos uma efetiva tutela dos direitos, especialmente às relativas às medidas urgentes. A unificação do regime jurídico de concessão das tutelas sumárias dada pela proposta legislativa às tutelas satisfativas e assecuratórias assegurará às partes amplo acesso à justiça e redução da insegurança jurídica e do descrédito da atividade jurisdicional.

Palavras-chave: Efetividade; Cognição; Tutelas de urgência; Código de Processo Civil.

ABSTRACT

The present study aims to assess how the new legislation about guardianships of urgency will have positive effects on the effectiveness of jurisdiction, compared to the current law. To this end, it is approached from the formation to the monopoly of jurisdiction assumed by the state, beyond the constitutionalization process coming from the Democratic Constitution of 1988. In order to understand the main characteristics of guardianships of urgency and importance to guarantee fundamental rights, examines the theory of cognition and forms of legal protection provided by the state. Already under the tutelage of urgency, provided through a summary judgment of cognition are explored the peculiarities and commonalities and distinguishing between species seen from the perspective of satisfactivity in current processs legislation, in the guardianships precautionary and anticipatory. Concerned about the changes that will come with the entry into force of the new Civil Procedure Code's in the National Congress, the study outlines the main changes contained in new legislation that aim to provide citizens with effective protection of rights, especially those relating urgent measures. The unification of the legal guardianships for granting summary given by legislative proposal to satisfactivity and assecuratory guardianships ensure the litigants broad access to justice and reduce legal uncertainty and distrust of judicial activity.

Keywords: Effectiveness; Cognition; Guardianships of urgency; Civil Procedure Code's.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 A EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO	11
1.1 A formação da jurisdição.....	11
1.2 As jurisdição como atividade de manifestação do Direito Processual	12
1.3 As garantias da jurisdição na Constituição Federal de 1988	14
1.3.1 Devido processo legal.....	15
1.3.2 Contraditório e Ampla Defesa	15
1.3.3 Igualdade	17
1.3.4 Motivação das decisões judiciais.....	18
1.3.5 Razoável duração do processo.....	19
1.4 A garantia constitucional do acesso efetivo à jurisdição	20
CAPÍTULO 2 A TUTELA JURISDICIONAL.....	23
2.1 Teoria da cognição judicial.....	23
2.2 A tutela definitiva	25
2.3 A tutela diferenciada.....	26
2.4 A tutela de urgência	28
2.5 As tutelas de urgência como instrumento de efetividade processual	30
CAPÍTULO 3 TUTELAS DE URGÊNCIA EM ESPÉCIE: TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPATÓRIA.....	33
3.1 Tutela cautelar	34
3.1.1 Conceito.....	34
3.1.2 Requisitos	37
3.1.3 O poder geral de cautela	38
3.2 Tutela antecipada.....	39
3.2.1 Conceito.....	39
3.2.2 Requisitos	41
3.2.3 Breve comentário sobre a tutela antecipada nas ações de obrigação de fazer, não fazer e de entregar coisa	45
3.3 Traços distintivos entre as tutelas cautelares e antecipatórias	46
3.4 Fungibilidade entre as tutelas cautelares e antecipatórias	47
CAPÍTULO 4 AS TUTELAS DE URGÊNCIA (E DE EVIDÊNCIA) NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	50
4.1 O Novo Código de Processo Civil.....	50
4.2 As medidas cautelares e as tutelas antecipatórias no Novo Código de Processo Civil	52
4.3 Tutela de urgência	56
4.4 Tutela de evidência.....	57
4.5 Estabilização das tutelas de urgência.....	60
4.6 Críticas e sugestões.....	61
4.7 O projeto após substitutivo da Comissão Especial da Câmara dos Deputados	64
CONCLUSÕES.....	66
REFERÊNCIAS	68

INTRODUÇÃO

Com o escopo de estabelecer e garantir a ordem social, o Estado proibiu a autotutela e assumiu o monopólio da Justiça, atraindo para si a imprescindível obrigação de prestar a tutela jurídica invocada por aquele que se julgue lesado em seus direitos. Nessa busca por uma solução ao conflito de interesses, as partes procuram o Poder Judiciário.

Ocorre que, na prática, observa-se uma gravosa morosidade na prestação jurisdicional, causada fundamentalmente por um complicadíssimo sistema recursal, número exagerado de procedimentos especiais, formalismo exacerbado, carência de funcionários e outros fatores que acabam influenciando na ineficácia do provimento final.

Apesar de o processo não ser uma fonte de direitos, tem como função tutelar direitos, atuando como instrumento de materialização do direito material. Não tem a função de modificar o ordenamento jurídico, mas sim, de fazê-lo atuar efetivamente. A efetividade processual pode ser entendida como o direito a um processo rápido, seguro e eficaz, proporcionando aos litigantes a tutela jurisdicional adequada.

Nesse sentido, o passo mais importante em busca da efetividade funda-se nas tutelas de urgência, que representam providências tomadas antes do desfecho natural e definitivo do processo, para afastar situações graves de risco de dano à efetividade do processo ou prejuízos que decorrem da sua inevitável demora e que ameaçam consumir-se antes da prestação jurisdicional definitiva.

O presente trabalho tem por finalidade precípua avaliar de que forma a novel legislação acerca das tutelas de urgência produzirá efeitos positivos na efetividade do processo, comparando com o ordenamento jurídico atual. Para tanto, o instituto é analisado de acordo com a previsão da matéria no Código de Processo Civil e após a vigência do Novo Código de Processo Civil, projeto de lei que tramita no Congresso Nacional.

Ressalte-se a relevância da abordagem, porquanto o projeto já foi aprovado pelo Senado Federal e está tramitando na Câmara dos Deputados. Após aprovação, provavelmente com modificações, o texto sujeitar-se-á à sanção da Presidente da República para poder entrar em vigor; sendo poucos os doutrinadores que já se pronunciaram sobre o tema e raros os advogados, magistrados e estudantes de direito que conhecem as alterações.

Como meio para atingir o objetivo deste trabalho, adota-se a pesquisa bibliográfica em obras de autores relevantes no cenário nacional, bem como de publicações em revistas científicas, além da análise dos textos de leis acerca do tema, seguindo-se o

método dedutivo, dividindo-se a apresentação do resultado da pesquisa em quatro capítulos, além das considerações finais e o rol das referências.

O estudo inicia-se pela análise do conceito de jurisdição, abordando a forma como o Estado assumiu o monopólio da resolução dos conflitos até a importância do tema como atividade de manifestação do Direito Processual. Neste contexto, é abordada a questão da constitucionalização do processo e as principais garantias processuais asseguradas na Carta Magna, com ênfase à garantia do acesso efetivo ao Poder Judiciário.

O segundo capítulo apresenta ao leitor o instituto da tutela jurisdicional, passando pelo estudo da teoria da cognição judicial e as formas de tutelas conferidas pelo Estado ao jurisdicionado, ressaltando, em especial, as tutelas de urgência baseadas em juízo de cognição sumária que, em síntese, buscam assegurar a garantia constitucional da efetiva prestação jurisdicional.

No terceiro capítulo, cuida-se de traçar os aspectos mais relevantes entre as duas espécies mais importantes de tutelas de urgência de caráter geral atualmente previstas no Código de Processo Civil, as tutelas antecipatórias e as medidas cautelares. São traçados os aspectos comuns e distintivos entre as duas espécies, inclusive a fungibilidade entre as medidas, propiciando a compreensão das funções dos institutos na processualística atual.

Por derradeiro, o quarto capítulo, que apresenta ao leitor as modificações trazidas pelo Projeto do Novo Código de Processo Civil (Projeto de lei nº 8.046/2010) acerca dos procedimentos envolvendo as tutelas de urgência. Pelo projeto, as medidas cautelares incorporam-se ao capítulo das tutelas antecipadas, sendo que estas passam a ser divididas em tutelas de urgência e tutelas de evidência. São trazidas as principais alterações, especialmente aquelas que interferirão na efetividade da jurisdição. Críticas e sugestões de melhorias serão apresentadas ao final do estudo, que conta, ainda, com uma breve análise acerca das recentes modificações propostas pela Comissão Especial formada na Câmara dos Deputados para analisar o projeto e propor alterações.

CAPÍTULO 1 A EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO

1.1 A formação da jurisdição

A conflituosidade é uma característica intrínseca ao ser humano. Ao longo da história, várias foram as alternativas apresentadas para a solução desses conflitos, em busca da ordem e da paz social para se chegar ao equilíbrio das relações sociais.

É mister ressaltar, porém, que cada sociedade histórica adotou os mais variados meios particulares para solucionar os seus conflitos, não havendo um modo uniforme para a sua resolução. Pode-se afirmar, todavia, que a mais remota maneira de dirimir as lides interindividuais ou intergrupais era mesmo o uso da violência privada, ou da justiça de mão própria, isto é, a autotutela do próprio interesse. Não havia a presença de um julgador e o interesse da parte mais forte prevalecia sobre o interesse da parte mais fraca.

No esforço da substituição da força física pela razão, surgiram três modalidades de soluções pacíficas dos litígios: a solução moral, a solução contratual e a solução arbitral.

A primeira, aquela na qual os antagonistas se conformariam em limitar o seu interesse, inclusive por meio da renúncia, consistindo, portanto, em uma solução moral, aplicável nas sociedades espiritualmente desenvolvidas. A segunda forma de composição seria a solução contratual advinda de convenção estabelecida entre os próprios litigantes. E a última, a solução arbitral, em que é confiada a uma terceira pessoa (árbitro) a função de resolver o conflito de interesses. (ROCHA, 2007, p. 22)

Nos dias atuais, repele-se a autotutela especialmente pela existência de um Estado centralizador, que absorve a tarefa de dar solução aos conflitos. Valer-se da própria força para solucionar conflitos de interesses, ainda que sejam legítimos, é ilegal, considerado crime no ordenamento jurídico brasileiro, a teor do disposto no artigo 345 do Código Penal¹.

Impondo-se a proibição da autotutela, surge o poder do Estado de apontar aquele que tem razão em face do conflito de interesses, nos casos concretos. O estado, portanto, assumiu o monopólio da jurisdição, tomando pra si a função de aplicar a justiça e tornando exclusiva essa atividade. Sem que fosse confundida com a vingança privativa ou aplicada de

¹ Art. 345. Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite:
Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa, além da pena correspondente à violência

igual forma, ofertou, substitutivamente, aos que estavam envolvidos em conflitos de interesses, a possibilidade de recorrer à autoridade estatal, nascendo por essa via o direito de ação e a própria organização da atividade judicante.

A partir do momento em que a atividade de dirimir conflitos de interesses passou a ser conduzida pelo Estado – e com a repartição dos poderes a partir da Teoria de Montesquieu – a atividade jurisdicional foi delegada ao Poder Judiciário, a quem cabe conhecer e dirimir, por meio da conciliação ou por meio de decisão devidamente fundamentada, os conflitos em prol da pacificação social e da garantia de realização plena do exercício dos direitos fundamentais aos cidadãos. Até porque, como assevera Rosemiro Pereira Leal a respeito da questão (2005, p. 81), torna-se evidente que, se o homem não se submeter às instituições jurídicas democráticas e plebiscitarizadas por ele próprio construídas, haverá, por certo, o regresso à barbárie, ainda que se tenha um considerável desenvolvimento tecnológico.

Com efeito, o homem deve subordinar-se à norma jurídica a ele imposta, por ele mesmo criada por intermédio do legislador, norma que regula o comportamento humano buscando a organização social para que não se retorne aos tempos antigos da autotutela, mencionada anteriormente.

O Direito, visto como um sistema normativo de regras de conduta, de observância geral e imperativa, sob pena de sanções, surgiu como suporte para prevenção e eliminação dos conflitos da sociedade humana. Sem uma normatização do comportamento humano, seria impossível a vida em sociedade. Mesmo quando o conflito de interesses é eminentemente privado, há sempre no processo um interesse público, que é a pacificação social.

1.2 As jurisdição como atividade de manifestação do Direito Processual

A função jurisdicional, ou simplesmente jurisdição, é considerada o mais importante atividade de manifestação do Direito Processual. A palavra jurisdição vem do latim *iuris dictio*, que significa dizer o direito.

Não significa, porém, que só há função jurisdicional quando o Estado declara direitos. Também em outras situações, especialmente nas ações executivas, o Estado exerce função jurisdicional, tendo a palavra se distanciado do seu significado original.

Vários autores apresentaram conceitos, bastante distintos entre si, de jurisdição. Trata-se, portanto, de mais um daqueles temas sobre os quais não há consenso na doutrina. Sendo impossível apresentar, aqui, todas as teorias sobre jurisdição, serão apresentadas apenas as clássicas posições doutrinárias.

Para Chiovenda (1969), pode-se definir jurisdição como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade de lei, já no torná-la, praticamente, efetiva. A teoria de Chiovenda sobre a jurisdição parte da premissa de que a lei, norma abstrata e genérica, regula todas as situações que eventualmente ocorram em concreto, devendo o Estado, no exercício da jurisdição, limitar-se à atuação da vontade concreta do direito objetivo. Em outras palavras, limita-se o Estado, ao exercer a função jurisdicional, a declarar direitos preexistentes e a atuar na prática os comandos da lei. Tal atividade caracteriza-se, essencialmente, pelo seu caráter substitutivo já enunciado.

Outra concepção bastante conhecida sobre o tema é a de Carnelutti *apud* Ceasr Asfor Rocha (2007), que defende ser a jurisdição uma função de busca da justa composição da lide. Como é por demais conhecido, Carnelutti construiu todo o seu sistema jurídico em torno do conceito de lide, instituto de origem metajurídica que o mesmo definia como conflito de interesses degenerado pela pretensão de uma das partes e pela resistência da outra. Segundo o jurista italiano, pretensão é a intenção de submissão do interesse alheio ao interesse próprio e, se num conflito de interesses um dos interessados manifesta uma pretensão e outro oferece resistência, o conflito se degenera, tornando-se uma lide. Assim é que, segundo esta clássica concepção, jurisdição seria uma função da composição de lides.

Nenhum obstáculo pode ser posto ao direito de acesso ao Poder Judiciário, que fará a apreciação de qualquer “lesão ou ameaça ao direito”, segundo dispõe o artigo 5º, XXXV, do Texto Constitucional. Assim, quando se fala em tutela jurisdicional se está a falar exatamente na assistência, no amparo, na defesa, na vigilância que o Estado, por seus órgãos jurisdicionais, presta aos direitos dos indivíduos.

1.3 As garantias da jurisdição na Constituição Federal de 1988

O texto constitucional de 1988 prescreve princípios processuais que se traduzem em direito-garantias dos indivíduos. Assim, não há que se falar em processo sem pensá-lo dentro da estrutura constitucional, ou seja, de um modelo constitucional de processo que é direito-garantia constitucionalizado ao exercício dos direitos fundamentais pela procedimentalidade instrumental das leis processuais

A fim de aparelhar a função primordial de asseverar a efetivação dos direitos, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 proclamou o direito de acesso à justiça como valor soberano do Estado Democrático de Direito. Garantiu-se a todo cidadão o direito de ação e o acesso à justiça efetiva por meio do devido processo legal, constitucionalizado sob os pilares do contraditório e da ampla defesa e do julgamento regularmente fundamentado. De modo a garantir esse acesso, tornou inafastável da apreciação do Poder Judiciário toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, independentemente, via de regra, do exaurimento da discussão da questão no âmbito administrativo e garantiu a gratuidade desse acesso, em todos os níveis do poder judiciário, para aqueles que não dispuserem de recursos para custeá-lo.

Nessa toada, a constitucionalização do processo ressaltou a importância de que o estudo desta disciplina tenha como ponto de partida e de chegada a Carta Magna, que, em vários dispositivos, consagra princípios e estabelece garantias processuais, sempre com o fim de assegurar a tutela padrão prometida pelo Estado.

Há de se reconhecer que tais garantias não são absolutas. É preciso, no caso concreto, atenuar algumas delas, relativizar umas diante de outras, aplicando-se a ponderação de interesses.

Embora as garantias constitucionais acerca do processo sejam de grande valia e mereçam cada uma o devido estudo aprofundado de suas características, serão apresentados, aqui, evitando fugir do escopo deste trabalho, apenas uma breve análise sobre a questão. Ressalte-se que, diante do caso concreto, as garantias constitucionais devem ser aplicadas em primeiro lugar, o que decorre da supremacia das normas constitucionais sobre as demais normas jurídicas.

1.3.1 Devido processo legal

Consagrada no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, a garantia do devido processo legal é, em verdade, a causa de todas as demais garantias. Em decorrência dela, todas as demais garantias poderiam ser consideradas presentes no ordenamento jurídico brasileiro ainda que não incluídas expressamente no texto constitucional.

Uma simples referência ao princípio do devido processo legal seria o bastante para englobar toda uma série de garantias constitucionais, conforme elenca Nelson Nery Júnior (2004, p. 144): “trata-se de postulado fundamental do direito constitucional (gênero), do qual derivam todos os outros princípios (espécies)”.

Nesse âmbito, o *due process of law* realiza, entre outras, a função de um superprincípio, coordenado e delimitando todos os demais princípios que informam tanto o processo como o procedimento. Inspira e torna realizável a proporcionalidade e razoabilidade que deve prevalecer na vigência e harmonização de todos os princípios do direito processual de nosso tempo (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 24).

1.3.2 Contraditório e Ampla Defesa

A garantia do contraditório e da ampla defesa, consagrada no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, pode ser considerada o mais relevante entre os corolários do devido processo legal. Não há processo justo que se realize sem contraditório e ampla defesa. Aliás, a mais moderna doutrina sobre processo afirma que este não existe sem contraditório. Neste ponto, é relevante a contribuição de Elio Zaffarali *apud* Alexandre Forte (2001), ao afirmar que só há processo quando o procedimento é realizado observando-se a participação das partes em contraditório, contribuindo para a construção do provimento final.

A doutrina apresenta três elementos básicos inerentes a essa garantia: a) o direito de ser informado, b) o direito de ser ouvido em audiência; e c) o direito à produção de prova. Destarte, o maior significado do contraditório e da ampla defesa reside na possibilidade de fazer as partes participarem da construção do provimento jurisdicional, o que constitui

elemento necessário à convicção do Juiz, devendo ser promovido com bastante ênfase no processo.

Os fundamentos da garantia do contraditório e da ampla defesa encontram lastro na defesa dos interesses das partes perante o juízo e buscam evitar a discricionariedade de uma decisão jurisdicional tomada sem a participação dos envolvidos no direito litigioso. Não é por outra razão que a referida garantia se assenta nos pressupostos de um estado democrático.

Há que se afirmar, porém, que em algumas situações o Juiz é levado a proferir decisões sem que se ouça antes uma das partes. Tais decisões se legitimam em razão de terem como pressuposto uma situação de urgência, com risco de dano irreparável (*periculum in mora*). Nesses casos, o contraditório fica postecipado, ou seja, o contraditório se efetivará depois da prolação da decisão. Essa limitação do contraditório é inerente ao próprio princípio constitucional, o qual não pode ser cultuado de tal modo que se permita a imolação de direitos.

Completando o raciocínio, conclui João Batista Lopes (2009, p. 25):

O *status* constitucional desses dois princípios tem importante reflexo doutrinário: é a adoção da idéia de paridade de armas no processo. A partir da concepção de que as partes nem sempre se encontram em igualdade no processo, CAPELETTI passou a defender a chamada direção material do processo (*materielle Prozessleitung*), ou seja, conferir ao juiz o poder de restabelecer o equilíbrio quebrado pela diferença econômica ou intelectual. Para ele, o princípio dispositivo deve ser reconfigurado para circunscrever-se às alegações das partes, de modo que, no que respeita à instrução, ficaria o magistrado investido no poder de iniciativa para apuração dos fatos [...] Consoante essa posição doutrinária, devem ser garantidas às partes e aos terceiros as mesmas oportunidades de atuação no processo com os mesmos instrumentos de ataque e defesa a fim de que, no momento da decisão, esteja o juiz suficientemente esclarecido para garantir a efetiva tutela dos direitos.

Fredie Didier Júnior (2011) identifica, derivado dos princípios do devido processo legal e do contraditório, um modelo de processo cooperativo que deve estruturar o direito processual brasileiro. Sustenta o autor que não deve haver destaque entre os sujeitos processuais e que o órgão jurisdicional deve ser incluído neste rol não como mero espectador, mas atuando de forma ativa. Desta forma, a decisão judicial será fruto de uma atividade processual em cooperação, onde a atividade cognitiva é compartilhada.

1.3.3 Igualdade

No processo, o princípio da isonomia, disposto no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, revela-se na garantia do tratamento igualitário entre as partes, que deve ser vista tanto no aspecto formal quando sob o material. Chama-se a isso paridade de armas. Isso porque tal igualdade fundamenta-se no escopo social e político do Direito.

O jurista austríaco Hans Kelsen *apud* Cesar Asfor Rocha (2007, p. 43) afirmou, quanto a essa garantia, o seguinte:

A igualdade dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica, garantida pela Constituição, não significa que aqueles devam ser tratados por forma igual nas normas legisladas com fundamento na Constituição, especialmente nas leis. Não pode ser uma tal igualdade aquela que se tem em vista, pois seria um absurdo impor os mesmo deveres e conferir os mesmo direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções, por exemplo, entre crianças e adultos, são de espírito e doentes mentais, homens e mulheres.

A igualdade vincula-se estreitamente ao devido processo legal, ao contraditório e à imparcialidade, outras garantias constitucionais. Ao longo de todo o procedimento, o juiz deve promover o tratamento igualitário entre as partes do processo, outorgando a elas as mesmas oportunidades de participação e o mesmo tratamento. Tratar igualitariamente não é tratar da mesma forma, mas tratar de maneira a atingir o acesso à ordem jurídica justa, possibilitando isonomicamente às partes a efetiva defesa dos direitos, sustentação das suas razões e produção das suas provas.

O tratamento paritário das partes no processo diz respeito, portanto, a um procedimento devidamente ordenado pelo contraditório, feito com lisura e sem surpresas e armadilhas das partes.

1.3.4 Motivação das decisões judiciais

A garantia da motivação das decisões judiciais está consagrada na Constituição Federal no seu artigo 93, IX. Trata-se de regra constitucional responsável por afirmar que todo provimento judicial será motivada, sob pena de nulidade.

A fundamentação das decisões judiciais é exigida pelo ordenamento jurídico brasileiro por dois motivos. Em primeiro lugar, protege-se com tal exigência um interesse das partes, que não só precisam saber o motivo que levou o juiz a decidir as questões da maneira como decidiu, o que é psicologicamente importante, como têm a necessidade de conhecer os motivos da decisão para que possam adequadamente fundamentar seus recursos. Em segundo lugar, há o interesse público, porquanto a motivação da decisão é essencial para que se possa verificar se o juiz prolator da decisão foi ou não imparcial; de forma que a fundamentação das decisões é essencial para que se possa realizar o controle difuso da legitimidade da atuação dos magistrados.

Cintra *et al.* (2003, p. 53) traz a seguinte definição sobre o tema:

Na linha de pensamento tradicional, a motivação das decisões judiciais era vista como garantia às partes, com vistas à possibilidade de sua impugnação para efeito de reforma. Era só por isso que as leis processuais comumente asseguravam a necessidade de motivação (CPP, artigo 381; CPC, artigo 166 c/c artigo 458; CLT, artigo 832). Mais modernamente, foi sendo salientada a função política da motivação das decisões judiciais, cujos destinatários não são apenas as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso, mas *quisquis de populo*, com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões.

Destaque-se que a exigência de fundamentação adequada não deve ser confundida com uma exigência de fundamentação longa. Não se exige que o juiz, ao elaborar suas decisões, escreva tratados ou monografias sobre o tema decidido. O que se exige é, tão somente, que o magistrado fundamente adequadamente suas decisões, o que será cumprido ainda que tal fundamentação seja sucinta. Fundamentação adequada: isto é o que exige o ordenamento constitucional brasileiro, isso é o que se revela adequado e conforme os pilares do Estado Democrático de Direito.

1.3.5 Razoável duração do processo

A Constituição Federal, assegura, ainda, a garantia da razoável duração do processo, ou, em outras palavras a tempestividade da tutela jurisdicional. A preocupação constante com a demora na solução dos conflitos deu lugar à Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, que elevou a necessidade de se imprimir ao processo uma duração razoável à condição de garantia fundamental, constituindo-se princípio inserto no inciso LXXVIII do artigo 5º da Carta Magna, assegurando a todos os cidadãos, “no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Essa previsão do prazo razoável de duração do processo já vinha expressa no Pacto de San Jose da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, que, em seu artigo 8º, 1, prevê que “toda pessoa tem o direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável”.

Segundo Alexandre de Freitas Câmara (2009, p. 58):

Pode-se comparar o processo a um automóvel trafegando por uma estrada. Automóveis excessivamente lentos são tremendamente perigosos, podendo causar acidentes. Mas tão perigosos quanto eles são os automóveis que trafegam em velocidade excessivamente alta. Muitas vezes, os acidentes por estes causados são ainda mais graves. O processo excessivamente lento é incapaz de promover justiça, pois justiça que tarda falha. De outro lado, porém, o processo excessivamente rápido gera insegurança, sendo quase impossível que produza resultados justos.

Por mais de um modo o decurso do tempo pode ser nocivo. A primeira hipótese é a do processo que chega ao fim e o provimento de mérito é emitido quando o mal temido já esta consumado e nada mais se pode fazer. O segundo grupo de situações é representado pela tutela jurisdicional demorada que chega depois de uma espera além do razoável e muito sofrimento e privações impostos ao titular de direitos. O terceiro caso é o do processo que deixa de dispor dos meios externos indispensáveis para a sua correta realização ou para o exercício útil da jurisdição.

No primeiro caso, o processo não terá produzido tutela jurisdicional alguma. No segundo, a tutela jurisdicional se realiza, mas não é tempestiva, sendo ilegítimo e injusto

sujeitar o titular de um direito a tanta espera. No terceiro, o processo mal aparelhado terá sido ineficaz de oferecer a tutela justa ao sujeito que tiver razão.

Utilizando-se das palavras de Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 22), “a demora no processo, na verdade, sempre lesou o princípio da igualdade”.

Vale lembrar que a simples afirmação constitucional de que todos têm direito a um processo com duração razoável não resolve todos os problemas da morosidade processual, sendo necessário promover-se uma reforma estrutural no sistema jurídico brasileiro. Mas não basta a reforma das leis processuais. É preciso, especialmente, promover-se uma reforma estrutural, que dê ao Poder Judiciário meios efetivos para bem prestar tutela jurisdicional, o que exige vontade política para alterar o atual estado das coisas.

1.4 A garantia constitucional do acesso efetivo à jurisdição

O termo efetividade advém do latim *efficere*, o qual significa produzir, realizar, estar ativo de fato; de modo que, em se relacionando ao processo, a efetividade corresponde à preocupação com a eficácia da lei processual, com sua aptidão para gerar os efeitos que dela seria normal esperar.

O inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito”, traz o compromisso assumido pelo Estado de apreciar e, se for o caso, dispensar a proteção devida, a toda e qualquer lesão ou ameaça ao direito.

Tem-se aí a promessa de tutela para um ilimitado espectro de situações em que o indivíduo possa se encontrar: ela se destina não apenas a reparar lesão que alguém tenha sofrido em seu direito (tutela reparatória ou sancionatória), mas até mesmo a evitar que tal lesão venha a ocorrer (tutela preventiva) (ZAVASCKI, 2009, p. 18).

Em que pese estar positivada a garantia fundamental da duração razoável do processo, a efetivação desse direito é desafio enfrentado diuturnamente pelo Poder Judiciário Brasileiro, que busca, incessantemente, tornar efetivas as garantias constitucionais de um processo rápido, mas que atenda, também, aos ditames do contraditório e da ampla defesa. Isso porque, como princípios-garantias fundamentais, tanto a celeridade processual como a

qualidade substancial da prestação jurisdicional devem coexistir. É inconcebível a ideia de que a celeridade processual deve ser tida como aspecto principal e primeiro do acesso à justiça. Em suma, as garantias que formam o processo constitucional são vários e necessitam coexistir. Além de um processo célere, há que se ter também a efetiva realização no campo material do direito tutelado.

A efetividade do processo deve ser entendida como o direito a um processo rápido, seguro e eficaz, proporcionando às partes envolvidas no processo a tutela jurisdicional adequada. Mas não é só. Pode-se referir a ela também como um verdadeiro princípio norteador do direito processual para realizar com eficiência a sua função instrumental dos direitos materiais, de forma justa e satisfatória (MORFANDINI, [20--?], p. 7).

Na luta pela efetividade da jurisdição, o litigante que intenta uma ação no Poder Judiciário, requerendo que o Estado lhe confira uma solução justa, adequada e célere, espera gozar, em um tempo razoável, do bem jurídico pleiteado.

Cesar Asfor Rocha (2007, p.18) indica, com precisão, o conteúdo do que seja o princípio da máxima efetividade de jurisdição: “o vencedor da demanda deve, ao final do processo, obter exatamente aquilo que obteria caso a obrigação tivesse sido adimplida voluntariamente”.

A jurisdição, para ser efetiva, necessita que a tutela por ela prestada seja eficaz, isto é, que o vencedor da demanda obtenha o bem da vida pleiteado no processo em um período de tempo razoável.

A modernização e a atualização das leis processuais, ao lado da implantação de institutos mais dinâmicos na seara do processo civil, têm trazidos melhorias. Contudo, a mudança estratégica que consolidará o equacionamento de tais problemas será a mudança dos paradigmas dos raciocínios judiciais, de modo que passe a ser absorvida a grande preocupação da sociedade com a ineficácia de decisões judiciais perfeitas no campo do direito material.

Aqui, é preciso observar que, do princípio da inafastabilidade da jurisdição, decorre o princípio da adequação da tutela jurisdicional, o qual pode ser visualizado em dois momentos: a) legislativo, quando há a construção de normas processuais, e b) jurisdicional, quando dá liberdade ao juiz para adaptar os procedimentos positivados à realidade concreta.

O princípio da adequação é o que justifica a existência de uma teoria do processo: sabendo-se que as regras processuais devem ser adequadas àquilo que servirão de meio de tutela, será possível aceitar a existência de uma série de conceitos que devem ser utilizados para a compreensão de qualquer fenômeno processual (seja ele jurisdicional, legislativo, administrativo ou privado) (LACERDA, 1976, *apud* DIDIER, 2011, p. 75-76).

“Cabe ao órgão jurisdicional prosseguir na empresa da adequação do processo, iniciada pelo legislador, mas que, em razão da natural abstração do texto normativo, pode ignorar peculiaridades de situações concretas somente constatáveis caso a caso” (DIDIER, 2011, p. 77).

Sem dúvida, a mudança deve ser operada ideologicamente. Entretanto, não serão suficientes as alterações legislativas que vêm sendo aprovadas se, por outro lado, não houver, ao mesmo tempo, uma mudança no modo de pensar dos que compõem o Judiciário, seja na percepção dos problemas a ele lançados, seja na aplicação do Direito ao caso concreto.

Pelo exposto, ultimamente, a efetividade é tida como o maior desígnio do processo moderno, tal como se nota nas palavras de Humberto Theodoro Júnior (2009, p. 37):

O processo hoje, não pode ser visto como mero rito ou procedimento. Mas igualmente não pode reduzir-se a palco de elucubrações dogmáticas, para recreio de pensadores esotéricos. O processo de nosso final de século é sobretudo um instrumento de realização efetiva dos direitos subjetivos violados ou ameaçados.

É, pois, direito fundamental de todo cidadão o acesso à jurisdição efetiva sempre que sofrer lesão ou ameaça de lesão a qualquer direito seu. Não obstante, enfrenta-se hoje talvez o maior desafio da concretização da justiça garantida pela magna carta: tornar efetivos os direitos de acesso à jurisdição com a obtenção da prestação jurisdicional em tempo razoável.

Em última análise, apreciar as lesões ou ameaças a direitos significa formar um juízo sobre a existência ou não dos direitos reclamados e, sobretudo, impor as medidas necessárias à manutenção ou reparação dos direitos reconhecidos.

CAPÍTULO 2 A TUTELA JURISDICIONAL

Alicerçada no Estado Democrático de Direito, a tutela jurisdicional, prestada com base nos princípios e garantias vistas alhures, materializa o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, na medida em que oferece aos cidadãos prestação jurisdicional célere, segura, justa e eficiente.

Humberto Theodoro Júnior (2003) esclarece que a tutela não deve ser confundida com a prestação jurisdicional. A prestação jurisdicional, satisfeitos os pressupostos processuais e as condições da ação, é assegurada a todo litigante que ingressa em juízo. Consiste na satisfação do direito à composição do litígio, pacificando o conflito pela garantia de acesso ao Poder Judiciário. Por outro lado, faz jus à tutela jurisdicional o litigante que, no caso concreto, tem o direito subjetivo reconhecido e resguardado, indo além da simples prestação jurisdicional. Significa a proteção dada pelo Estado àquele que é titular do direito material.

O estudo da tutela dada pelo Poder Judiciário aos cidadãos que sentem seus direitos ameaçados ou lesionados passa, obrigatoriamente, pelo entendimento acerca da cognição, afinal, é através das atividades desenvolvidas pelo magistrado que a tutela dos direitos dos cidadãos é assegurada.

2.1 Teoria da cognição judicial

Entende-se por cognição as atividades intelectivas desenvolvidas pelo julgador, através da análise e valoração das provas dos autos e do direito das partes, para solucionar a lide que lhe é posta. É uma importante técnica de adequação do processo à natureza do direito ou à particularidade da pretensão a ser tutelada. O provimento é o resultado da atividade cognitiva realizada pelo magistrado. A cognição torna-se necessária no instante em que o Estado avoca para si o monopólio da justiça, interpondo-se entre as partes de interesses conflitantes.

Kasuo Watanabe (2012, p. 67) define:

A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.

Nas palavras de Fredie Didier Júnior (2011, p. 311), “a análise da cognição judicial é, portanto, o exame da técnica pela qual o magistrado tem acesso e resolve as questões que lhe são postas para apreciação”.

São três os objetos da cognição que devem ser analisadas pelo juiz. O trinômio é formado pela regularidade do processo, as condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade das partes) e as questões de mérito.

Levando em conta a cognição e a natureza do provimento ou da tutela reclamada, o sistema processual civil brasileiro adota o entendimento que as ações podem ser classificadas como ações de conhecimento, ações executivas e ações cautelares. O entendimento que se tem de cada tipo de ação (conhecimento, executiva ou cautelar) é estruturado com base no grau de cognição judicial que se estabelece em cada um deles. O trinômio objeto da cognição é válido para os três tipos de ação, com as especificidades próprias de cada um deles.

Na tutela de conhecimento, busca-se verificar a efetiva situação jurídica das partes e a solução do litígio deduzido em juízo através de atividades que consistem no exame da existência ou não do direito afirmado pelo autor, são as chamadas ações típicas de cognição.

A ação executiva, por seu turno, tem por função realizar faticamente a situação jurídica apurada. Direciona-se à satisfação de um direito já amparado por um título judicial ou extrajudicial. Ainda que sejam poucas as atividades cognitivas desenvolvidas pelo juiz, não se pode falar que não haja inteligência nessas tutelas.

“Na sempre lúdica ponderação de Frederico Marques, poderíamos dizer que a atividade de cognição ou conhecimento transforma o fato em direito e a de execução transforma o direito em fato” (SAMPAIO JÚNIOR, 2012, p. 39).

Por fim, a ação cautelar, que visa à proteção provisória do direito para que a demora do processo não ocasione lesão ao bem jurídico, garantindo a eficácia da tutela de conhecimento ou de execução.

Vale ressaltar, todavia, que Teori Albino Zavascki (2009, p.17) critica a tripartição da tutela jurisdicional adotada pela doutrina clássica. Entende o ministro que a tutela cautelar, a rigor, não deveria ser tida como uma classe de tutela, haja vista ser prestada mediante atividades cognitivas e executivas.

Acerca da forma como pode ser sistematizada a cognição do processo civil, não se pode deixar de apresentar o posicionamento difundido por Kazuo Watanabe (2012). O autor, citado por muitos doutrinadores, afirma que a cognição pode ser vista por dois planos: um horizontal e outro vertical.

No plano horizontal, que cuida da extensão com que a tutela é analisada, o conhecimento do objeto da demanda tem por limite os três objetos da cognição (questões processuais, condições da ação e mérito). Assim, a cognição pode ser plena ou limitada, de acordo com os limites da extensão do conflito que são levados ao Poder Judiciário.

No plano vertical, deve ser observada a profundidade com que é realizada a tutela jurisdicional, podendo a cognição ser exauriente ou sumária. Pode ser classificada ainda, neste plano, como rarefeita ou eventual, nos casos dos processos de execução.

A técnica da cognição permite, desta forma, a construção de diversos tipos de procedimentos ajustados às reais necessidades da tutela, capacitando o legislador a conceber procedimentos diferenciados e adaptados às várias espécies de pretensões.

2.2 A tutela definitiva

Seja numa tutela de conhecimento, seja numa tutela executiva, o Estado, invocando as garantias constitucionais asseguradas aos litigantes, deve oferecer, ao final do provimento jurisdicional, uma tutela padrão, que tem como características principais ser construída com base em uma cognição plena no plano horizontal e exauriente no plano vertical acerca do objeto do processo, assumindo caráter universal.

Só assim, atinge-se uma segurança maior no julgamento e a tutela reveste-se de caráter de imutabilidade, de sorte que a ela o Estado confere a autoridade de coisa julgada.

A tutela obtida pela cognição completa e profunda é apta a se perpetuar enquanto não exauridos os seus efeitos e tende a consolidar a situação jurídica almejada pela parte vencedora da demanda.

Com efeito, conquanto se saiba que a justiça absoluta é um valor praticamente inatingível e que a verdade nem sempre é relevante, por mais amplos que sejam os meios empregados para demonstrá-la, é também certo que a cognição exauriente é requisito fundamental de segurança das decisões judiciais. Os conflitos sociais somente serão inteiramente eliminados, no plano jurídico, quando esgotados todos

os mecanismos de cognição, seja no sentido vertical, seja no sentido horizontal (ZAVASCKI, 2009, p. 23).

Não deve o juiz, em princípio, autorizar medidas que alterem as situações jurídicas dos litigantes antes que o acerto, operado por meio de sentença, se torne definitivo (coisa julgada).

A tutela definitiva, solução ideal para os conflitos do direito material, contudo, nem sempre é a mais efetiva no campo processual, porquanto, muitas vezes, demanda tempo excessivo de espera e traz o risco do perecimento do direito pretendido pelo autor. Ainda que a probabilidade de acerto da decisão seja maior quanto mais completa e aprofundada for a cognição, não é através da cognição plena e exauriente que sempre se garante a justiça das decisões e o atendimento a todas as garantias processuais, afinal, justiça lenta é, muitas vezes, injustiça manifesta, justiça vã e inútil.

O direito à cognição adequada à natureza da controvérsia faz parte, ao lado dos princípios do contraditório, da economia processual, da publicidade e de outros corolários, do conceito de “devido processo legal”, assegurado pelo art. 5º, LIV, da Constituição Federal. “Devido processo legal” é, em síntese, processo em procedimento adequado à realização plena de todos esses valores e princípios (WATANABE, 2012, p. 131).

2.3 A tutela diferenciada

Com o fito de neutralizar os efeitos maléficos do decurso do tempo sobre os direitos, ou por opção do legislador, torna-se imperativa a busca por outras formas de tornar o processo mais útil à sociedade, com base em atividades cognitivas reduzidas no plano horizontal e/ou vertical.

Dos predicados da boa tutela jurisdicional segundo as postulações da processualística moderna, a tempestividade é a razão que leva a lei a instituir esses meios mais céleres e indicar hipóteses em que eles são adequados. Nesses casos escolhidos discricionariamente pelo legislador, de dois modos o sistema impulsiona a celeridade processual: a) ao satisfazer-se com uma cognição superficial, ou seja, não exauriente no plano vertical; b) ao excluir o conhecimento de pretensões que virtualmente poderiam ser agregadas ao processo, ou de questões que poderiam ser suscitadas (DINAMARCO, 2009, p.767).

Fica a cargo da discricionariedade do legislador impor os limites à profundidade e à extensão da cognição, impondo um sem o outro ou até mesmo associando-os. Na legislação brasileira, além de algumas disposições no Código de Processo Civil, é possível identificar em leis esparsas diversas situações em que o processo corre com cognição limitada. À guisa de exemplo, tem-se as ações especiais como o mandado de segurança, em que se exige provas pré-constituídas, praticamente eliminando a fase instrutória em juízo.

Humberto Theodoro Júnior (2009, p. 47) ressalta que é característica do direito processual moderno, comprometido com a garantia da rápida e eficiente tutela dos direitos lesados ou ameaçados (artigo 5º, XXXV e LXXVII, da Constituição Federal), a criação de procedimentos diferenciados para fugir da tutela lenta e incompatível com as necessidades da fiel realização do direito material. Esses procedimentos diferenciados tanto podem ser ritos mais simples quanto à profundidade das questões, quanto com a redução das questões a serem deduzidas pelo autor e pelo réu.

A expressão tutela diferenciada, segundo João Batista Lopes (2009), significa o conjunto de técnicas e modelos para fazer o processo atuar de forma célere e eficaz, garantindo a adequada proteção dos direitos segundo as necessidades de cada caso concreto, obedecidos os princípios, regras e valores da ordem jurídica.

Neste trabalho são estudadas as mais utilizadas espécies de tutelas de urgência que são dadas ao jurisdicionado com base em um juízo de cognição limitada no plano vertical (cognição sumária), vistas com mais detalhes adiante.

Vale lembrar que o denominado procedimento sumário previsto no Código de Processo Civil, em que o *iter* procedimental é abreviado, é de cognição plena e exauriente com prestação de uma tutela definitiva, apto à formação de coisa julgada, não podendo ser confundido com o procedimento de cognição sumária, em que a profundidade da atividade cognitiva é limitada. Por conseguinte, procedimento sumário não pode ser confundido com tutela sumária.

2.4 A tutela de urgência

Dando força à garantia constitucional da razoável duração do processo, o Estado decidiu por proteger os litigantes mediante meios processuais mais ágeis e com fundamento em uma cognição sumária, limitada quanto à profundidade da cognição. São as denominadas tutelas de urgência, prestadas de forma rápida e assegurando, com isso, a utilidade do resultado.

As tutelas de urgência têm como traços em comum, além da sumariedade da cognição, a revogabilidade das decisões, podendo ser revistas pelo julgador a qualquer tempo. Pode-se falar, ainda, como consequência do limite da cognição, na prescindibilidade de um juízo de certeza, exigindo a lei apenas uma probabilidade razoável da existência do direito, que pode, ordinariamente, ser definida como *fumus boni iuris* (DINAMARCO, 2009, p. 166).

José Herval Sampaio Júnior (2011) afirma que o meio preponderante de materialização as tutelas de urgência, baseadas em juízo de cognição sumária, é através da utilização de liminares, que tornam possível ao jurisdicionado, preenchidos os requisitos de cada espécie, de maneira célere, alcançar o direito reivindicado através de uma prestação jurisdicional de caráter provisório.

A liminar deve ser compreendida como um instrumento de materialização de uma das tutelas de urgência, quer satisfativa ou antecipatória para alguns, quer cautelar, ou ambas ao mesmo tempo, ou seja, tão somente o veículo de transporte de que o Poder Judiciário se utiliza para salvaguardar uma tutela jurídica ou antecipar os seus efeitos no início do processo, sem a ouvida da outra parte, ou após justificação prévia, quando presentes os seus pressupostos, ante a possibilidade de perecimento do direito a ser preservado, ou até mesmo satisfeito (SAMPAIO JÚNIOR, 2011, p. 33).

Neste ponto, é imperioso ainda destacar que o Direito é indissociável do tempo. Este, contudo, tem sido um dos grandes dilemas daquele, tendo em vista as necessidades prementes, que não se coadunam com os longos e morosos procedimentos que regem o dia a dia jurídico. A grande luta do processo é, sem dúvida, com o tempo.

Muitas vezes, a busca pela satisfação de um direito depende de uma solução urgente, em que os litigantes não podem esperar os caprichos de uma jurisdição lenta e gélida.

Com a introdução na Constituição Federal da garantia fundamental a razoável duração do processo (artigo 5º, LXXVIII), a maior dificuldade passou a ser permitir a

aceleração procedimental, sem, todavia, deixar de respeitar outras garantias fundamentais envolvidas, repartindo-se o ônus do tempo do processo.

A preocupação exagerada apenas com a realização da cognição exauriente dificulta a percepção de que o ônus do tempo do processo não pode ser suportado apenas pelo autor. “A plenariedade será condizente com os anseios do demandado, enquanto a sumariedade corresponderá aos desejos do demandante” (PAIM, 2012, p. 22).

Em que pese a tradição no ordenamento jurídico brasileiro da prestação jurisdicional baseada em um juízo de cognição plena e exauriente, com a possibilidade de adoção de medidas de urgência com base em juízo de cognição sumária, viabiliza-se a distribuição do ônus do tempo do processo. Saliente-se que o reconhecimento sumário do direito provável do autor é mais salutar para o processo do que a salvaguarda de um direito improvável do réu.

Além de eliminar os efeitos maléficos causados pelo tempo do processo e da sumariedade da cognição judicial, a tutela de urgência tem como característica, ainda, a possibilidade de modificação ou revogação das decisões, a qualquer tempo, haja vista que não vinculam o magistrado quando do julgamento definitivo da causa.

É possível que, com a mudança no estado de fato, as medidas pleiteadas sejam insuficientes ou inadequadas para a nova feição da situação de urgência, hipótese em que haverá a necessidade de sua modificação ou de sua substituição por outra. Em todos esses casos poderá o juiz, com o novo fundamento de fato, revogar a medida anteriormente concedida, ou modificá-la, ajustando-a à nova situação (ZAVASCKI, 2009, p. 36-37).

Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 35) lembra que quando o juiz concede uma tutela em caráter de urgência, com cognição sumária no plano vertical, “nada declara, limitando-se a afirmar a probabilidade da existência de um direito, de modo que, aprofundada a cognição, nada impede que assevere que o direito que supôs existir na verdade não existe”.

2.5 As tutelas de urgência como instrumento de efetividade processual

De nada adiantaria deferir na Constituição o acesso à justiça sem a garantia respectiva de criação de condições ideais para a prestação jurisdicional, sob pena de a garantia teórica não passar de mera divagação.

Como é fácil perceber, a prestação da tutela definitiva não é instantânea. Entre o pedido e a efetiva entrega – período durante o qual se exercerão o contraditório e a ampla defesa – decorrerá, necessariamente, um razoável espaço de tempo, por mais sumário que seja o rito procedimental e por mais eficiente que sejam os serviços judiciários.

Apesar do processo com cognição exauriente que finda na tutela definitiva respeitar os princípios constitucionais relativos ao processo de forma mais ampla possível, a segurança jurídica recebeu tamanha ênfase no ordenamento jurídico-processual brasileiro que acabou por assegurar aos litigantes inúmeras oportunidades de manifestação e exaustivos recursos, que, de certa maneira, contribuíram para uma ineficácia de prestação jurisdicional.

No decorrer desse processo, quase sempre demorado e burocrático, muitas vezes torna-se necessária a resolução imediata de certos conflitos, sob pena do perecimento do direito material do demandante. Neste momento, deve-se diferenciar a tutela definitiva da tutela sumária. Esta será dada em qualquer fase processual na qual se faça necessária, seja antes mesmo de ouvida a parte contrária, seja em sede recursal. A importância, aqui, é evitar o perecimento do direito da parte e, desta forma, garantir uma prestação jurisdicional efetiva. Também não se pode deixar postergar a entrega do direito à parte, em razão da protelação da parte adversa sob o fundamento do devido processo legal, se não há mais controvérsia sobre os fatos objeto da lide.

A expansão das tutelas ou provimentos de urgência no ordenamento jurídico brasileiro se deve, portanto, às seguintes circunstâncias: a) busca de uma efetiva tutela jurisdicional; b) importância dada à tutela cautelar, com a destinação de um dos livros do Código de Processo Civil ao processo cautelar; e, principalmente, c) garantia da proteção à ameaça de lesão ao direito (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal).

Neste ponto é que se trava a tensão entre os princípios da efetividade da tutela jurisdicional e da segurança jurídica. Não se pode dar plena eficácia a um desses princípios sob pena de ser exterminada uma garantia individual prevista constitucionalmente.

Lembre-se que o autor de uma demanda tem, ao lado do direito à tutela jurisdicional decorrente do próprio direito material, o direito de ação adequada à tutela do

direito – o direito à tutela jurisdicional efetiva –, garantido pelo artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

A morosidade dos processos, ineliminável da liturgia da tutela ordinária, tem relevantes consequências práticas. Em primeiro lugar, impõe ao autor, que se afirma titular do direito, o inconveniente de não poder dispor desse direito desde logo, já que deve aguardar o lapso temporal em que se desenvolve o processo para sua certificação. Essa espera nem sempre é compatível com a natureza do direito afirmado, mormente quando ele deve ser usufruído imediatamente, sob pena de perecimento ou de dano grave. Por outro lado, é possível que, nesse mesmo lapso temporal, ocorram fatos que ponham em risco a execução da futura sentença confirmatória do direito.

A demora no processo, na verdade, acaba por lesar o princípio da igualdade. Na prática, é comum ver os mais fracos ou mais pobres, em virtude da lentidão da justiça, transacionar sobre seus direitos, abrindo mão de parcela da pretensão que provavelmente seria realizada, mas depois de muito tempo.

Em casos tais, insuficientes que são os mecanismos ordinários da prestação da tutela, faz-se mister, para que não fique comprometida a eficácia da função jurisdicional monopolizada pelo Estado, a adoção de medidas acautelatórias.

Nesse contexto, o sistema jurídico processual oferece, paralelamente à tutela definitiva, outra espécie de tutela jurisdicional, uma tutela diferenciada, consistente, em essência, na outorga de providências de dois tipos: a) providências antecipadoras do gozo do direito vindicado – as “tutelas antecipadas” e b) providências de garantia para o resultado útil do processo futuro – as “tutelas cautelares”.

Tais espécies de tutelas jurisdicionais, denominadas tutelas de urgência, nos dias atuais, ganham um espaço tão grande e às vezes até maior do que a própria tutela definitiva.

“A antecipação de tutela e a tutela cautelar surgem como formas de tornar efetiva a tutela jurisdicional, impondo restrições ao princípio da segurança jurídica, de forma a evitar o sacrifício do primeiro, sem contudo eliminar o segundo” (BOSSLE, 2001, p. 113).

As tutelas de urgência constituem o grande sinal de esperança em meio à crise que afeta a justiça civil. Trata-se de instrumento que, se corretamente aplicado, certamente contribuirá para a restauração da igualdade no procedimento.

Acerca das tutelas antecipadas, ressalta Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 23):

É preciso, portanto, que os operadores do Direito compreendam a importância do novo instituto e o usem de forma adequada. Não há razão para timidez no uso da

técnica antecipatória, pois o remédio surgiu para eliminar um mal que já está instalado [...] O juiz que se omite é tão nocivo quanto o juiz que julga mal. Prudência e equilíbrio não se confundem com medo, e a lentidão da Justiça exige que o juiz deixe de lado o comodismo do velho procedimento ordinário no qual alguns imaginam que ele não erra para assumir as responsabilidades de um novo juiz.

É necessário que o magistrado compreenda que não pode haver efetividade, em muitas hipóteses, sem riscos. As tutelas de urgência permitem perceber que não é só a ação que pode causar prejuízo, mas também a omissão. O juiz que se omite, que permite que o ônus do tempo corra o direito material, é tão nocivo quanto o juiz que julga mal.

CAPÍTULO 3 TUTELAS DE URGÊNCIA EM ESPÉCIE: TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPATÓRIA

Diante da constatação de que a prestação da tutela definitiva raramente é instantânea, em busca de uma tutela jurisdicional efetiva, faz-se necessária a utilização das tutelas de urgência, gênero do qual, sob a perspectiva da satisfatividade, a tutela cautelar e a tutela antecipada são espécies.

“Os dois modelos usam a cognição sumária, superficial ou limitada [...] para permitir que o juiz decida rapidamente sobre situações de fato e de direito, fornecendo a tutela imediata para a crise do direito material” (THEODORO JÚNIOR; ANDRADE, 2012, p. 17).

Apesar de haver previsão de tutelas de urgência de modo esparso em diversas leis processuais, o objetivo deste trabalho restringe-se à análise das tutelas de urgência previstas de modo geral na Lei nº 5.869/1973 (Código de Processo Civil), que está em vias de ser substituída por nova legislação que tramita no Congresso Nacional.

Importa ressaltar que alguns doutrinadores discordam da classificação que engloba todos os tipos de tutela antecipada como medidas de urgência, a exemplo de Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 46), que entende que “não é correto pensar que a *urgência* é a nota característica da tutela antecipatória [...]. É que aí faltaria lugar para a tutela antecipatória fundada em abuso de direito de defesa”. Aqui, todavia, adota-se o posicionamento de que, ainda que seja possível a antecipação da tutela em casos em que não esteja presente o requisito do *periculum in mora*, como se verá adiante, trata-se, em todas as hipóteses, de tutelas conferidos pelo Estado em caráter de urgência, com o fito de minimizar os efeitos do tempo no processo. Vale transcrever o que dizem alguns autores sobre a questão:

Para remediar tais situações aflitivas, a técnica processual excogitou certas medidas de urgência, caracterizadoras da *tutela jurisdicional antecipada* e da chamada *tutela cautelar*. Trata-se de técnicas teoricamente diferentes, endereçadas a situações diferentes, mas todas têm em comum o objetivo de neutralizar os efeitos maléficos do decurso do tempo sobre os direitos (DINAMARCO, 2009, p. 165).

De qualquer sorte, [...], é correto tratar das “tutelas de urgência” no direito processual civil brasileiro, a partir do que o Nosso Código de Processo Civil trata, em seu Livro III, como “processo cautelar”, sem olvidar da “tutela antecipada” que, para nós, tem expressa (e genérica) previsão no art. 273 do CPC, com a redação que lhe deu uma das diversas leis que vem empreendendo sua reforma, a Lei 8.952, de 13.12.1994 (BUENO, 2010, p. 156).

O conceito de urgência, que enseja tutela provisória, deve ser entendido em sentido amplo, mais amplo que o sentido pelo qual é geralmente adotado, ou seja, de representar situações aptas a gerar dano irreparável. A urgência, no sentido que aqui se utiliza, está presente em qualquer situação fática de risco ou embaraço à efetividade da jurisdição (ZAVASCKI, 2009, p. 29).

3.1 Tutela cautelar

O atual Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/1973) dedica o Livro III especialmente ao processo cautelar. Recebendo tratamento autônomo na legislação processual, a técnica cautelar foi a primeira espécie de tutela de urgência disponibilizado pelo legislador de forma genérica e abrangente. No Capítulo I (artigos 796 a 812), são tratadas as disposições gerais acerca do tema, e, no capítulo seguinte (artigos 813 a 889), os procedimentos cautelares específicos.

Não faz parte do escopo deste estudo falar acerca dos procedimentos cautelares específicos previstos no Capítulo II do Livro III do Código de Processo Civil, afinal, como se verá adiante, a sua extinção parece algo irreversível, permanecendo na novel legislação tão somente a essência da parte geral das medidas cautelares, ainda que sob nova denominação.

3.1.1 Conceito

As medidas cautelares surgiram com o objetivo de servir ao processo principal, seja processo de conhecimento, seja de execução. Não se prestam a assegurar o direito pretendido, mas, tão somente, preservá-lo. Diz-se, pois, que têm como elemento específico a prevenção. Tendem, em verdade, a assegurar a eficácia futura do processo principal, não se prestando para antecipar a decisão sobre o direito material, pois não é da sua natureza autorizar uma espécie de execução provisória.

Seja preparatória, apresentada antes da ação principal, seja incidental, apresentada paralelamente a uma ação que já está em andamento, na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado. A ideia de referibilidade advém da ligação entre a

tutela cautelar e a satisfativa, na medida em que a primeira destina-se tão somente a assegurar uma pretensão, pretensão esta que jamais poderá ser satisfeita por meio de uma tutela de simples segurança.

“A *tutela cautelar* não visa à satisfação de um direito (ressalvado, obviamente, o próprio direito à cautela), mas, sim, a assegurar a sua futura satisfação, protegendo-o” (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2011, p. 462).

Para Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 165), as cautelares são “medidas destinadas a proteger o processo em sua eficácia ou na qualidade do seu processo”; e completa afirmando que “resolvem-se em medidas de apoio ao processo – para que ele possa produzir resultados úteis e justos – e só indiretamente virão a favorecer o sujeito de direitos”.

José Herval Sampaio Júnior (2011, p. 43), por sua vez, esclarece que “a tutela cautelar não faz atuar o direito, mas apenas prepara os meios para que o provimento jurisdicional definitivo seja eficaz, útil e operante”.

Diz-se que as medidas cautelares diferenciam-se das demais formas de tutelas por serem instrumentais e temporárias. Instrumentais porque não têm um fim em si mesmas, prestando-se a assegurar o proveito prático de uma ulterior tutela definitiva satisfativa. São, em suma, instrumento de um outro instrumento. Temporárias, não provisórias, porque têm eficácia limitada no tempo. Neste ponto, vale destacar o que preceitua Ovídio Batista da Silva (2008, p. 57-59):

As medidas cautelares devem ser temporárias, não provisórias, de modo a atender às seguintes exigências:

a) Não deverão ter sua duração determinada pela emanção de uma providência definitiva *que as substitua*, mas haverão de durar enquanto dure o estado perigoso, e não mais!

[...]

b) As medidas cautelares deverão de consistir, sempre, numa forma de tutela jurisdicional diversa daquela que será a tutela satisfativa (realizadora) do direito segurado, devendo se limitarem a ser uma forma de proteção menor (*minus*), ou algo diferente (*aliud*) em relação à tutela satisfativa correspondente.

[...]

c) Se a medida cautelar deve durar enquanto existir o *estado perigoso*, então a exigência fundamental é que ela não crie uma *situação fática definitiva* ou uma situação cujos efeitos sejam irreversíveis.

A despeito de ter a finalidade plausível de proporcionar efetividade ao processo principal, não dispensam a propositura deste, o que ocasiona um inconveniente: a tutela cautelar, nos moldes atuais, via de regra, não prescinde da interposição de processo principal no qual se pleiteia a tutela cuja efetividade deve ser resguardada pelo provimento cautelar.

Nota-se, portanto, que a medida cautelar deve ser preparatória ou incidental a outro processo, pois a providência urgente não se sustenta por si só.

São as cautelares, por conseguinte, dependentes do processo principal, tendo como tempo de vida o suficiente para a preservação que se propõe. Não é à toa que o Código de Processo Civil, no seu artigo 806, prevê que, nos casos de medida cautelar concedida em caráter preparatório, a parte interessada deve propor a ação principal em até 30 (trinta) dias da data de efetivação da medida cautelar, afinal, a urgência tem que ser comprovada pelo seguimento incontínente da propositura da ação principal.

Não é de se estranhar, todavia, que o processo cautelar seja caracterizado como autônomo em relação ao principal. Aqui, deve-se observar que esta autonomia refere-se principalmente ao aspecto procedimental, na forma de uma certa autonomia finalística.

“Conquanto se possa reconhecer uma finalidade própria do processo cautelar, este tem como sua razão de ser o processo principal, cujo resultado visa tutelar, e em relação ao qual foi concebido” (ALVIM; ALVIM, 2003, p. 83).

Na verdade, o que se decide na ação cautelar é apenas se houve ou não risco para a efetividade ou utilidade do processo principal, e nunca se a parte tem ou não o direito subjetivo material que pretende opor à outra parte. A solução da lide fica inteiramente reservada para a função jurisdicional de cognição ou de execução, de maneira que, qualquer que seja a decisão do processo cautelar, não há reflexos, nem vantajosos nem perniciosos, sobre a decisão de mérito. E é justamente nisso que reside, com toda nitidez, a autonomia do processo cautelar (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 55).

Entretanto, diante da inefetividade do processo ordinário, muitos julgados, com fulcro no artigo 798 do Código de Processo Civil, começaram a admitir a possibilidade de concessão de medidas cautelares de cunho satisfativo, o que dispensaria o ajuizamento da ação principal. A ação cautelar inominada passou a ser utilizada de forma distorcida, tendo sido manipulada pelos operadores do direito como técnica de sumarização do processo de conhecimento. Confunde-se, assim, satisfatividade com definitividade, sendo que esta não é uma característica das cautelares. Não se deve esquecer que a tutela somente é definitiva quando a cognição é exauriente. Medida cautelar, ainda que satisfativa, só conserva a sua eficácia, tornado-se definitiva e fazendo coisa julgada material, quando houver o julgamento da ação principal.

A tutela satisfativa, quando de cognição sumária, exige o prosseguimento do contraditório, não só porque não pode haver coisa julgada material sem cognição exauriente (carga declaratória suficiente) como, também, porque o réu somente pode sofrer um prejuízo definitivo (que não pode mais ser questionado) em razão de uma sentença fundada em coisa julgada material (MARINONI, 2011, p. 103).

Com a reforma do Código de Processo Civil em 1994, criou-se a possibilidade de, dentro do processo de cognição exauriente, antecipar os efeitos da tutela pretendida. Eliminou-se, assim, a necessidade de o autor obter uma tutela sumária satisfativa valendo-se do artigo 798 da referida legislação, o que, em verdade, era um uso distorcido da ação cautelar para a obtenção de uma tutela antecipada.

3.1.2 Requisitos

Para a concessão de medidas cautelares adequadas, faz-se necessário o atendimento a dois requisitos: a *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Quanto à *fumus boni iuris*, não se exige para a concessão da tutela cautelar a existência do direito, mas, tão somente, a existência de um fundamento jurídico hábil a embasar a pretensão de mérito do autor pela simples probabilidade de que ela realmente exista. Deve-se analisar a plausibilidade do direito invocado na ação principal.

Pelo seu caráter de urgência, foi legitimado provimento jurisdicional baseado em um juízo de cognição sumária, sem a segurança de um julgamento fundado em um conhecimento pleno da demanda, capaz a conduzir a um juízo de certeza. Se o julgador fosse capaz de emitir um juízo de certeza baseado numa realidade evidente e indiscutível, não se trataria de uma tutela de segurança, mas sim definitiva.

“A cognição exauriente que o magistrado tivesse de desenvolver, quando fosse convocado para prestar tutela cautelar, além de supérflua e inútil, seria incompatível com a urgência que se presume existente” (SILVA, 2008, p. 60).

No que se refere ao requisito do *periculum in mora*, deve ser entendido como o risco processual de lesão grave e de difícil reparação, de forma que venha a impedir a efetividade futura da decisão de mérito. É o risco que corre o processo principal de se tornar inútil caso a proteção judicial demore.

Ovídio Batista da Silva (2008, p. 42) ressalta que “a tutela cautelar legitima-se porque o direito, carente de proteção imediata, poderia sofrer um dano irreparável, se tivesse de submeter-se às exigências do *procedimento ordinário*”.

É justamente dessa situação de perigo, do que vai derivar a urgência na concessão da medida, a fim de preservar incólume a situação e garantir, com isto, a plena realização do provimento a ser obtido no processo principal, que decorrerá outra característica da ação cautelar: a sumariada procedimental e cognitiva (ALVIM E ALVIM, 2003, p. 88).

3.1.3 O poder geral de cautela

Em razão do interesse do Estado em prover medidas cautelares, garantindo o resultado útil do processo principal, concebeu-se ao juiz o poder de determinar medidas diversas daquelas pretendidas pelo autor, de forma que, ao final, atinja-se a maior efetividade do processo. É o se extrai da dicção do artigo 798 do Código de Processo Civil.

Surgiu, com isso, o “poder geral de cautela”, tendo por fim permitir uma perfeita adaptabilidade da tutela cautelar ao caso concreto, fazendo com que a proteção da eficácia do processo principal seja a mais adequada possível. Trata-se, aqui, do princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares, segundo o qual o juiz poderá conceder alguma medida cautelar diversa daquela postulada pelo autor na petição inicial.

Há, destarte, medidas em que o próprio legislador define e regula suas condições de aplicação, e há também medidas que são criadas e deferidas pelo próprio juiz, diante de situação de perigo não previstas ou não reguladas expressamente em lei. Esse poder de criar providências de segurança, fora dos casos típicos já arrolados pelo Código, recebe, doutrinariamente, o nome de ‘poder geral de cautela’ (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 352).

Sobre a possibilidade de concessão de medidas cautelares de ofício com base no “poder geral de cautela”, diante da necessidade de se interpretar as normas de forma a conferir maior efetividade ao processo, é certo que a previsão do artigo 798 do Código de Processo Civil tem o alcance de permitir que o magistrado, de ofício, sem qualquer provocação das

partes, determine as medidas que julgar necessárias à segurança da demanda, afastando o princípio dispositivo.

No mesmo sentido, Andrea Carla Barbosa (2011) defende que hoje já há a possibilidade de o juiz, de ofício, determinar as medidas cautelares que julgar cabíveis, eis que é seu dever zelar pela própria atuação quando vir o direito ameaçado pela demora ínsita dos provimentos jurisdicionais.

3.2 Tutela antecipada

A possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela pretendida pelo autor foi introduzida no nosso ordenamento jurídico, como regra geral, através da Lei n° 8.952/1994, ao dar nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973, inserto no Livro I, “Do Processo de Conhecimento”.

Com a reforma de 1994, liderada pelos professores Sálvio de Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro, tornou-se inadmissível alguém buscar uma tutela sumária satisfativa com base no artigo 798 do Código de Processo Civil.

Posteriormente, com a entrada em vigor da Lei n° 10.444/2002, foi modificada a redação do artigo 273 do Código de Processo Civil, o que significou importante evolução do instituto ora analisado.

3.2.1 Conceito

Tutelar antecipadamente um direito significa antecipar, de forma provisória e revogável, os efeitos práticos da sentença de mérito, sem que seja formada a coisa julgada material. Não se trata de obter medida que impeça o perecimento do direito, ou que assegure ao seu titular o direito de exercê-lo no futuro. A medida antecipatória, apesar de não ter natureza condenatória, concede o exercício do próprio direito afirmado pelo autor.

“A *tutela antecipada* é decisão *provisória* (sumária e precária) que antecipa os efeitos da tutela definitiva – permite o seu gozo de imediato” (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2011, p. 469).

“A técnica antecipatória permite que se dê tratamento diferenciado aos direitos evidentes e aos direitos que correm risco de lesão [...] é realização de um direito que preexiste à sentença de cognição exauriente” (MARNINONI, 2011, p. 43-44)

Com a introdução da possibilidade de antecipação da tutela, o Código de Processo Civil ficou mais sensível à problemática da inefetividade do procedimento ordinário. A tutela antecipada funciona como um instrumento que, corretamente usado, contribui para a restauração da igualdade no procedimento, porquanto distribui o ônus do processo entre os litigantes.

“Ocorreu uma considerável valorização da efetividade, atribuindo-se ao juiz o poder de deferir medidas tipicamente executivas no curso do processo de conhecimento. Antecipam-se providências, mediante atos tipicamente executivos” (PAIM, 2012, p. 117).

Vê-se, pois, que a tutela antecipada encontra guarida na Constituição Federal, especialmente no artigo 5º, não só no inciso XXXV, que prevê o acesso à justiça, como também no inciso LIV, que garante o devido processo legal, e, finalmente, no inciso LXXVII, que assegura a todos a razoável duração do processo judicial e administrativo.

A técnica antecipatória, é bom que se diga, é uma técnica de distribuição do ônus do tempo do processo. A antecipação certamente eliminará uma das vantagens adicionais do réu contra o autor que não pode suportar, sem grave prejuízo, a lentidão da Jutiça (MARINONI, 2011, p. 23).

Embora a modalidade antecipação da tutela mais frequentemente utilizada e difundida na prática jurídica seja a referente às situações de risco de dano irreparável ou de difícil reparação, desde 1994, com a introdução do artigo 273 ao Código de Processo Civil, já se prevê modalidade de tutela baseada exclusivamente na evidência (também enquadrada como espécie de tutela de urgência, como visto alhures), fundada na verossimilhança da alegação e no propósito protelatório ou da natureza abusiva da defesa da parte ré. A introdução da tutela antecipada do pedido incontroverso, atualmente prevista no § 6º do artigo 273 do Código de Processo Civil, também é exemplo de tutela fundada na evidência.

3.2.2 Requisitos

Para obtenção da tutela antecipada, pela leitura do disposto no artigo 273 do Código de Processo Civil, são indispensáveis os seguintes requisitos: requerimento da parte, prova inequívoca e verossimilhança da alegação. Além destes, é preciso que seja identificado um dos seguintes requisitos complementares ou alternativos: fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, abuso do direito de defesa ou propósito protelatório do réu. Na hipótese de incontrovérsia de um ou mais pedidos, prescinde-se de quaisquer outros requisitos. Demais disso, não pode, como regra, haver antecipação de tutela quando os efeitos práticos antecipados forem irreversíveis.

Não há que se falar em motivação da decisão como requisito para concessão da tutela antecipada, como fez questão de destacar o legislador no § 1º do artigo 273 do Código de Processo Civil, haja vista que a obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais é comum a toda e qualquer decisão judicial, porquanto se trata de garantia constitucionalmente assegurada (artigo 93, IX), conforme explanado no Capítulo 1 deste estudo.

O *caput* do artigo 273 do Código de Processo Civil fala expressamente sobre a necessidade de requerimento da parte para a concessão da tutela antecipadamente, não podendo ser concedida de ofício. Ressalvadas as hipóteses expressamente previstas na legislação, este é o entendimento de clássicos doutrinadores, como Teori Albino Zavascki (2009) e Fredie Didier Júnior, Paulo Sarna Braga e Rafael Oliveira (2011). Entendem estes autores que esse posicionamento se coaduna com o princípio da congruência adotado pelo Código de Processo Civil nos artigos 128 e 460². Ademais, em caso de permissão de concessão de ofício, surgiria a indagação sobre quem arcaria com possíveis prejuízos causados ao adversário se a decisão fosse revista (responsabilidade objetiva do beneficiário da tutela prevista no artigo 475-O, I, do Código de Processo Civil³)

Há, contudo, o que parece ser a posição mais acertada, quem reconheça a possibilidade de antecipação da tutela de ofício em casos não expressamente previstos em lei.

² Art. 128. O juiz só decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

³ Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

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

Entendem esses autores que, ainda que não tenha sido formulado pedido, a concessão *ex officio* seria a única maneira de preservar a utilidade do resultado do processo. Não haveria violação a regra da inércia da jurisdição, pois, em verdade, o juiz estaria apenas antecipando os efeitos fáticos de um pedido formulado pelo demandante, e não indo além ou fora dos seus limites.

Nesse sentido é o entendimento de Maria Rita de Carvalho Melo (2012, p. 63), que apenas ressalva que “é necessário que tenha se iniciado uma relação processual, afastando-se assim o proibido início *ex officio* do processo”. Também o de Cássio Scarpinella Bueno (2004, p. 33):

Se o advogado é despreparado ou desatinado e não fez o requerimento de antecipação de tutela, não é por isso que o juiz estará impedido de realizar o valor ‘efetividade’, mormente quando verificar a presença dos demais pressupostos para a concessão, sobretudo nos casos do art. 273, I, do CPC. E, se não for o caso de urgência, seria o caso de o juiz determinar a emenda da inicial, dando uma ampla interpretação ao art. 284, do CPC.

Da mesma forma, preconiza Bruno Garcia Redondo (2010, p. 331):

Compartilhamos do entendimento que admite o deferimento, *de ofício* pelo magistrado, de qualquer espécie de tutela de urgência, seja cautelar, seja satisfativa (conhecida como “tutela antecipada”). Em que pese se tratar de posicionamento minoritário em doutrina, este é o que se revela mais adequado, já que, sendo a tutela de urgência cautelar e a tutela de urgência satisfativa duas espécies do mesmo gênero, o regime jurídico das tutelas de urgência deve ser unificado, e, portanto, sistemática a interpretação de todos os dispositivos do Código de Processo Civil a ele referentes.

Em relação ao requisito da prova inequívoca e da verossimilhança da alegação, tem-se que a prova inequívoca não é aquela que leva a um juízo de certeza absoluto do direito alegado. Deve ser entendida como uma prova segura, evidente e robusta que, embora no âmbito de cognição sumária, seja suficiente para convencer o julgador da verossimilhança do direito alegado, de tal forma que a seu respeito não se possa levantar dúvida razoável.

Impende destacar que possuem a mesma eficácia da prova inequívoca os fatos que não dependem de prova, elencados no artigo 334 do Código de Processo Civil⁴.

⁴ Art. 334. Não dependem de prova os fatos: I – notórios; II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III – admitidos, no processo, como incontroversos.

No mais, entende-se por verossimilhante o que tem aparência ou é semelhante à verdade. Consiste em um alto grau de probabilidade, mas afasta-se a certeza absoluta. A partir da prova inequívoca, o juiz deve ter forte convicção da proximidade das alegações com o direito, a fim de conceder a tutela antecipadamente. A prova inequívoca para que o magistrado se convença da verossimilhança do direito alegado é mais robusta do que a aparência do bom direito necessária à concessão das medidas cautelares.

Segundo Cássio Scarpinella Bueno (2010), os pressupostos de prova inequívoca e verossimilhança da alegação exigem do julgador uma cognição que, sem perder o caráter de sumariedade, é mais profunda do que a *fumus boni iuris* necessário à concessão das tutelas cautelares.

Diferentemente do que ocorre no processo cautelar (onde há juízo de *plausabilidade* quanto ao direito e de *probabilidade* quanto aos fatos alegados), a antecipação da tutela de mérito supõe *verossimilhança* quanto ao fundamento do direito, que decorre de (relativa) *certeza* quanto à verdade dos fatos (ZAVASCKI, 2009, p. 79).

O conceito de dano irreparável ou de difícil reparação assemelha-se ao do *periculum in mora* necessário às medidas cautelares. Trata-se, em síntese, do receio de que o autor sofra algum grave prejuízo. O risco de dano deve ser concreto e não hipotético, além de ser atual e grave, não podendo ser fundamentado em mero temor subjetivo da parte interessada.

No tocante à concessão da tutela antecipada baseada no abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, o seu fundamento encontra-se na efetividade do processo. Não há, na hipótese, um caráter punitivo, mas apenas a prestação de uma tutela que resta evidente, que não deve ser postergada, sob pena de se conduzir à injustiça.

Destaque-se que não se quer obstruir o direito do réu a ampla defesa, mas, sim, redistribuir o ônus do tempo do processo, fazendo com que a parte contrária, que conta com probabilidade mínima de êxito, suporte a demora provocada.

“A bem da verdade, são necessários instrumentos que desencorajem a prática de atos meramente protelatórios, tendo em vista que a duração do processo, às vezes, traz vantagens econômicas e, de olho nelas, a resposta do réu poderá se desviar das linhas da lealdade” (PAIM, 2012, p. 129).

Relativo ao requisito negativo da reversibilidade do provimento, o § 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil assevera que a tutela não será concedida quando houver

perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. A grande maioria dos doutrinadores, entretanto, com fundamento no princípio da proporcionalidade, flexibilizam o dispositivo legal para permitir a antecipação dos efeitos da tutela em situações em que o direito a ser protegido for mais relevante e mais evidente do que o da parte contrária, especialmente quando se trata do direito à vida.

Neste sentido:

É dado ao magistrado *ponderar* as situações de cada um dos litigantes para verificar, diante de determinados pressupostos, qual merece proteção [...], mesmo que isso signifique colocar em situação de *irreversibilidade* a outra. É por intermédio desse princípio que o magistrado consegue medir os valores diversos dos bens jurídicos postos em conflito e decidir, concretamente, qual deve proteger em detrimento do outro (BUENO, 2010, p. 175).

Para Luiz Fux (2008, p. 80-81), a “denegação por força da irreversibilidade retrata impossibilidade jurídica odiosa criada pela lei” e completa afirmando que “há providências urgentes cujos resultados são irreversíveis e não obstante devem ser deferidas”.

Por fim, a concessão da tutela antecipada baseada em pedido incontroverso tem guarida no § 6º do artigo 273 do Código de Processo Civil, que cuida de uma exceção às demais hipóteses previstas para esse tipo de tutela de urgência, afinal, tratando-se de pedido incontroverso, pode-se dizer que não há apenas antecipação dos efeitos, mas, sim, parte da própria tutela definitiva, sujeita a cognição exauriente. Ainda que seja concedida através de uma decisão interlocutória, verifica-se a força de sentença.

Segundo Maria Rita de Carvalho Melo (2010, p. 40-41), na hipótese do pedido incontroverso, a formação da coisa julgada é questão de política legislativa, pois o julgador preferiu manter a possibilidade de revogação ou modificação da tutela antecipada, o que não modifica o caráter exauriente e não definitivo da cognição. Nesse caso, não são apenas os efeitos práticos que são concedidos de forma adiantada, mas é parte do objeto da tutela dita definitiva que é antecipada, mesmo de forma provisória e revogável.

3.2.3 Breve comentário sobre a tutela antecipada nas ações de obrigação de fazer, não fazer e de entregar coisa

Apesar de não ser o objeto deste trabalho analisar a possibilidade de concessão de tutelas de urgência em caráter específico, como ocorre em relação às tutelas antecipadas nas obrigações de fazer, não fazer e de entrega de coisa, vale tecer um breve comentário.

A tutela inibitória constitui uma nova classe de tutela, diferente da repressiva ou preventiva. Vai mais além do que prevenir, na medida em que visa a impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito. É tratada no artigo 461 do Código de Processo Civil, que teve a sua redação alterada pela Lei nº 8.952/1994, em cujo *caput* ficou estabelecido que “na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento”.

A nova redação teve a preocupação de estabelecer a substituição da obrigação específica inadimplida por outra que assegurasse resultado prático equivalente, sob pena de estabelecimento de meios executórios de coerção, inclusive através de medidas inominadas.

Em busca de uma tutela realmente efetiva, o legislador não se limitou a tratar a tutela específica. Preocupou-se com os efeitos maléficos do tempo sobre a parte titular do direito e, assim, permitiu, também nesses casos, a hipótese de antecipação da decisão definitiva em caráter incidental, presentes os requisitos da relevância dos fundamentos e da ineficácia do provimento final (§ 3º do artigo 461 do Código de Processo Civil), similares aos previstos no artigo 273, I, do Código de Processo Civil.

“Assim, além de prever meios executórios de coerção e de subrogação para atender o direito de modo específico, e não por sucedâneos, previu o legislador mecanismo para que a tutela jurisdicional chegue ao seu destinatário em tempo hábil” (ZAVASCKI, 2009, p. 171).

Com o advento da Lei nº 10.444/2002, acrescentou-se ao Código de Processo Civil o artigo 461-A, cujo *caput* preconiza que “na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação”, aplicando-se a esse tipo de tutela específica o disposto nos §§ 1º a 6º do artigo 461 do Código de Processo Civil. Desta forma, também para as ações de entrega de coisa, resta previsto na legislação a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela, eliminando os males do tempo.

3.3 Traços distintivos entre as tutelas cautelares e antecipatórias

Apesar de alguns operadores do direito confundirem os institutos da tutela cautelar e da antecipação da tutela – talvez pelo fato que terem em comum a ausência de força para existirem independentemente do processo principal, necessitando de confirmação ou incorporação em uma decisão posterior de cognição exauriente –, há traços distintivos claros que diferenciam esses dois tipos de tutelas de urgência.

A principal diferença entre as duas espécies é, como já visto, o resultado prático das medidas. A tutela antecipada, como o nome sugere, antecipa os efeitos práticos da decisão final de mérito. Há uma execução antecipada, execução para segurança. A cautelar, por sua vez, não tem essa pretensão, mas, tão somente, garantir uma futura certificação ou execução, ainda que o resultado prático não guarde relação com a satisfação do direito afirmado na ação principal. O conteúdo do provimento cautelar é autônomo em relação ao da tutela definitiva. É a segurança para uma futura execução.

Enquanto as tutelas cautelares são postuladas em ação autônoma, salvo nas hipóteses de fungibilidade previstas no § 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil, as medidas antecipatórias são postuladas no próprio processo de conhecimento, na própria ação destinada a obter a tutela definitiva, concedidas mediante decisão interlocutória.

A tutela cautelar tem caráter temporário, com duração limitada no tempo. A antecipada, por seu turno, embora provisória, pode ter os seus efeitos perenizados se confirmada pela sentença de mérito definitiva.

A distinção entre o que é provisório e o que é temporário, nos termos como posta por Calamandrei, é elemento de relevo para distinguir medidas antecipatórias e medidas cautelares propriamente ditas. As primeiras são provisórias, porque destinadas a durar até que sobrevenha a tutela definitiva, *que as sucederá*, com eficácia semelhante; já as cautelares são temporárias, porque, vocacionadas a ter eficácia limitada no tempo, *não serão, no entanto, sucedidas* por outra medida de igual natureza (ZAVASCKI, 2009, p. 35).

Enquanto na tutela cautelar exige-se a plausibilidade do direito acautelado, para a antecipação da tutela é indispensável a verossimilhança fundada em prova inequívoca do direito a ser satisfeito, o que dispensa um maior juízo de certeza. Neste ponto, salienta Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 171):

Não há qualquer lógica na distinção entre a convicção da verossimilhança própria à tutela antecipatória e aquela característica à tutela cautelar. Com efeito, é um enorme equívoco imaginar que a verossimilhança possa variar conforme se esteja diante da tutela cautelar ou da tutela antecipatória. Trata-se apenas de uma tentativa, evidentemente destituída de êxito, de empregar a lógica matemática para demonstrar algo que não pode ser por ela explicado.

A urgência que enseja o deferimento da medida antecipatória é do próprio direito pleiteado. Já na medida cautelar, a urgência encontra-se no direito referido, aquele que se afirma na ação principal.

3.4 Fungibilidade entre as tutelas cautelares e antecipatórias

O conceito de fungibilidade no ordenamento jurídico brasileiro é entendido como aquilo que permite a possibilidade de utilização de uma coisa que substitua outra, de modo que não haja prejuízo para as partes.

Nas tutelas cautelares, o princípio da fungibilidade incide quando a legislação processual permite ao julgador deferir medida diversa da solicitada pelo litigante, de modo que a medida estipulada pelo julgador seja a mais adequada ao caso concreto.

Pode-se dizer, por certo, que a fungibilidade das tutelas de urgência (cautelar e antecipatória) teve início com a dificuldade dos operadores do direito em saber qual a tutela é a mais adequada em determinados casos. Já há algum tempo, a doutrina processual vem sinalizando no sentido de que as medidas antecipatórias (satisfativas) e as cautelares em sentido estrito (conservativas) são espécies do mesmo gênero, qual seja, o das tutelas sumárias e urgentes.

Tanto assim que, desde a entrada em vigor da Lei nº 10.444/2002, com o acréscimo do § 7º ao artigo 273 do Código de Processo Civil, conferiu-se fungibilidade aos provimentos de urgência satisfativos e conservativos, ao prever que “se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”. É lícito ao juiz, portanto, conceder uma tutela diferente da pretendida, de modo que a forma em que a ação é proposta em juízo não prejudique o direito do jurisdicionado à tutela adequada. Admite-se, dessa forma, a possibilidade de concessão de

tutela cautelar incidentalmente no processo de conhecimento, fora do âmbito do processo cautelar.

A simples leitura do § 7º ao artigo 273 do Código de Processo Civil leva a conclusão que não está permitida a fungibilidade de tutela antecipada cautelar para tutela antecipada satisfativa, essa mais rigorosa do que aquela.

Porém, entende Ricardo de Barros Leonel (2011, p. 185) que:

A situação inversa – concessão de antecipação da tutela em caráter preparatório, por meio de ação cautelar autônoma – também deve ser compreendida, sistematicamente, como perfeitamente possível, na medida em que a fungibilidade é uma via de mão dupla.

No mesmo sentido é o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco *apud* Didier; Braga; Oliveira, 2011, p. 483, para quem “também quando feito um pedido a título de medida cautelar, o juiz está autorizado a conceder a medida a título de antecipação de tutela, se esse for seu entendimento e os pressupostos estiverem satisfeitos”.

A concepção tradicional, que entende que a ação de natureza cautelar deveria ser sempre uma demanda autônoma, inconfundível com a antecipação, bem como de que são os dois institutos fundados em pressupostos distintos, deve ceder espaço à realidade fática. O aspecto funcional, bem como a instrumentalidade de ambas com relação à efetiva satisfação do direito, demonstra que estão a merecer, antecipatórias ou cautelares, tratamento definitivamente homogêneo, como preconiza o Projeto do Novo Código de Processo Civil, como se verá adiante.

Também é assim que entendem Adriane Medianeira Toledo e Paulo César Carpes Rubim Júnior (2008, p. 77):

Poderá o autor formular sua pretensão em juízo com a certeza de que independente dado a sua pretensão, antecipatória ou cautelar, ela terá seguimento, e apesar de se tratar de tutelas totalmente distintas, de procedimentos distintos, o julgador terá que apreciá-la, não importando as vias formais da pretensão, desde que preenchidos os requisitos da medida a ser substituída.

Assumindo um posicionamento intermediário e mais coerente com a realidade da processualística, Fredie Didier Júnior, Paulo Sarno Braga e Rafael Oliveira (2011, p. 486) lecionam que seria necessária uma conversão do processo cautelar em processo de

conhecimento para que houvesse a possibilidade da conversão do pedido cautelar em pedido de natureza satisfativa. Confira-se:

É razoável defender a fungibilidade “progressiva” da tutela provisória, desde que acompanhada de uma mudança (conversão) do procedimento. Vislumbramos solução intermediária, sugerida principalmente para os magistrados, como homenagem ao princípio da instrumentalidade.

Se a parte requerer medida antecipatória satisfativa via processo cautelar, e o magistrado entender que os seus requisitos estão preenchidos, deve ele conceder a medida, desde que determine a conversão do procedimento para o rito comum (ordinário ou sumário, conforme seja), intimando o autor para que proceda, se assim o desejar ou for necessário, às devidas adaptações em sua petição inicial, antes da citação do réu.

CAPITULO 4 AS TUTELAS DE URGÊNCIA (E DE EVIDÊNCIA) NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

4.1 O Novo Código de Processo Civil

Não é de hoje que se fala na necessidade de um Novo Código de Processo Civil. Em tramitação no Congresso Nacional desde 2010, o Projeto de Lei n° 166 (atual Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n° 8.046/2010, após alterações e aprovação no Senado Federal) tem como um dos seus fins propiciar ao cidadão uma efetiva tutela dos direitos, direito fundamental elencado na Constituição Federal de 1988. O atual código, vigente desde 1973, não foi pensado à luz dos direitos fundamentais constitucionalizados na Carta Magna de 1988.

Elaborado por uma comissão de juristas, presidida pelo Ministro Luiz Fux, o projeto privilegia a simplicidade da linguagem e da ação processual, a celeridade do processo e a efetividade do resultado da ação, além do estímulo à inovação e à modernização de procedimentos, garantido o respeito ao devido processo legal.

É de se destacar que o dever de tornar o processo mais útil ao direito material não é apenas do Poder Legislativo, mas também do juiz, ainda que não receba arcabouço legislativo adequado na via ordinária. Afinal, decorre do princípio da adequação que não se pode admitir que o direito fundamental a uma tutela jurisdicional adequada fique sem proteção a pretexto de não se ter uma legislação processual própria para aquele caso específico levado a juízo.

Como asseverou Luiz Guilherme Marinoni (2004, p. 289):

Isso tudo é reflexo do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, que se dirige não apenas contra o legislador, obrigando-o a edição do procedimento judicial adequado, mas também contra o juiz, que deve prestar a efetiva tutela ao direito material e ao caso concreto.

Inaugurada, pois, uma nova ordem constitucional em 1988, a razão de ser de toda e qualquer interpretação de lei deve passar pela Carta Magna, principalmente pelos direitos fundamentais ali elencados. “Se essa ruptura deslocou o centro de atenção da lei para os direitos fundamentais, protegê-los exige legislação processual adequada e uma atuação do juiz

condizente com a necessidade” (PEREIRA FILHO, 2011, p. 50). Em síntese, é preciso analisar o projeto do Novo Código de Processo Civil de um local privilegiado, da Constituição Federal.

Da análise do Projeto de Lei n° 8.046/2010, como se percebe da dicção dos artigos 3°, 4°, 5°, 6°, 9°, 10 e 11⁵, verifica-se a preocupação com a vinculação total e irrestrita à Constituição. Para tal, foram simplificados procedimentos, eliminados procedimentos desnecessários, ampliadas as possibilidades de resposta, racionalizados os usos dos recursos e estimuladas as atuações de conciliadores e mediadores.

Vale destacar, ainda, que o projeto valoriza especialmente o diálogo entre os litigantes e o juiz, conferindo-lhes condições de adaptar os procedimentos às exigências específicas do processo.

Entre as principais modificações trazidas pelo projeto do Novo Código de Processo Civil, Luiz Fux (2011) destaca, em síntese, as seguintes:

- i) Inserção no processo de conhecimento de antigos procedimentos especiais;
- ii) Adoção de um procedimento comum para o processo de conhecimento, adaptável pelo magistrado de acordo com o caso concreto;
- iii) Fim das desnecessárias reconvenções, considerando que todas as ações são dúplices e podem ser decididas em conjunto, julgando as aspirações de ambas as partes;
- iv) Necessidade de ouvida das partes nas decisões de ofício;
- v) Simplificação do instituto da conexão;
- vi) Redefinição do litisconsórcio necessário e unitário;

⁵ Art. 3° Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, ressalvados os litígios voluntariamente submetidos à solução arbitral, na forma da lei.

Art. 4° As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa.

Art. 5° As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência.

Art. 6° Ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

Art. 9°. Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento de direito.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício.

Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica aos casos de tutela de urgência e nas hipóteses do art. 307.

Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada somente a presença das partes, de seus advogados ou defensores públicos, ou ainda, quando for o caso, do Ministério Público.

- vii) Estabelecimento que todas as questões que, hoje, compõem processos incidentes, passam a integrar as preliminares da contestação; Eliminação da preclusão quanto à irrisignação em relação às preliminares formais;
- viii) Unificação dos prazos processuais, via de regra, contado em dias úteis;
- ix) Eliminação do livro do processo cautelar e criação de um título que versa sobre as tutelas de urgência e de evidência, sejam medidas de natureza cautelar ou satisfativas;
- x) Eficácia imediata das astreintes;
- xi) Modulação dos efeitos da decisão que é tida, *a posteriori*, como inconstitucional;
- xii) Habilitação do magistrado a expedir medidas mandamentais capazes de assegurar a efetivação da justiça;
- xiii) Utilização de um recurso único da sentença englobando todas as decisões incidentes, limitação do uso do agravo de instrumento, supressão dos embargos infringentes, juízo de admissibilidade dos recursos privativo do juízo *ad quem*, fungibilidade dos recursos especiais e extraordinários;
- xiv) Alargamento do incidente de resolução de ações repetitivas.

Diante da necessidade de um recorte temporal na matéria aqui tratada, porquanto o Projeto de lei nº 8.046/2010 está em tramitação na Câmara dos Deputados, sujeito, pois, a modificações constantes, analisa-se, neste trabalho, o projeto nos moldes em que foi enviado à referida casa legislativa em 22/12/2010, após aprovação no Senado Federal.

Ao final deste capítulo, entretanto, serão lançados breves apontamentos sobre as propostas de alterações decorrentes do parecer elaborado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados, formada para analisar o projeto, datado de 19/09/2012.

4.2 As medidas cautelares e as tutelas antecipatórias no Novo Código de Processo Civil

O Novo Código de Processo Civil, assim como o vigente, divide-se em cinco livros. Contudo, do ponto de vista de organicidade, o projeto aprimorou a divisão do código atual, observando maior rigor técnico e metodológico.

Na parte que aqui interessa, vale destacar que o projeto de lei deixa de atribuir natureza típica e procedimento específico a determinadas medidas de cunho cautelar, extinguindo o Livro III do vigente Código Processo Civil, “Do Processo Cautelar”. Subsistem o Livro II, “Do Processo de Conhecimento”, e o Livro III, “Da execução”.

O projeto de lei do novo Código de Processo Civil não mais contempla o procedimento específico hoje previsto para as cautelares, não afastando, todavia, a existência de algumas poucas medidas cautelares específicas espalhadas ao longo do texto, como é o caso da produção antecipada de provas, relocada para o capítulo do projeto relativo ao temas das provas.

Segundo Alvim (2011, p. 41):

Isso responde a uma tendência do direito brasileiro, em que se expandiram as medidas cautelares e de urgência, de tal modo que já não se justifica a manutenção de procedimentos cautelares típicos, diante da grande liberdade para decidir adjudicada ao Judiciário.

Em suma, as cautelares, via de regra, juntaram-se as medidas antecipatórias, uniformizando-se os procedimentos das duas espécies de tutela de cognição sumária, sujeitas, agora, a um regime jurídico único. Essa nova solução é resultado da instrumentalidade processual.

A bem da verdade, desde o surgimento no ordenamento pátrio da possibilidade de antecipação dos efeitos práticos da tutela pretendida nos próprios autos da causa, ainda mais com a previsão da fungibilidade entre as medidas prevista no § 7º do artigo 273 do código vigente, tornou-se incongruente exigir um processo em apartado, com autuação, citação, contestação etc. para que as partes postulassem, no curso da demanda, a concessão de medida cautelar (CARNEIRO, 2006, p. 73).

Com isso, percebe-se nítida e forte preocupação com a celeridade do processo, cuja antítese se instalou nos juízos e tribunais do Brasil, corroendo a confiança dos jurisdicionados no Poder Judiciário e a efetividade da tutela jurisdicional prestada.

A retirada da autonomia do processo cautelar, se bem compreendida, não fará falta alguma, já que agora poderemos ter a concessão desse tipo de medida em qualquer tempo e inclusive antes da instauração do processo principal, o que chamaremos de medida cautelar antecedente (SAMPAIO JÚNIOR, 2011, p. 37).

No novo Livro I, intitulado “Parte Geral” (O Livro I do código vigente, “Do Processo de Conhecimento”, já contém disposições correspondentes à parte geral, mas juntas com as normas que dizem respeito ao processo de conhecimento), privilegia-se a

instrumentalidade da tutela de urgência – assim entendidas as medidas antecipatórias e acautelatórias, adequadamente reguladas –, em conjunto com a tutela de evidência, enquadrando-se como espécies de tutela jurisdicional que se submetem a procedimentos e princípios comuns.

Atualmente, importa lembrar que se consideram medidas cautelares e tutelas antecipatórias como espécies do gênero tutelas de urgência, ainda que ausente o requisito de dano irreparável ou de difícil reparação. A nova legislação não suprime a diferenciação material entre medidas cautelares e antecipatórias, sendo certo que a inovação é apenas procedimental; todavia, elimina a existência de procedimentos distintos e passa a dar uma nova denominação às tutelas baseadas em cognição sumária, dividindo-as em tutelas de urgência e tutela de evidência.

A unificação procedimental para a concessão de medidas de natureza cautelar ou satisfativa traduz um importante modelo de simplificação do processo e, assim, atua diretamente na implementação da garantia da razoável duração do processo (artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal), que, por consequência, finda em maior efetividade processual.

Na exposição de motivos, a comissão encarregada do novo Código de Processo Civil afirma:

Extinguiram-se também as ações cautelares nominadas. Adotou-se a regra no sentido que basta à parte a demonstração do *fumus boni iuris* e do perigo de ineficácia da prestação jurisdicional para que a providência pleiteada deva ser deferida. Disciplina-se também a tutela sumária que visa a proteger o direito evidente, independentemente de *periculum in mora* (SOUZA, 2011, p. 6).

Já no primeiro artigo do Título IX do Livro I do Projeto de Lei nº 8.046/2010 (artigo 269), intitulado “Tutela de urgência e tutela de evidência”, nas disposições comuns, resta clara a uniformização procedimental pretendida, mantida a diferenciação conceitual de cada uma das medidas, como fez questão de destacar o legislador.

“O Título divide os procedimentos sumários em (a) de urgência, satisfativas ou cautelares e (b) da evidência, independente da configuração do *periculum in mora*” (ARAÚJO, 2012, p. 211).

Art. 269. A tutela de urgência e a tutela de evidência podem ser requeridas antes ou no curso do processo, sejam essas medidas de natureza satisfativa ou cautelar.
§ 1º São medidas satisfativas as que visam a antecipar ao autor, no todo ou em parte, os efeitos da tutela pretendida
§ 2º São medidas cautelares as que visam a afastar riscos e assegurar o resultado útil do processo.

Como explica Alexandre Mota Brandão (2011), o projeto aproxima-se do modelo alemão de processo civil, pois, além de não prever um título específico para o processo cautelar, tratando apenas de relance a matéria em um dos capítulos reservados ao processo de conhecimento, submete a tutela cautelar e a antecipação da tutela aos mesmos requisitos, simplificando o processo e, por consequência, minimizando o problema da morosidade.

Veja-se, ainda, que tanto a tutela cautelar quanto a antecipação da tutela podem ser concedidas em caráter antecedente ou incidental. Requerida incidentalmente, o pedido principal deve ser formulado no bojo da relação processual já estabelecida, dispensando-se um novo processo, como prevê o artigo 286 do projeto. Se o pleito for antecedente, o pedido principal, se necessário, será formulado nos mesmos autos, conforme dispõe o artigo 282, § 1º, do projeto. Por conseguinte, elimina-se a duplicidade de processos. O modelo hoje previsto no Código de Processo Civil, que traz as cautelares como feitos autônomos, mostrou-se desnecessário e contraproducente.

O projeto aprimora a disciplina vigente quando cuida da exigência especial de uma fundamentação mais delicada quanto à matéria. No artigo 271 do Projeto de lei nº 8.046/2010, lê-se a imprescindibilidade de o juiz indicar, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento quando decidir negar ou conceder as tutelas de urgência ou de evidência. Tal exigência, já garantida constitucionalmente (artigo 93, IX), mereceu uma ressalva a mais porque no novel dispositivo as decisões referentes às tutelas de urgência e de evidência terão maior estabilidade do que têm no sistema atual, ainda que de coisa julgada não se trate.

No artigo 272, apresenta as regras relativas à competência para conhecimento das ações que requerem tutelas de urgência ou evidência, ressaltando que, em se tratando de medidas antecedentes, o futuro processo principal deve ser ajuizado no mesmo juízo competente que conheceu da tutela sumária.

Anda bem o projeto, ainda, ao extirpar o requisito da reversibilidade do provimento para concessão da tutela antecipada, previsto atualmente no artigo 273, § 2º do Código de Processo Civil. Seguindo entendimento doutrinário e jurisprudencial, deixa-se para o juiz a discricionariedade de ponderar, no caso concreto, os direitos envolvidos.

A seguir, serão detalhadas as duas espécies de tutelas de caráter geral baseadas em cognição sumária previstas no Novo Código de Processo Civil, as tutelas de urgência e as tutelas de evidência.

4.3 Tutela de urgência

O Projeto de lei nº 8.046/2010 regula a tutela de urgência no seu artigo 276.

Art. 276. A tutela de urgência será concedida quando forem demonstrados elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como o risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

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

A proposta sintetizou em dois os requisitos necessários à concessão das medidas de urgência, independentemente da natureza, cautelar ou satisfativa, quais sejam: a) a plausibilidade do direito e b) o risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

Perceba-se que, diferente do Código de Processo Civil vigente, que tem como requisito para a concessão da tutela cautelar apenas a *fumus boni iuris* e para a tutela antecipada a verossimilhança da alegação, no projeto, é necessário apenas o requisito previsto atualmente para as medidas cautelares, ainda que seja de natureza satisfativa a pretensão do demandante.

Com essa unificação de requisitos, “não haverá mais espaço [...] para discussões envolvendo o grau ou nível de intensidade cognitiva exigido para a concessão do provimento cautelar ou antecipatório” (BARBOSA, 2011, p. 245).

A unificação sistemática das tutelas de urgência exclui a utilidade prática de indagações acerca da natureza de certas medidas a que alguns atribuem natureza cautelar e outros, antecipatória. Inseridas no contexto de medidas de urgência, sem a preocupação por investigar em qual espécie se contém, dispensam-se os requisitos da precisão conceitual (DINAMARCO, 2009, p. 168).

Diante da alteração legislativa, elimina-se qualquer dúvida acerca da fungibilidade de via dupla entre as medidas cautelares ou antecipatórias (hoje prevista no artigo 273, § 7º, com algumas restrições), especialmente pela necessidade de atendimento aos mesmos requisitos para concessão. A depender da necessidade concreta manifestada pelo direito material, deve ser deferida a medida adequada a atender tal necessidade, independente do que foi postulado pelo requerente.

Relativamente às tutelas de urgência contra o ilícito, observa-se que o Novo Código de Processo Civil deixou de prever o que hoje está disposto no artigo 461 do Código de Processo Civil. Com efeito, verifica-se que o artigo 276 do projeto condiciona a concessão da medida urgente ao risco de dano irreparável ou de difícil reparação, mas deixa de prever a medida para a contenção de um ilícito.

No artigo 277 do projeto surge uma grande inovação ao permitir a concessão de medidas de urgência de ofício: “em casos excepcionais ou expressamente previstos por lei, o juiz poderá conceder medidas de urgência de ofício”. Desta forma, ao inserir o conceito propositalmente vago “em casos excepcionais”, devem acabar as divergências decorrentes da previsão do requisito “requerimento da parte” para a concessão das atuais tutelas antecipadas previsto no *caput* do vigente artigo 273 do Código de Processo Civil.

4.4 Tutela de evidência

A tutela de evidência nada mais é do que mais um instrumento de aceleração do provimento jurisdicional, na busca de minimizar a morosidade da Justiça brasileira e assegurar a efetividade da tutela jurisdicional. Nas palavras de Luiz Fux *apud* Anderson Freire de Souza (2011, p. 7), é a “expressão que se vincula àquelas pretensões deduzidas em juiz, nas quais o direito da parte revela-se evidente, tal como direito líquido e certo”.

É cabível nos casos em que a probabilidade de que o autor tenha razão é extremamente grande, quase incontestável. É mais do que a *fumus boni juris*, mas a probabilidade de certeza do direito alegado, aliada à demora injustificada que o processo ordinário carreará até a plena satisfação do interesse do demandante, com grave desprestígio para o Poder Judiciário, porquanto injusta a espera determinada.

A tutela de evidência está descrita e tipificada no artigo 278 do Projeto de lei nº 8.046/2010. Confira-se:

Art. 278. A tutela de evidência será concedida, independentemente da demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação, quando:

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

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

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

IV – a matéria for unicamente de direito e houver tese firmada em julgamento de recursos repetitivos, em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em súmula vinculante.

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

Com a previsão do artigo 278 do projeto, torna-se claro, de forma expressa, que a resposta do Poder Judiciário deve ser rápida não só nas hipóteses em que a urgência decorra do risco de eficácia do processo e do eventual perecimento do próprio direito. Também nas situações em que as alegações da parte se revelam de juridicidade ostensiva deve a tutela ser antecipadamente concedida, total ou parcialmente, independentemente do *periculum in mora*, por não haver fundamento relevante para a espera, até porque, em muitos casos, a demora do processo gera agravamento do dano. São, portanto, dois os requisitos para a concessão da tutela de evidência: a juridicidade ostensiva e o risco presumido do dano pela demora.

Anderson Freire de Souza (2011, p. 7) assim entende por juridicidade ostensiva:

Juridicidade ostensiva seria a própria evidência do direito alegado pela parte, consistindo o direito evidenciado não só na correspondência dos fatos à norma abstrata, demonstrado documentalmente, confessado ou incontroverso, como também na preservação da justiça diante da demora na concessão da tutela judicial ao caso concreto.

A novidade trazida pelo projeto é presumir o dano com a simples demora na concessão do bem jurídico tutelado. Por certo, isso traduz a preocupação com a efetividade processual.

Em suma, a principal diferença entre a tutela de evidência e a tutela de urgência vista anteriormente reside no fato de que na primeira não há a necessidade de demonstrar o *periculum in mora*, tal como ocorre na segunda, pois se trata de situações em que a evidência do bom direito já se encontra demonstrada nos autos.

Trata-se de uma inovação parcial, tendo que vista que a previsão dos incisos I e II do artigo 278 do projeto já está, hoje, positivada no artigo 273 do Código de Processo Civil, no inciso II e no § 6º, respectivamente.

A novidade é a criação de outras três espécies de tutela baseadas na evidência, previstas nos incisos III, IV e no parágrafo único do artigo 278 do projeto, quais sejam: a) a documental; b) a decorrente de controvérsia apenas jurídica; c) a em favor do depositante.

Com exceção da hipótese de concessão de tutela de evidência do pedido incontroverso (inciso II), as demais situações previstas pelo legislador podem ser sintetizadas como de defesa patente ou previsivelmente inconsistentes. Nesses casos, a resolução provisória acarretará uma inversão do ônus do processo, pesando sobre o requerido o problema do tempo.

Aliada a inconsistência da defesa do réu (real ou presumida) à probabilidade de existência do direito do autor, não há razão para se aguardar o desfecho do procedimento em contraditório, para só então outorgar-se tutela à parte que provavelmente se sagrará vencedora no final. É preciso fazer recair sobre o litigante que aparenta não ter razão o peso do tempo do processo. Daí a inversão de ônus que a antecipação de tutela produz (BARBOSA, 2011, p. 251).

Quanto à tutela de evidência concedida com base no inciso I, é inegável o seu caráter de evidência. O juiz, ao perceber a atuação procrastinatória do réu, concede antecipadamente a tutela pretendida pela parte, em homenagem à efetividade do provimento jurisdicional, à evidência do direito, contra o qual o réu não pode, de acordo com a situação prevista no inciso, oferecer contestação séria e fundada.

Já para os casos de pedidos incontroversos (inciso II), restou positivado no projeto que a decisão antecipatória deferida tem caráter definitivo, da mesma forma como já entendem alguns doutrinadores mesmo com base na processualística atual, que não faz essa ressalva expressamente. Todavia, por não encerrar o procedimento, e de forma a evitar entraves no julgamento da parte da demanda controversa, o recurso cabível contra tal decisão é o agravo de instrumento.

Em relação à hipótese prevista no inciso III, é preciso esclarecer que a decisão deve ter caráter sumário porque nada impede que, após a instrução, o réu que, de início, não opôs prova inequívoca em face da prova documental irrefutável trazida pelo autor, possa apresentar provas documentais suficientes para modificar a convicção anteriormente formada.

“Tal modalidade de tutela de evidência aparece como substitutiva da ação monitória, ausente do elenco de procedimentos especiais contenciosos do Projeto” (ARAÚJO, 2012, p. 215), mais uma vez demonstrando a intenção do legislador em simplificar as regras do processo civil brasileiro, para maior coesão do sistema.

4.5 Estabilização das tutelas de urgência

O Projeto de lei n° 8.046/2010, nos moldes do texto enviado à Câmara dos Deputados, apresenta a novidade da possibilidade de estabilização das tutelas de urgência concedidas em caráter antecedente ou preparatório. A esse respeito, vale ressaltar a dicção do artigo 284, § 2º, do Novo Código de Processo Civil, por força do qual “a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revogar, proferida em ação ajuizada por uma das partes”.

Outros dispositivos (280, § 1º; 281, § 2º; 282, § 3º; 283, § 2º) apontam no sentido de que, uma vez deferida a medida conservativa ou antecipatória, caso não haja impugnação por parte do demandado, a medida continuará a produzir efeitos independentemente da formulação de um pedido principal pelo autor, mesmo que seja extinto o processo no qual a providência foi determinada, sem, porém, gerar coisa julgada.

A técnica da estabilização da tutela de urgência trabalha com probabilidades e riscos. A probabilidade na qual o legislador investe é de que em muitos casos não haverá resistência por parte do demandando, que se conformará e cumprirá a medida deferida liminarmente. Dessa forma, a utilidade pública pretendida pelo autor já terá sido alcançada, tornando-se desnecessária a propositura de ação “principal”, de conhecimento, e o exame do próprio mérito, nada obstante não se forma coisa julgada com relação ao provimento judicial que concedeu a medida urgente (LEONEL, 2011, p. 186-187).

A lógica em permitir a estabilização da tutela de urgência não contestada pela defesa se mostra correta, afinal, se é do autor o interesse em recorrer ao Judiciário para obter resultado prático equivalente ao cumprimento espontâneo da obrigação, uma vez obtido esse resultado diante do preenchimento de certos requisitos estabelecidos na lei, passa a ser do demandado o interesse, e, por consequência, o ônus de afastar a determinação judicial expedida em caráter provisório.

Vale destacar que a opção pela não formação da coisa julgada serve como garantia contra a perenização de soluções não adequadas, simplesmente por inércia do demandado. A manutenção da eficácia da medida de urgência concedida em caráter preparatório ou antecedente, não impugnada, não impedirá a discussão do direito em ação autônoma, com cognição ampla e exauriente.

Em que pese o texto aprovado pelo Senado Federal ter feito algumas alterações nos dispositivos que tratam da estabilização das tutelas de urgência, é possível extrair, dos novos dispositivos, a viabilidade de estabilização das medidas não impugnadas pelo demandado. É assim que também entende Eduardo Talamini (2012).

4.6 Críticas e sugestões

É certo, diante de tantas inovações, que o projeto de lei do Novo Código de Ritos adequou a sistemática processual ao trinômio “necessidade-celeridade-efetividade”, no lugar ao atual binômio “necessidade-utilidade”. Entretanto, apenas com a sua real aplicação é que se poderá avaliar a eficiência dos novos dispositivos. Todavia, em uma análise teórica, é possível observar algumas imperfeições na nova legislação e, ainda, sugerir possíveis alterações que valorizariam ainda mais as garantias processuais constitucionalizadas.

João Batista Lopes e Maria Elizabeth de Castro Lopes (2010) e Humberto Theodoro Júnior (2010) apresentaram sugestões ao projeto de lei do novo Código de Processo Civil. No que concerne ao tema aqui debatido, afirmaram que comete um erro o projeto, no seu artigo 276 (artigo 283 do Projeto de Lei nº 166/2010), ao arrolar para as medidas de urgência, sejam cautelares ou antecipatórias, o mesmo requisito da plausibilidade do direito – que exige menor juízo de certeza que a verossimilhança da alegação – sem atentar para a diversidade de consequências práticas de cada uma das medidas, haja vista que da cautelar advém uma medida neutra e da antecipatória uma medida substancial.

Pensar dessa forma seria um verdadeiro retrocesso. A intenção do legislador quando trouxe ao projeto a possibilidade de concessão de tutela preparatória ou mesmo satisfativa baseada apenas na plausibilidade do direito, além da demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação foi, exatamente, permitir a antecipação dos efeitos da

tutela ainda que não haja a hoje denominada verossimilhança da alegação. Por certo, esse novo conceito precisará ser assimilado pelos doutrinadores.

Outro ponto que merece destaque é a exclusão de algumas cautelares nominadas. Ainda que, via de regra, tenha andado bem o legislador quanto à exclusão dos procedimentos cautelares típicos, diante do aumento de poderes do juiz, e, conseqüentemente, da liberdade deste para decidir casuisticamente sobre a existência dos requisitos da medida cautelar, poderiam ter sido mantidas no Novo Código de Processo Civil as cautelares de arresto e sequestro, em razão dos requisitos específicos necessários à sua concessão. Neste tocante, são razoáveis as considerações feitas por Bruno Freire e Silva. Para o autor:

A opção legislativa, pois, dentro do contexto de simplificação proposto pela comissão, parece-nos acertada, com ressalva quanto aos procedimentos de arresto e sequestro, que poderiam ser mantidos no Código, com os seus requisitos específicos. Preocupa-nos, nessas situações que exigem requisitos específicos e ensejam situações de sujeição e restrição ao direito de propriedade da parte, a possibilidade de excessos com o aumento do poder discricionário conferido ao julgador (SILVA, 2011, p. 83).

No mesmo sentido, é a lição de José Aurélio de Araújo (2012, p. 212), para quem “pelo menos o arresto e talvez também o sequestro, poderiam ter sido mantidos como forma de tutelar o processo e a fase de execução, em razão de sua longa presença o nosso direito positivo e de sua comum aplicação no dia-a-dia forense”.

Em relação à competência, falha o projeto de Novo Código de Processo Civil ao determinar que a tutela de evidência ou de urgência antecedente deve ser requerida ao juízo competente para conhecer do processo principal (artigo 272 do projeto). O dispositivo poderia ter sido menos rígido e mais adaptável ao caso concreto ao facultar ao demandante o ajuizamento do processo antecedente em foro diverso do competente para a ação principal. Neste ponto, é lúcida a de Andrea Carla Barbosa (2011, p. 257-258):

Poderia, em suma, o Projeto, à semelhança da regra já existente no atual Código de Processo Civil (art. 475-P, *caput* c/c parágrafo único) e que foi mantida pelo Projeto (art. 503), relativa à competência para a execução, a qual não necessariamente é processada pelo mesmo juízo prolator da sentença, haver flexibilizado a regra de prorrogação também com relação às medidas urgentes preparatórias, pela previsão de foros concorrentes para a ação proposta em precedência à central.

No que se refere à ausência de previsão de medidas urgentes em situações em que, apesar de não existir um dano, há violação do direito, vale trazer à baila a proposta formulada por Luiz Guilherme Marinoni *apud* Alexandre Mota Brandão (2011, p. 12) para uma nova redação do artigo 276 do projeto (artigo 283 no Projeto n° 166/2010):

Proposta: Art. 283. O juiz poderá prestar tutelas de urgência sempre que houver elementos que evidenciem a verossimilhança do direito e, conforme o caso, **o perigo da demora da prestação jurisdicional** ou o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. (grifo nosso)

No que se refere à concessão de medidas de urgência de ofício, (artigo 277 do projeto), percebe-se que a expressão “casos excepcionais” é absolutamente flexível e aberta, o que, em alguns casos, pode afrontar os princípios da legalidade, da inércia da jurisdição e da demanda. Ressalte-se que a busca incansável pela efetividade do processo não pode dar lugar ao aumento da incerteza e da insegurança com a possibilidade de tão radical medida.

Humberto Theodoro Júnior (2010, p. 7) critica a redação do projeto neste tocante, defendendo que “se isso se justifica excepcionalmente no campo das tutelas cautelares, não se pode admitir que ocorra em relação à tutela antecipatória, cujo regime é sempre comandado pelo princípio *ne procedat iudex ex officio*”.

Seria mais prudente, em verdade, o projeto prever tutelas de urgência cautelares ou antecipatórias *ex officio* apenas para as medidas incidentais, requeridas no curso do processo, quando já há uma delimitação do objeto litigioso, exatamente como já prevê alguns doutrinadores que, hoje, admitem a concessão de ofício. Assim, redur-se-ia a possível insegurança jurídica, afinal, o requerido já teria conhecimento do objeto da demanda e o magistrado estaria apenas reduzindo os efeitos maléficos do tempo, atuando apenas subsidiariamente, sem ofensa aos princípios dispositivo e da congruência.

Continua sem resposta, entretanto, a indagação que hoje já é feita acerca de sobre quem recai a responsabilidade pelos prejuízos causados pela concessão de ofício de tutelas de evidência ou urgência posteriormente modificadas ou revogadas na decisão de cognição exauriente.

Ainda no que se refere à legitimação para pleitear as medidas urgentes, conforme sustenta Andrea Carla Barbosa (2011), o projeto perdeu a oportunidade de esclarecer se também o réu poderia, dentro da contestação, requerer uma medida urgente quando simplesmente se opõe ao pedido formulado pelo autor, ainda que nada peça.

Por fim tem-se que o fim da ação monitória, diante da possibilidade de concessão de tutela de evidência com fulcro no artigo 278, III, do Novo Código de Processo Civil, não foi acertado. O procedimento atual previsto para a ação monitória resulta de atos de cognição e execução e possui técnica própria e eficiente, consistente em inversão do contraditório e estrutura procedimental diferenciada. Na busca pela simplificação de procedimentos, o projeto acabou com uma importante alternativa de tutela diferenciada dada ao requerente que possui prova documental.

Manter a ação monitória não traria prejuízo algum, fornecendo mais uma alternativa de tutela diferenciada ao demandante que possua prova documental, preservando, ademais, a hipótese mais típica e característica dessa técnica de tutela, consistente na solução de litígios mediante procedimentos ágeis e de cognição restrita (LEONEL, 2011, p. 189).

Deveria, portanto, ter sido mantido esse tipo de procedimento ágil e de cognição restrita no Novo Código de Processo Civil.

4.7 O projeto após substitutivo da Comissão Especial da Câmara dos Deputados

Tendo como relator-geral o Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro, a Comissão Especial da Câmara dos Deputados elaborou parecer com proposta de várias alterações ao Projeto de lei nº 8.046/2010 (CARNEIRO, 2012). O substitutivo é resultado de intensos debates em audiências públicas e conferências estaduais, além de palestras e mesas redondas.

Após votação pela comissão neste momento, o projeto deverá seguir para votação no plenário da Câmara.

São muitas as alterações empreendidas, sendo trazidas aqui apenas as mais relevantes alterações, como breves apontamentos.

A principal modificação apresentada pela comissão é trazer de volta à legislação a tão difundida expressão “tutela antecipada”, diferente, contudo, da natureza hoje atribuída às tutelas antecipadas previstas na Lei nº 5.869/1973. Na proposta, “tutela antecipada” é gênero, podendo ser classificada das seguintes formas: a) satisfativa ou cautelar; b) antecedente ou incidental; c) fundada em urgência ou evidência. Assim, ao invés de se falar em tutelas de

urgência e de evidência, deve-se falar em tutelas antecipadas lastreadas em situações de urgência e de evidência. Ficam mantidas, contudo, as considerações acerca do regime jurídico único das medidas cautelares e satisfativas, que, segundo o relator do parecer, é o ponto alto do projeto.

O parecer propõe alterações na possibilidade de concessão de tutelas antecipadas de ofício. Prevê o provimento jurisdicional sem provocação das partes apenas nos casos de tutelas antecipadas cautelares, tão somente no curso do processo, em caráter incidental. Sobre a questão, entendeu a comissão, ainda, que a expressão “em casos excepcionais” prevista no artigo 277 do Projeto de lei nº 8.046/2010 deve ser mantida, porquanto seria prudente deixar ao juiz a possibilidade de concessão dessas medidas, desde que em casos excepcionais, devidamente avaliados.

Neste ponto, parece ter havido um retrocesso, porquanto com a redação anterior, ampliava-se a possibilidade de também as tutelas antecipadas de cunho satisfativos serem concedidas de ofício quando a demanda já estava instaurada.

Excelente a proposta apresentada no que concerne ao deslocamento da hipótese prevista no artigo 278, II, do Projeto de lei nº 8.046/2010 – tutela de evidência baseada na parcela incontroversa da demanda – para a seção dedicada ao julgamento antecipado da lide, com resolução do mérito. Este já é, inclusive, o entendimento pacificado na doutrina e na jurisprudência.

Ainda como uma das principais alterações, a reformulação pretendida eliminou a possibilidade de estabilização da tutela provisória. Concedida em caráter antecedente, é indispensável a propositura do pedido principal.

Vale lembrar, por fim, que o projeto ainda será votado na Câmara dos Deputados, podendo sofrer, a qualquer momento, novas alterações. Entretanto, por certo, diante da mobilização nacional em torno do assunto, envolvendo centenas de operadores do Direito por todo o país, não restam dúvidas que supostas futuras alterações virão com o fim único de garantir maior efetividade da jurisdição.

CONCLUSÕES

Como visto, ao assumir o monopólio da jurisdição pela proibição da autotutela, o Estado se viu obrigado a tutelar direitos conflitantes de forma justa. Mas fazer justiça não é simplesmente dar o bem de vida pleiteado. Sobretudo diante da constitucionalização do processo, é preciso que a tutela jurisdicional seja prestada não só no sentido de resguardar o direito material, mas observando as garantias previstas na Carta Magna, especialmente em tempo razoável, de forma a evitar o perecimento do direito.

E para que o Poder Judiciário hodiernamente cumpra sua árdua missão de tutelar os direitos da forma como determina a Constituição Federal, faz-se imprescindível um conjunto de esforços para que o processo assuma sua função meramente instrumental, sem prejudicar o direito material.

É com esse pensamento que se conclui que a atividade exercida pelo magistrado não deve ser realizada apenas através de juízos de cognição plena e exauriente, mas procurando tutelas de cognição diferenciadas adequadas à natureza da controvérsia e à particularidade da pretensão a ser tutelada. Nesse sentido, é primordial a participação do Poder Legislativo na empreitada de garantir a efetividade da jurisdição. Mas não se deve esperar que o simples ato de legislar dê todas as respostas aos problemas de foro em geral. As contemporâneas demandas sociais pugnam por uma participação ativa do julgador, com um olhar desprovido das armaduras do passado.

Nesse contexto, tem-se, em suma, que as tutelas diferenciadas, em especial as tutelas de urgência, devem ser aplicadas na plenitude do seu alcance, sem temor ou timidez, pois somente assim se poderá sentir e medir as respostas desse instituto a uma prestação jurisdicional tempestiva, célere e adequada à pretensão daquele que recorre ao Poder Judiciário.

Por outro lado, é importante ter em mente que o uso das tutelas de urgência não pode ser banalizado. Há oportunidades em que deve haver um equilíbrio capaz de propiciar condições harmônicas tanto para as situações que exigem uma celeridade maior como para aquelas que demandam uma salutar meditação do julgador.

Como visto, a previsão genérica e abrangente, no Código de Processo Civil de 1973, da possibilidade de concessão de medida cautelar – espécie de tutela de urgência – foi o primeiro passo para, ao menos, preservar a pretensão dos riscos do processo. O poder geral de cautela conferido ao magistrado, com objetivo de possibilitar uma perfeita adaptabilidade da

tutela cautelar ao caso concreto, fez com que a proteção da eficácia do processo principal fosse sempre a mais adequada possível.

Com a reforma de 1994, que trouxe a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela definitiva – outra espécie de tutela de urgência –, o Código de Processo Civil ficou ainda mais sensível à problemática da inefetividade do procedimento ordinário. Distribuindo o ônus do processo no tempo, o instituto passou a funcionar como um meio de restauração da igualdade do processo. Ocorreu uma valorização da efetividade, conferindo-se ao juiz o poder de deferir medidas executórias, ainda que provisórias, no curso do processo de conhecimento.

Novas reformas legislativas se sucederam e novos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais foram se aprimorando, sempre com o fito de tornar o processo mais útil ao direito material. Nesse sentido, a previsão das tutelas antecipadas contra as obrigações de fazer, não fazer e de entrega de coisa, a fungibilidade entre as medidas cautelares e antecipatórias, a concessão de tutelas de urgência de ofício e a maior força conferida à decisão antecipatória do pedido incontroverso. Buscou-se, sempre, minimizar a morosidade da prestação jurisdicional e prestigiar a celeridade, em busca da tão almejada efetividade do Direito nos casos concretos.

Seguindo essa tendência do Direito Processual moderno e preocupado em atender aos anseios do jurisdicionado, surgiu o Projeto do Novo Código de Processo Civil, harmonizando o texto constitucional com as normas procedimentais. O projeto, como visto, expandiu os meios aceleratórios do processo e valorizou a adaptabilidade e a flexibilidade procedimental, especialmente ao unificar o regime jurídico de concessão das tutelas fundadas em cognição sumária, sejam satisfativas ou assecuratórias.

Em conclusão, descomplicar deve ser a palavra chave daqueles que operam o Direito, em busca da efetividade da jurisdição.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 48, n. 190, t. 1, p. 35-48, abr./jun. 2011.

ARAÚJO, José Aurélio de. Introdução ao sistema de tutelas cognitivas sumárias do Projeto do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 37, v. 206, p. 207-229, abr. 2012.

BARBOSA, Andrea Carla. Direito em expectativa: as tutelas de urgência e evidência no projeto de novo código de processo civil – breves comentários. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 194, p. 243-275, abr./2011

BOSSLE, Guilherme de Almeida. **Antecipação de tutela no processo civil e a colisão dos direitos fundamentais da efetividade do processo e da segurança jurídica**. Trabalho de conclusão de curso – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2001. Disponível em: <http://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/arquivos/antecipacao_tutela_colisao_direitos_guilherme_bossle.pdf>. Acesso em: 07 mai. 2012.

BRANDÃO, Alexandre Mota. A tutela de urgência e o novo código de processo civil. **Revista Jurídica**, São Paulo, v. 58, n. 401, p. 33-47, mar. 2011.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Relatório apresentado às XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal – Tutelas urgentes y cautela judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 33, n. 190, p. 154-196, dez. 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. vol. I, 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Tutela de urgência. Medidas antecipatórias e cautelares. Esboço da reformulação legislativa. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 31, n. 140, p. 72-85, out. 2006.

CARNEIRO, Sérgio Barradas. **Substitutivo aos Projetos de lei nºs 6.025, de 2005, 8.046, de 2010, e aos seguintes projetos de lei apensados: [...]**. Parecer elaborado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados, Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120919-07.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2012.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. vol. 1, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et al.* **Teoria geral do processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DIDIER, Fredie Jr. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. 1. 13. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011.

DIDIER, Fredie Jr., BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. 2. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. vol. 1. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FORTE, Alexandre. O princípio do contraditório no processo de execução fundado em título executivo extrajudicial e cabimento da ação anulatória incidental. **Boletim Jurídico**, Uberaba, 2001. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=52>>. Acesso em: 16 nov. 2012.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. O novo processo civil. In: FUX, Luiz (coord). **O novo processo civil brasileiro** (direito em expectativa). 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 01-24.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Síntese, 2001.

LEONEL, Ricardo de Barros. Tutela jurisdicional diferenciada no Projeto do Novo Código de Processo Civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 48, n. 190, t. 2, p. 179-190, abr./jun. 2011.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LOPES, João Batista; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Novo código de processo civil e efetividade da jurisdição. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, n. 188, p. 163-174, out./2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Técnica Processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MORFANDINI, Luciano Pasoti. **Efetividade do processo civil**: um singelo esboço histórico e uma despreziosa investigação conceitual-doutrinária, à luz das necessidades de sempre e das tendências hodiernas. [20--?]. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32091-37900-1-PB.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2012.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PAIM, Gustavo Bohrer. **Estabilização da tutela antecipada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. Tutela dos direitos no novo Código de Processo Civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 48, n. 190, t. 1, p. 49-59, abr./jun. 2011.

ROCHA, Cesar Asfor. **A luta pela efetividade da jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Tutelas de urgência**: sistematização das liminares. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Bruno Freire e. Primeiras impressões sobre a exclusão de alguns institutos do Novo Código de Processo Civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 48, n. 190, t. 1, p. 75-88, abr./jun. 2011.

SILVA, Ovídio A. Batista da. **Curso de processo civil**. vol. 2. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SOUZA, Anderson Freire de. A tutela da evidência no projeto de lei do novo código de processo civil. **Informativo Jurídico Consulex**, Brasília, ano XXV, n. 13, p. 06-09, mar. 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 47. ed. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. As liminares e a tutela de urgência. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (coord). **Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 239-267.

_____. Primeiras observações sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 06, n. 36, p. 05-11, mai./jun. 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no Projeto de CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 37, v. 206, p. 13-59, abr. 2012.

TOALDO, Adriane Medianeira; RUBIM JÚNIOR, Paulo César. O fim do processo cautelar: realidade ou ficção?. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, ano VIII, n. 48. p. 73-88, abr. 2008.

WATANABE, KAZUO. **Cognição no processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.