



**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ
ESPECIALIZAÇÃO EM PROCESSO CIVIL E GESTÃO DO PROCESSO
Turma III**

**TUTELAS DE URGÊNCIA:
ANÁLISE DAS TUTELAS EMERGENCIAIS NO NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Ricardo Florêncio Ribeiro de Souza

Fortaleza – CE
Outubro, 2013

RICARDO FLORÊNCIO RIBEIRO DE SOUZA

**TUTELAS DE URGÊNCIA:
ANÁLISE DAS TUTELAS EMERGENCIAIS NO NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Monografia apresentada como exigência parcial para a conclusão do curso de especialização, sob a orientação de conteúdo da professora Janaina Soares Noletto Castelo Branco.

Fortaleza – CE
2013

RICARDO FLORÊNCIO RIBEIRO DE SOUZA

**TUTELAS DE URGÊNCIA:
ANÁLISE DAS TUTELAS EMERGENCIAIS NO NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Monografia apresentada à banca examinadora e à Coordenação da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, adequada e aprovada para suprir exigência parcial inerente à conclusão do curso de especialização em processo civil e gestão do processo.

Fortaleza (CE), 20 de novembro de 2013

Janaina Soares Noleto Castelo Branco, Me.
Prof(a). Orientadora

Daniel Gomes de Miranda, Me.
Prof. examinador

Ana Cecilia Bezerra de Aguiar, Esp
Prof(a). examinadora

Coordenação da ESMEC

RESUMO

Este trabalho monográfico tem como objetivo o estudo das tutelas de urgência no projeto do Novo Código de Processo Civil, desenvolvendo uma análise prévia de como as medidas estão dispostas no ordenamento jurídico atual e posteriormente uma comparação com o CPC/73, ressaltando as suas inovações. De forma específica, procura-se observar se, com o PLS 166/2010, foi resolvido o problema da falta de sistematização das tutelas de urgência, bem como se foram criados mecanismos que propiciem um processo judicial mais célere. Do estudo, restou-se comprovado que as tutelas de urgência foram reunidas sob um único título, na Parte Geral do anteprojeto, melhorando categoricamente a sua sistematização em relação ao modelo atual. Novos mecanismos foram criados com o intuito de propiciar uma prestação judicial mais célere, tais como a tutela de evidência e a estabilização dos efeitos da tutela cautelar. Conclui-se que o anteprojeto do Novo Código de Processo Civil teve como valor primordial a celeridade processual, criando mecanismos que a propiciam, sem, contudo desrespeitar a segurança jurídica.

Palavras-Chave: PLS 166/2010. Tutelas de Urgência. Novo Código de Processo Civil. Tutela da Evidência.

ABSTRACT

This monograph aims to study the tutelage of urgency in the project of the New Code of Civil Procedure , developing a preliminary analysis of how the measures are laid down by law and thereafter present a comparison with CPC/73 , highlighting their innovation. Specifically, we look for with the PLS 166/2010 solved the problem of lack of systematization of guardianships of urgency , as well as if they were created mechanisms to conduct a lawsuit faster . From the study , it was shown that left the tutelage of urgency were united under a single title , in the General Section of the draft , improving categorically its systematization in the current model . New mechanisms were created in order to provide a faster rendering court , such as the protection of evidence and stabilization effects of injunctive relief . It is concluded that the draft of the New Code of Civil Procedure had as the primary value celerity , creating mechanisms that provide , without however disregarding legal certainty .

Keywords: PLS 166/2010. Emergency Guardianship. New Code of Civil Procedure. Protection of Evidence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 TUTELA DE URGÊNCIA.....	10
1.1 Tutela Jurisdicional.....	10
1.1.1 Tutela Jurisdicional Padrão.....	10
1.1.2 Tutela Jurisdicional de Urgência.....	12
1.1.3 Da cognição	12
1.2 Tutela de Urgência no Direito Antigo.....	13
1.3 Natureza Constitucional da Tutela de Urgência	16
1.4 Liminar.....	18
2 MODALIDADES DE TUTELA DE URGÊNCIA.....	20
2.1 Tutela Antecipada	20
2.1.1 Espécies de Tutela Antecipada	21
2.1.2 Tutelas específicas	22
2.1.3 Requisitos para a concessão da Tutela Antecipada	22
2.1.3.1 Prova inequívoca da verossimilhança da alegação.....	23
2.1.3.2 Receio de dano irreparável	23
2.1.3.3 Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.....	23
2.1.4 Características da antecipação de tutela	24
2.1.4.1 Legitimação.....	24
2.1.4.2 Reversibilidade.....	25
2.1.4.3 Revogabilidade.....	25
2.1.4.4 Natureza da decisão que aprecia o pedido de antecipação da tutela.....	26
2.1.5 Tutela antecipada contra a Fazenda Pública.....	26
2.1.6 Procedimentos e processos compatíveis com a antecipada.....	28
2.2 Tutela Cautelar.....	28
2.2.1 Características.....	29
2.2.1.1 Sumariedade.....	29
2.2.1.2 Provisoriedade.....	29
2.2.1.3 Instrumentalidade.....	30

2.2.1.4 Revogabilidade.....	30
2.2.1.5 Autonomia.....	30
2.2.2 Legitimidade e competência.....	31
2.2.3 Liminar.....	32
2.2.4 Fungibilidade entre as medidas cautelares.....	32
2.2.5 Coisa julgada material.....	33
2.2.6 Poder geral de cautela.....	33
2.2.7 Prazo de eficácia.....	34
2.2.8 Recurso.....	35
2.2.9 Responsabilidade Civil.....	36
2.2.10 Cautelares específicas.....	36
2.3 Comparação entre a tutela cautelar e a tutela antecipada.....	36
2.3.1 Natureza jurídica.....	37
2.3.2 Requisitos para a concessão.....	37
2.3.3 Autonomia.....	38
2.3.4 Atividade oficiosa do Juiz.....	38
2.3.5 Juízo de probabilidade.....	38
2.3.6 Provisoriedade.....	39
2.3.7 Não existência de satisfação jurídica.....	39
2.3.8 Aplicação subsidiário da teoria geral das cautelares.....	39
2.3.9 Fungibilidade entre as tutelas de urgência.....	40
3 PROJETO DO NOVO CPC.....	41
3.1 Valores que inspiram a criação do Novo Código de Processo Civil.....	41
3.2 Inexistência do livro das cautelares no novo CPC.....	42
3.3 Disposições comuns das tutelas de urgência e evidência.....	44
3.4 Da tutela de urgência cautelar e satisfativa.....	46
3.5 Tutela da evidência.....	48
3.6 Procedimento das medidas de urgência.....	49
3.6.1 Medidas de urgência requeridas em caráter antecedente.....	49
3.6.2 Medidas de urgência requeridas em caráter incidental.....	52
CONCLUSÃO.....	53
REFERÊNCIAS.....	56

INTRODUÇÃO

O projeto do Novo Código de Processo Civil teve iniciado-se com a aprovação do Projeto de Lei nº 166/2010, de autoria do senador José Sarney, sendo então remetida à Câmara dos Deputados. Após uma longa tramitação na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, foi aprovado o anteprojeto depois de diversas alterações, devendo agora passar pela aprovação do Plenário da Câmara, para novamente voltar ao Senado Federal.

A motivação que embasa a criação de um Novo Código de Processo Civil é a preocupação com a atual morosidade excessiva do Poder Judiciário pátrio. A sociedade questiona há muito tempo a lentidão excessiva do Judiciário, dessa forma, faz-se imperiosa a modernização processual como instrumento de realização do Direito Material.

Com foco no Novo Código de Processo Civil, este trabalho monográfico aborda as tutelas de urgência e as inovações trazidas pelo anteprojeto.

Necessita o Código de Processo Civil atual de uma melhor sistematização, pois, no decorrer de seus 40 anos de vigência, várias reformas o atingiram, prejudicando sua unidade.

O Novo Código de Processo Civil, atinente à temática das tutelas de urgência, prevê, no Título IX, da sua Parte Geral, todas as suas disposições gerais e específicas para cada espécie.

O objetivo geral desta pesquisa é apresentar as mudanças no Novo Código de Processo Civil acerca das tutelas de urgência, comparando com as disposições inseridas no Código de Processo Civil vigente.

Como objetivos específicos, busca-se constatar se o legislador conseguiu resolver o problema da sistematização das tutelas de urgência, bem como aferir se o anseio dos cidadãos por um processo judicial mais célere foi finalmente alcançado, com a possível criação de novos mecanismos processuais que a propiciem. Procura-se também analisar se estaria a segurança jurídica prejudicada pela adoção de um Processo Civil que vise à celeridade processual.

A importância desse estudo prévio do PLS 166/2010 serve para evitar incômodos, como cita Misael Montenegro Filho (2011, p. xi):

Lembro do que ocorreu após a aprovação do novo CC em 2002. Os acadêmicos que se formaram poucos anos antes foram obrigados a abandonar grande parte dos ensinamentos acadêmicos, conhecendo uma nova realidade material. Foram sobressaltados, o que igualmente assombrou os advogados, magistrados e os demais profissionais do direito.

Não se deve esperar a vigência deste diploma legal para só então iniciar os estudos, todavia não deve existir a preocupação com o esgotamento do assunto, pois o anteprojeto continua em trâmite nas casas do Congresso Nacional, que poderá acarretar em mudanças em seu texto até a sua aprovação definitiva.

O tipo de pesquisa utilizado para investigar as hipóteses apresentadas foi a bibliográfica, mediante consultas a obras doutrinárias, artigos. Segundo a utilização dos resultados, a pesquisa é pura, porque não se propõe à transformação da realidade, já que o objetivo é a busca de conhecimentos, e, segundo a abordagem, é qualitativa, porque não busca critérios de representatividade numérica, mas uma maior compreensão dos atos e dos relacionamentos humanos e uma observação dos fenômenos sociais. Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva e exploratória, porque classifica, explica e interpreta os fatos.

Este trabalho monográfico foi dividido em três capítulos, sendo o primeiro capítulo destinado a introduzir o tema das tutelas de urgência, como uma espécie de tutela jurisdicional, procurando conceituar o que seria a tutela jurisdicional padrão e de urgência, bem como demonstrar a sua evolução histórica no direito antigo e no direito pátrio. Continua o capítulo demonstrando a base constitucional do instituto, bem como um esclarecimento sobre o conceito de liminar.

O segundo capítulo tem como escopo conceituar as tutelas de urgência no sistema processual vigente, ao abordar tanto a tutela antecipada, quanto a tutela cautelar. Ao final, faz-se uma comparação entre os dois institutos, evidenciando suas similitudes e divergências. De grande importância é a apresentação de suas características no CPC/73, pois servirão como base para a comparação vista no capítulo posterior.

Como dito, este terceiro capítulo apresenta as medidas de urgência no Novo Código de Processo Civil, abordando a maioria dos artigos contemplados, no Título IX, da Parte Geral

do anteprojeto. São feitas comparações ao que já está estabelecido no Código de Processo Civil vigente, ressaltando-se as inovações do PLS 166/2010.

1 TUTELA DE URGÊNCIA

Antes de adentrar ao tema, faz-se necessário explanar sobre a tutela jurisdicional, pois a tutela de urgência é uma de suas subdivisões propostas pela doutrina. Fala-se também sobre as suas origens no Direito Antigo, no ordenamento jurídico pátrio, bem como seus fundamentos constitucionais.

1.1 Tutela Jurisdicional

Conceitualmente, é a proteção que o Estado-Juiz confere ao direito de alguém, segundo Dinamarco (1996, p.61), “tutela jurisdicional é o amparo que, por obra dos juízes, o Estado ministra a quem tem razão num processo” A expressão é usada no art. 2º do Código de Processo Civil “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais”, porém, de forma equivocada, o que se tem, numa interpretação a contrário senso, é a seguinte regra, se a parte pedir ela vai ganhar a tutela jurisdicional, ou seja, nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional, salvo se for requerido, a contrário senso, se for requerido, a tutela jurisdicional será prestada a quem requereu. Esta afirmação não pode em hipótese alguma ser interpretada na sua literalidade, o que o art. 2º está falando é do princípio da inércia. Isto quer dizer que nenhum juiz irá prestar jurisdição se não for provocado (inércia jurisdicional), agora, a partir do momento que alguém exerce o seu direito de demandar, provoca o Judiciário, tirando-o da inércia, terá direito aquilo que o professor Humberto Theodoro Junior chama de prestação jurisdicional, ou seja, tem direito a uma resposta à provocação justa e em tempo razoável (2004, *online*). Tutela jurisdicional vem com a decisão de mérito. Assim, a tutela jurisdicional deve ser entendida como tutela efetiva de direitos ou situações do processo, constituindo visão do direito processual que põe em relevo o resultado do processo como fator de garantia do direito material (Bedaque, 2006).

A tutela jurisdicional pode ser dividida, segundo leciona Teori Albino Zavascki, em tutela padrão e de urgência.

1.1.1 Tutela Jurisdicional Padrão

Exercida pelo Estado com um juízo de certeza, ou seja, só aceita outorgar proteção a quem tenha o direito depois de não haver mais dúvidas acerca da existência daquele direito. É aquela prestada com cognição exauriente, pressupondo juízo de certeza, como exposto por

Zavascki (2009, p.19, grifo do autor) “Duas características se sobressaem nesta tutela-padrão: (a) é construída no âmbito de um processo com *cognição exauriente*; e, assim, construída e prestada, (b) assume caráter de definitividade”.

Apenas poderá o autor, a exemplo, usufruir dos benefícios da tutela jurisdicional que foi dada a ele após a certeza sobre a decisão. Tutela jurisdicional padrão pressupõe um convencimento amadurecido do magistrado, que, no primeiro grau, através de sentença, irá outorgar a tutela jurisdicional ao autor ao julgar a procedência do seu pedido. A procedência do pedido pressupõe que o juízo de primeiro grau tenha certeza acerca daquilo que está julgando. A tutela jurisdicional é prestada pelo Estado-Juiz. Em que pese o juiz de primeiro grau já ter certeza sobre a lide, pode ser que a sentença seja, por fora do princípio do duplo grau de jurisdição, impugnada por recurso. Em havendo o recurso, ainda não existirá o juízo de certeza necessário para a outorga integral da tutela jurisdicional, pois o recurso pode mudar o resultado do processo. No sistema brasileiro, a tutela padrão só é outorgada em definitivo ao autor quando a decisão final também se tornar definitiva (após se esgotarem os recursos cabíveis), ou seja, quando ocorrer a coisa julgada material sobre a decisão final que reconhece o direito do autor.

A tutela jurisdicional padrão tem a vantagem de ter o risco mínimo de injustiça, pois o Judiciário poderá se manifestar reiteradamente no primeiro grau, tribunal e os tribunais superiores. A desvantagem da tutela padrão é o tempo necessário para se alcançar esse juízo de certeza. Já lecionava o professor José Rogério Cruz e Tucci(1993,p.100) que:

O fator tempo, que permeia a noção de processo, constitui, desde há muito, o principal motivo de crise da justiça, uma vez que a excessiva dilação temporal das controvérsias vulnera *ex radice*, o direito à tutela jurisdicional, acabando por ocasionar uma série de gravíssimos inconvenientes para as partes e para os membros da comunidade social. Despiciendo salientar que justiça tardia corresponde a verdadeira denegação de justiça[...]

É preciso tempo para o juiz formar uma convicção, de modo que esse tempo necessário para alcançar esse estágio de certeza é o que depõe contra a tutela padrão. Não adianta prestar uma tutela jurisdicional justa, mas tardia, que não tenha eficiência ou eficácia para o autor, como já dizia a célebre frase “A justiça atrasada não é Justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”(Rui Barbosa apud Gomes, *online*). A Constituição Federal tenta minimizar essa questão do tempo com o princípio da razoável duração do processo.

1.1.2 Tutela Jurisdicional de Urgência

Existem situações em que o direito corre perigo e existe risco de ele perecer. Há casos em que o Estado-Juiz necessita outorgar um tipo de proteção diferente daquele outorgado na tutela padrão, a chamada tutela jurisdicional de urgência. A tutela de urgência pressupõe uma situação de *periculum in mora*, demora na prestação da tutela jurisdicional padrão, sendo necessária uma proteção que tenha a vantagem do tempo, ser muito mais rápida.

Estas situações de perigo não permitem ao Judiciário passar muito tempo analisando a existência do direito, o tempo urge, o tempo depõe contra eficácia ou existência do direito. Mesmo que não se saiba se existe o direito, é necessário outorgar-lhe uma proteção. Explica Zavascki (2009, p.29):

Sem essa qualificação, a da efetividade, a tutela jurisdicional estará comprometida e poderá ser inteiramente inútil. Em situações de risco, de perigo de dano, de comprometimento da efetividade da função jurisdicional, será indispensável, por isso, alguma espécie de providência imediata, tomada antes do esgotamento das vias ordinárias. Daí a razão pela qual se pode afirmar que a tutela destinada a prestar tais providências é tutela de urgência.

A vantagem, como já dito, é a rapidez da tutela de urgência perante a tutela padrão, existindo concomitantemente uma enorme desvantagem, que é o risco elevado de injustiça, ou seja, quanto mais rápida for a decisão judicial, maior é o risco de estar se cometendo injustiça. Isto se dá por causa do momento em que o juiz é chamado a decidir a tutela de urgência, pois muitas vezes é provocado pela parte para conceder a tutela de urgência antes da formação do contraditório.

1.1.3 Da cognição

A diferenciação na prestação da tutela jurisdicional passa pelo aspecto da cognição. Kazuo Watanabe (1987, p,19) afirma que:

Se de um lado há exigências próprias do direito material por uma adequada tutela, há de outro técnicas e soluções específicas do direito processual, não somente quanto à natureza do provimento, como também no tocando à duração do processo, à eventual antecipação da tutela, à intensidade e amplitude da cognição, e a muitos outros aspectos.

Portanto, às formas de tutela jurisdicional devem corresponder diversos tipos de cognição. A técnica de cognição permite a construção de procedimentos ajustados às reais necessidades da tutela, sendo que a cognição pode ser analisada no sentido horizontal e no sentido vertical (Marinoni, 2008).

A cognição horizontal refere-se à extensão do conhecimento do juiz acerca do conflito de interesses, dividindo-se em plena ou parcial. Para a tutela de urgência interessa saber sobre a cognição do plano vertical, que diz respeito à profundidade da análise do juiz, o quão profundo ele deve ir para o exame da existência ou não do direito do autor, dividindo-se em exauriente, sumária e superficial (Marinoni,2008).

A exauriente, mais profunda, exige do magistrado certeza quando for dar a decisão cognição exigida na tutela jurisdicional padrão. Trata-se de cognição típica dos processos de conhecimento e, por ser exauriente, a lide é resolvida de forma definitiva.

Na cognição sumária, o grau de conhecimento é menor, quase sempre fundado em juízo de aparência do direito, a lide não é analisada com profundidade. É empregada a cognição sumária quando se tratar de tutela satisfativa ou sentença cautelar, valendo-se de um juízo de probabilidade ou verossimilhança. É importante salientar que não se deve confundir a cognição sumária com a cognição existente no procedimento sumário, sendo plena e exauriente.

A cognição superficial ou sumaríssima observa-se na tutela de urgência cautelar, embasada no *fumus boni iuris*, basta que o juízo se convença da possibilidade de o autor ter razão naquilo que afirma.

A grande distinção entre a cognição sumária e superficial, de um lado, e a cognição exauriente, de outro, está no fato de, na cognição exauriente, a cognição recair sobre o fato, enquanto na cognição sumária, a cognição recai sobre a afirmação do fato (Destefenni, 2002).

1.2 Tutela de Urgência no Direito Antigo

Parece possível estabelecer semelhança com relação aos procedimentos do direito contemporâneo, que se iniciam com atos decisórios, precedidos de cognição sumária e coercitivos, e os interditos do processo romano (Bedaque,2006). Estes se tratavam de ordens emanadas pelo magistrado, impondo certo comportamento a uma pessoa privada, a pedido de outra. Essa forma de tutela, provinda do poder de *imperium* do magistrado, abrangia grande parcela das relações da vida, envolvendo direitos absolutos. Os direitos obrigacionais, versando indenização, possuíam amparo na *actio*, com juízo privado, no entanto apenas a primeira admitia execução específica.

No direito romano, existiam dois sistemas processuais civis, como se pode constatar. Em um deles seria possível a obtenção de ordem liminar, mesmo sem a presença da parte contrária e mediante cognição sumária das afirmações alegadas pela parte autora, se feitas conforme o édito. No outro, havia um contraditório pleno desde o primeiro momento, no entanto não era admitida a emissão de mandado e a atividade cognitiva era privada. De acordo com os ensinamentos de Luiz Fux (1996, p.155), “ Ambos os sistemas ajustam-se em parte ao Brasil, na medida em que a evolução do sistema europeu não é senão o antecedente do próprio processo civil brasileiro, a ele filiado, com a diferença evidente do surgimento do sistema nacional séculos depois”.

A cognição sumária e a antecipação dos efeitos materiais da tutela eram técnicas já utilizadas no antigo ordenamento jurídico romano, existindo cerca de doze exemplos de tutelas com essa natureza. É indicado que a moderna tutela cautelar teria como antecedentes a *manus injectio* e a *pignoris capio* (Bedaque, 2006).

Os sistemas vieram se juntar com a extinção do processo formulário no Baixo Império e a publicização total da *actio*, passando, assim, os interditos a receber o nome de ações, pois o procedimento se desenvolvia perante o pretor, eliminada a fase *in iudicio*, particular. Tal dualismo ressurgiu na Idade Média e na Renascença, possuindo algumas peculiaridades, mas sem perder as características principais consistentes na existência de modelos processuais diversos, cada um adequado a uma categoria de direitos.

Entende-se, portanto, que o processo sumário teve sua origem no interdito romano da época clássica, qual seja, mais abreviado e voltado para a solução de casos urgentes, e não nos interditos possessórios existentes no *judicia extraordinaria* (Bedaque, 2006). No direito canônico principalmente, ante a necessidade de soluções rápidas e por desconhecimento de tal instituto no direito romano antigo, a ampliação da ideia de posse para os direitos de pessoas não condiz com a concepção romana. Com base nessa ideia, aplicou-se de forma genérica o mecanismo sumário dos interditos da época clássica, onde eram suprimidas as formalidades presentes no processo comum, com o intuito de atender aos casos de urgência, sendo observados em vários países a partir do século XIII, tais como Itália, Espanha, França e Alemanha.

Os interditos romanos são indicados como antecedentes da tutela cautelar, tendo similaridades com as liminares atuais, contendo ordem de tutela provisória. Para Bedaque

(2006, p.34):

A tutela antecipada, regulada pelo art. 273, com nova redação dada pela Lei 8.952, de 13.12.94, guarda certa semelhança com os *inderditos* romanos, pois torna possível a satisfação do direito do autor logo no início do processo. Também a verossimilhança e o perigo de dano constituem elementos comuns a ambas. Mas as técnicas são substancialmente diversas, pois, enquanto o *interdito* podia implicar a satisfação definitiva da pretensão material, o que ocorria principalmente nos *interditos incondicionados*, a tutela antecipada tem evidente caráter cautelar, pois pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo e depende sempre da sentença final, que representa a solução definitiva da controvérsia.

No direito romano antigo, na Lei das XII Tábuas, pode-se observar modalidades de tutela autônomas que possuem certa semelhança com a cautelar, o *addictus*, onde o devedor era mantido em cárcere pelo credor por sessenta dias como garantia do crédito, conservava o seu estado e readquiria a liberdade uma vez pago o débito, ocorrendo o inadimplemento, transformava-se a medida cautelar em executiva, podendo o devedor ser vendido e reduzido à escravidão, e o *nexus*, que também se aproximava de uma cautelar, pois o devedor se submetia de forma espontânea ao credor e era liberado, após ser adimplida a dívida com seu serviço.

Na época clássica das *legis actiones* do processo romano, onde as situações litigiosas se enquadravam numa das ações previstas na Lei das XII Tábuas, existiam medidas aparentemente cautelares, cuja natureza processual se revelava no momento da atuação, pois tinham origem contratual.

É impossível a reconstrução sistemática das medidas cautelares no direito romano, podendo apenas afirmar que se trata de um meio destinado a garantir a atuação prática da tutela concedida pelo *ius civile* ou pelo pretor contra eventuais violações (Bedadeque, 2006). Pode-se verificar ainda que a origem da tutela cautelar está nas garantias inerentes ao próprio direito material, sendo previsões, em sua maioria, ligadas a acordo de vontades, destinadas a assegurar o adimplemento das obrigações.

Com o início das invasões bárbaras e a preponderância da defesa privada, os órgãos da justiça estatal deixaram de existir. Com o intuito de garantir a execução, foi propagada uma espécie de execução antecipada, incidente, a princípio, sobre a pessoa do devedor e secundariamente sobre seus bens. Com o amadurecimento da ideia de autoridade do juiz, a situação inverteu-se. Os sistemas inglês, germânico e francês assumiram características semelhantes as do direito romano clássico.

1.3 Natureza Constitucional da Tutela de Urgência

A Lei Maior de 1988, com o intuito de estabelecer um Estado Democrático de Direito, concedeu ao cidadão uma série de direitos, dentre os quais, necessitam de destaque os direitos supremos à liberdade, à justiça, ao bem-estar, ao desenvolvimento, à igualdade e à justiça. Indispensável também à implementação do Estado Democrático de Direito é a função jurisdicional, uma vez que é o magistrado o guardião desses e de outros valores fundamentais. Dessa forma, qualquer restrição à função jurisdicional que afete o conjunto de regras e valores é inconstitucional, principalmente porque estabelece a Constituição Federal que todos têm direito de acesso ao Poder Judiciário.

O Estado, com o monopólio da prestação jurisdicional, assumiu o compromisso de prestar a tutela jurisdicional, bem como um dever, decorrente da garantia constitucional à inafastabilidade do controle jurisdicional, outorgada ao cidadão, no art.5º XXXV, da Constituição federal.

Logo, será inconstitucional qualquer restrição à tutela jurisdicional de urgência, pois esta é indispensável para que sejam evitadas lesões aos direitos, não esquecendo que foi ampliada significativamente pela Constituição Federal a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional, ao se referir à garantia de apreciação da ameaça a direito. A Constituição Federal de 1988, portanto, exige que a prestação jurisdicional seja completa, podendo, para isso, não só reparar danos já ocorridos, mas, sobretudo, evitar que os danos iminentes se concretizem (Destefenni,2002).

Não se pode deixar de comentar o princípio da segurança jurídica como outro balizador à eventual pretensão restritiva do direito à tutela de urgência, pois, segundo o preâmbulo da Lei Maior, esta é destinada “a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, liberdade, segurança...”, entendendo que o valor segurança é supremo para o Estado Democrático, bem como garantido no Art. 5º, referente aos direitos e garantias fundamentais.

O valor segurança jurídica é essencial à criação do Estado de Direito, pois não pode existir um Estado de Direito onde não haja a supremacia da Constituição, separação dos poderes, garantia dos direitos individuais e a superioridade da lei, estando intimamente ligado à ideia de segurança jurídica . Diz Marcos Destefenni(2002,p.354):

Há que se entender que o direito à tutela jurisdicional é uma garantia constitucional indispensável a realização do valor “segurança”, principalmente da perspectiva do cidadão, parte fraca na relação com o Estado. Outrossim, a garantia de acesso à justiça deve significar mais do que um direito de obter a tutela jurisdicional, mas sim o direito de obter uma tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada....a efetividade pressupõe a diferenciação da prestação jurisdicional, uma vez que exige a adaptação do direito processual às peculiaridades do direito material. A diferenciação, de outro lado, impõe a existência de tutelas definitivas e de tutelas provisórias, mesmo porque a garantia constitucional estampada no inciso XXXV refere-se expressamente, as situações de ameaça a lesão.

Desse modo, qualquer supressão ou restrição indevida da tutela de urgência eliminará a própria garantia constitucional, se se levar em consideração que o cidadão será privado do remédio para as situações de perigo e urgência, como também comprometeria o equilíbrio da relação processual entre os litigantes.

Ainda poderá ser invocado o princípio do devido processo legal, em seu sentido amplo, exigindo uma efetiva proteção à liberdade, à vida e ao patrimônio, que só existirá de forma efetiva se for dotado o cidadão do direito a tutela de urgência. Ocorre que a proteção à vida, patrimônio, e à liberdade, às vezes, exige soluções urgentes, mesmo que provisórias, por isso, sob o prisma da cláusula do devido processo legal, será inconstitucional a supressão da tutela de urgência.

Portanto, pode-se concluir que existe uma proteção constitucional à tutela de urgência, não se admitindo qualquer restrição *a priori* por parte do legislador(salvo algumas exceções, como as liminares contra a Fazenda Pública), por restringir a garantia de acesso à ordem jurídica justa, tal como prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

1.4 Liminar

A doutrina majoritária divide a tutela de urgência em duas espécies, a tutela cautelar e a tutela antecipada. No entanto, é necessário destacar o conceito de liminar, termo equivocado que pode ser utilizado como espécie de tutela de urgência satisfativa ou para designar o momento da concessão de uma espécie de tutela de urgência (Neves, 2012).

O termo liminar tem sua origem no latim *liminares*, de *limem*, que designa algo que se faça inicialmente, logo no início. Nesse sentido, é aplicado a atos *in alidita altera parte*, significando a concessão de uma tutela antecipada ou tutela cautelar antes da citação do demandado, assumindo uma característica meramente topológica, levando em conta somente

o momento da prolação da tutela de urgência (Neves, 2012). Importa-se reconhecer que, anteriormente à adoção da tutela antecipada no sistema processual brasileiro, uma espécie de tutela de urgência era considerada como liminar, sendo a única forma prevista em lei para a obtenção de uma tutela de urgência satisfativa. Leciona o professor Daniel Amorim (2012, p. 1148) que:

Nesses termos, sempre que prevista expressamente em determinado procedimento, o termo “liminar” assume a condição de espécie de tutela de urgência satisfativa específica. Seriam, assim, três espécies de tutela de urgência:

- (a) tutela cautelar, genérica para assegurar a utilidade do resultado final;
- (b) tutela antecipada, genérica para satisfazer faticamente o direito;
- (c) tutela liminar, específica para satisfazer faticamente o direito.

Havendo uma expressa previsão de liminar no procedimento adotado e pretendendo a parte obter uma tutela de urgência satisfativa, o mais apropriado seria requerer a concessão dessa liminar, demonstrando os requisitos específicos para a sua concessão. Não havendo tal previsão de liminar, a parte usaria da tutela antecipada, que não fica condicionada a determinados procedimentos em razão de sua generalidade e amplitude. Em síntese, caberá tutela antecipada quando não houver previsão de liminar. Explica Daniel Amorim (2012, p. 1148):

Como afirmado, sempre que exista a expressa previsão de liminar num determinado procedimento, estar-se-á diante de uma espécie de tutela de urgência satisfativa. Tal circunstância é verificada inclusive no procedimento cautelar, que tem previsão de liminar no art. 804 do CPC. É evidente que, nesses casos, a satisfação fática gerada pela concessão de liminar não diz respeito ao direito material, alheio ao objeto da demanda, mas ao direito cautelar, que é imediatamente satisfeito – somente no aspecto físico – com a concessão de liminar. Basta pensar numa ação cautelar de arresto com concessão de liminar; o autor pretende uma constrição judicial para garantir a futura execução de pagar quantia, e com a concessão da liminar é exatamente isso que obtém, ao menos no plano fático.

Um exemplo dos dois sentidos do termo liminar pode ser observado no art. 804, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

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

Como observado, o dispositivo utiliza liminar tanto no sentido de tutela de urgência satisfativa, do direito cautelar, bem como no sentido do momento de sua concessão, quando

diz que o requisito para sua concessão é a circunstância de a ciência do requerido ser apta a gerar a ineficácia do resultado final do processo, ou seja, se o perigo é a citação do requerido, a liminar só encontra justificativa pela previsão legal antes da citação, um *ato inaldita altera parte*.

2 MODALIDADES DE TUTELA DE URGÊNCIA

As tutelas de urgência no ordenamento jurídico brasileiro encontravam-se inicialmente apenas no Livro III, do Código de Processo Civil, onde se apresentavam as tutelas cautelares, mas com a reforma processual do art. 273, consolidada pela Lei nº 8.952 de 1994, fora inserido no ordenamento jurídico pátrio o instituto da tutela antecipada. Dessa forma, os processos judiciais passaram a ter presentes em seus trâmites duas modalidades de tutela de urgência, as cautelares e as antecipatórias.

2.1 Tutela Antecipada

Criada por meio da Lei nº 8.952/94, que alterou o dispositivo 273, da Lei nº 5.869/1973, a tutela antecipada busca dar efetividade ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, inserido na Lei Maior, em seu art. 5º,XXXV, cuja atividade em prestar sua tutela deve ser célere, efetiva e eficaz. Segundo Rinaldo Mouzalas de Souza e Silva (2013, p.365):

A satisfação do direito pretendido pela parte, ao acionar o Poder Judiciário mediante o exercício do direito de ação, reclama uma prestação rápida e efetiva do Estado, o qual tem o dever constitucional de satisfação célere da pretensão, seja proferindo sentença terminativa (sentenças processuais), seja com prolação de sentença definitiva (sentenças de mérito).

Desse modo, a citada medida de cognição sumária tem como objetivo a antecipação dos efeitos do provimento final de mérito a que a parte pretende ver declarado em seu favor, existindo a possibilidade imediata de execução. Para Wambier e Talamini (2013, p.400):

A função da antecipação da tutela é a de permitir que a proteção jurisdicional seja oportuna, adequada e efetiva. Garantir a efetividade de suas decisões é a contrapartida que o Estado tem que dar à proibição da autotutela. Na clássica definição de Chiovenda, tem-se que o processo será efetivo se for capaz de proporcionar ao credor a satisfação da obrigação, como se ela tivesse sido cumprida espontaneamente e, assim, dar-se ao credor tudo aquilo a que ele tem direito..

A antecipação da tutela consiste em hipótese excepcional no processo de conhecimento, em que o legislador permite ao juiz proferir decisão com base em cognição não exauriente.

2.1.1 Espécies de Tutela Antecipada

A partir da análise do art. 273, do Código de Processo Civil (CPC), pode-se perceber a existência de três espécies de tutela antecipada. A primeira, e mais comum, é a tutela antecipada como espécie de tutela de urgência, possuindo como requisitos a prova inequívoca da verossimilhança da alegação, prevista no art. 273, *caput*, do CPC e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, contido no art. 273, I, do CPC. É concedida mediante um juízo de probabilidade.

A segunda espécie que se pode observar é a tutela antecipada sancionatória, que, de acordo com as lições de Daniel Amorim, recebe essa titulação pelo fato de funcionar como forma de apenar a parte que viola os princípios da boa-fé e lealdade processual. Seus requisitos são a prova inequívoca da verossimilhança da alegação e o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório, como dispõe o art. 273, II, do CPC. Como a primeira espécie, trata-se de tutela provisória, concedida mediante cognição sumária. Percebe-se que tal espécie não possui como requisito o fundado receio de dano, eximindo o pretendente da demonstração de qualquer perigo sobre o direito que o tempo de duração do processo possa gerar, ou seja, a parte pode aguardar o encerramento do processo para a obtenção efetiva de sua pretensão. Para Daniel Amorim (2012, p.1166):

Segundo a melhor doutrina, essa espécie de tutela antecipada funciona como forma de sanção processual à parte – em especial ao réu – que abusa de seu direito de defesa ou pratica atos protelatórios fora do processo com efeitos processuais. Apesar de o abuso de direito de defesa não se confundir com os atos protelatórios, na prática o resultado é sempre o mesmo: a criação injustificada de obstáculos – processuais ou materiais- a impedir que o processo judicial chegue ao seu final, com a definitiva entrega do bem da vida ao autor. Justamente por não entender legítima a criação de tais obstáculos, o legislador regula a obtenção da satisfação fática da parte (geralmente o autor) por meio da tutela antecipada como forma de sancionar a parte contrária, invertendo o ônus do tempo no processo.

No art. 273, § 6º, do CPC está prevista a terceira espécie da tutela antecipada, que poderá ser concedida quando um ou mais pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. Apesar de existir o termo poderá, não cabe no caso concreto a discricionariedade do juiz entre conceder ou não a tutela. Para sua concessão, serão dispensados os requisitos da prova inequívoca da verossimilhança, bem como perigo de dano ou ato desleal, tendo, como único requisito, o presente no art. 273, §6º, do CPC. Trata-se de uma espécie de tutela antecipada que gera controvérsia doutrinária no tocante a sua natureza jurídica, uma parcela dizendo tratar-se efetivamente de tutela antecipada e outra afirmando ser

um julgamento antecipado da lide.

Entende Marinoni (2008) que tal dispositivo não se enquadra genuinamente na tutela antecipada, mas sim, em um julgamento antecipado parcial da lide. Para essa corrente doutrinária, a cognição do juiz será exauriente, fundada num juízo de certeza, que não poderá ser modificado pela decisão final da demanda, por geral coisa julgada material, tornando inaplicável o disposto no art. 273, §4º, do CPC.

A corrente doutrinária que defende a natureza de tutela antecipada, tendo como um de seus representantes Zavascki (2009), afirma que, apesar de o juízo de verossimilhança ser ainda maior que nas outras espécies de tutela antecipada, não será decidido com fundamento em cognição exauriente, sendo admissível a revogação ou modificação da decisão concessiva de tutela antecipada, ao final da demanda.

2.1.2 Tutelas específicas

Prevista no art. 273 está a tutela antecipada de forma genérica, podendo ser chamada de antecipação dos efeitos práticos da tutela *stricto sensu*, segundo José Herval (2013). Nos arts 461 e 461-A do CPC, está regulada a tutela específica, direcionada aos casos das obrigações de fazer e entregar coisas certa ou incerta.

Em suma, existe um gênero chamado de tutelas satisfativas antecipatórias, subdividindo-se em antecipação da tutela *stricto sensu* (art. 273) e tutela específica (arts. 461 e 461-A). Não será observada, na prática, essa distinção, pois muitas vezes o autor pede uma tutela antecipada quando se trata de uma tutela específica, e vice-versa. Possuindo idêntica natureza de satisfazer *a priori* a pretensão substancial em momento diverso da sentença, não há óbice que o juiz conceda um pedido pelo outro, pois estará de qualquer modo antecipando a pretensão material solicitada.

2.1.3 Requisitos para a concessão da Tutela Antecipada

Para que seja possível a concessão da antecipação de tutela, faz-se necessária a conjugação de certos requisitos, salvo a tutela antecipada prevista no art. 273, §6º, do CPC, quais sejam, a existência de prova inequívoca capaz de convencer o juiz da verossimilhança das alegações do requerente, bem como perigo de dano irreparável ou de difícil reparação ou a caracterização de abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu e a reversibilidade da medida antecipatória.

2.1.3.1 Prova inequívoca da verossimilhança da alegação

Prevista no art. 273, *caput*, do CPC, trata-se do requisito geral para a concessão da medida satisfativa de urgência, sendo correlato ao de cognição sumária ou superficial, segundo Wambier e Talamini (2013), onde o juiz tem uma razoável impressão de que o autor tem razão, mas não certeza absoluta, como ocorre na cognição exauriente. É a noção tradicional de *fumus boni iuris*.

A prova que visa tornar verossimilhante a pretensão pode ser produzida em audiência de justificação, não estando subordinada à existência de prova documental. Para Rinaldo Mouzalas de Souza e Silva (2013), qualquer meio de prova, típico ou atípico, desde que idôneo, pode servir de preenchimento do requisito legal.

2.1.3.2 Receio de dano irreparável ou de difícil reparação

Segundo tal requisito, deve o requerente demonstrar que os danos causados pela não concessão da tutela antecipada serão irreversíveis, ou que para serem restabelecidos, impor-se-á para a parte vencida elevado ônus. Trata-se do conceito de *periculum in mora*, exigido para a concessão das tutelas cautelares. Leciona Zavascki (2009) que tal dano deve ser concreto, atual e grave, capaz de provocar sério prejuízo à parte e não decorrer de mero temor subjetivo. A demora causada pelo trâmite processual, consequente do respeito aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, não é suficiente para embasar a tutela antecipada .

2.1.3.3 Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu

O manifesto intento protelatório decorre da prática de atos fora do processo, mas que sejam capazes de dificultar a celeridade processual, enquanto o abuso de direito de defesa pode ser observado quando existe um desvirtuamento da atividade defensiva que ocorre dentro do processo, não se restringindo à contestação, mas em qualquer outra das espécies de resposta do réu usadas de forma abusiva. Salienta-se que, como o direito de defesa existe durante toda a duração do processo, o abuso no seu exercício pode ocorrer durante todo o trâmite procedimental. Para Silva (2013, p.367):

Claro exemplo de antecipação da tutela justificada no abuso do direito de defesa pode ser visualizado na situação em que a parte interessada em retardar a tramitação processual começa a interpor inúmeros recursos para continuar usufruindo o bem jurídico reclamado em juízo. Outro exemplo é a apresentação de resistência contra

pretensão fundada em precedentes advindos de tribunais superiores, sem apresentação de nenhum fator que justifique a não incidência deles. [...]

Um exemplo de antecipação de tutela amparado pelo manifesto intento protelatório da parte requerida ocorre quando o réu, para retardar a marcha processual, começa a se ocultar para não ser citado pessoalmente. Embora ele possa ser citado por hora certa, tal demanda certo lapso temporal. Enquanto isso, o órgão jurisdicional competente poderá antecipar provisoriamente a tutela jurisdicional de procedência.

2.1.4 Características da antecipação de tutela

Apesar de existir divergência entre os diversos autores sobre o que pode ser considerado como características ou aspectos da antecipação de tutela, neste trabalho monográfico, abordam-se a legitimação, a reversibilidade, a revogabilidade e a natureza da decisão que aprecia o pedido de antecipação de tutela.

2.1.4.1 Legitimação

Tendo como base a interpretação literal do art. 273, somente o autor terá direito à tutela antecipada, visto que apenas ele fará o chamado pedido inicial. No entanto, esse não é o entendimento mais adequado, visto que a melhor doutrina entende que, mesmo que não for autor, poderá requerer em seu benefício a concessão da tutela antecipada. Autor, no processo, é, além daquele que apresenta a petição inicial, o oponente, o denunciante, o reconvinte, o que apresenta declaratória incidental, o assistente litisconsorcial do autor etc (Wamber;Talamini, 2013, p.407). No tocante à assistência simples e o Ministério Público (MP), atuando como mero fiscal da lei, podem também formular pedido de tutela antecipada, no entanto seus efeitos atingirão apenas o autor ou réu. Daniel Amorim(2012) entende pela impossibilidade do pedido de antecipação de tutela proposto pelo MP, fundamentando que a tutela antecipada depende de pedido da parte interessada e, sendo o MP fiscal da lei, fiscalizar a boa aplicação do art. 273 do CPC é deixar à parte interessada o pedido de concessão de tutela antecipada. Não impedindo isso que o promotor peticione afirmando que a parte tem direito à tutela antecipada, expondo suas razões, o que levará o patrono da parte a requerer a concessão.

Outro importante aspecto sobre a legitimidade seria sobre a sua concessão *ex officio*. Parcela da doutrina, como Silva (2013,p.370)a, entende sim ser cabível:

[...] a antecipação dos efeitos da tutela pode ser conferida “ *ex officio*”, porque meros formalismos da legislação processual não poderiam servir como óbices à efetivação do direito material(se não for conferida de ofício, a prestação jurisdicional definitiva poderá ficar prejudicada (grifo do autor).

No entanto, Wamber e Talamini (2013) entendem de forma contrária, ao lecionar que

existir um pedido é pressuposto para poderem ser antecipados os efeitos da sentença, não havendo antecipação dos efeitos da sentença sem provocação da parte, segundo o art. 273, *caput*.

2.1.4.2 Reversibilidade

A tutela antecipada, tal como disciplina o art. 273, § 2º, não será concedida se houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. Entende a doutrina majoritária que tal irreversibilidade diz respeito aos efeitos práticos gerados por ele, analisado pela capacidade de retorno ao estado *quo ante* e não aos efeitos jurídicos que poderão ser reversíveis mediante a interposição do recurso cabível ou a prolação de outra decisão que virá a substituí-los.

Considera-se reversível o provimento toda vez que puder haver indenização e que seja capaz de efetivamente compensar o dano sofrido, apesar de isso nem sempre ocorrer, pois existem danos que não serão substituíveis por pecúnia (Wamber;Talamini, 2013). Há casos em que, mesmo quando a tutela antecipada é faticamente irreversível, o juiz poderá concedê-la, pois um direito indisponível do autor não poderá ser sacrificado por uma vedação legal. Leciona Daniel Amorim (2012,p.1182):

Nesse caso, valoram-se os interesses em jogo, e, sendo evidenciado o direito à tutela antecipada, é indevida a vedação legal à sua concessão. São, por exemplo, muitas as tutelas antecipadas em demandas em que se discute a saúde do autor, com a adoção de medidas faticamente irreversíveis, tais como a liberação de remédios, imediata internação e intervenção cirúrgica. É óbvio que a mera indisponibilidade do direito não é suficiente para a concessão da tutela antecipada, devendo sempre o juiz analisar o efetivo preenchimento dos requisitos legais. Não é porque a operação é necessária à sobrevivência do autor que o juiz concederá, por esse simples fato, a tutela antecipada em seu favor somente porque o Plano de Saúde ou Hospital sempre poderão cobrar o valor da operação posteriormente na hipótese de revogação da tutela antecipada.

O princípio da proporcionalidade é uma das respostas que se pode dar à tentativa de se solucionar o confronto entre rapidez e segurança gerado pela possibilidade de que medidas concedidas com base na plausibilidade do direito não fiquem presas à necessidade de reversibilidade.

2.1.4.3 Revogabilidade

O pronunciamento jurisdicional que analisa o pedido de antecipação de tutela poderá ser revogado, no todo ou em parte, desde que por decisão fundamentada, de acordo com o art. 273, §4º, do CPC. Esta modificação fica condicionada à transformação da situação de fato, de tal forma que os pressupostos autorizadores da concessão da medida simplesmente deixam de

existir. Desse modo, não é certo dizer que houve uma alteração da decisão, mas sim, que será prolatada outra decisão para outra situação. Para Marinoni (2008), o juiz não poderá revogar a tutela de ofício, somente podendo ser revogada em razão de requerimento da parte interessada. Ainda que o dispositivo legal do CPC não tenha se referido expressamente a essa exigência, a maioria da doutrina posiciona-se contrariamente à modificação *ex officio* da decisão que antecipa a tutela.

2.1.4.4 Natureza da decisão que aprecia o pedido de antecipação da tutela

O pronunciamento jurisdicional que concede ou nega a antecipação dos efeitos da tutela constitui decisão interlocutória, sendo o recurso adequado à sua impugnação o agravo de instrumento, pois, segundo o art. 522, do CPC, este será cabível sempre que se tratar de decisão potencialmente capaz de causar lesão grave e de difícil reparação.

Ocorrendo a concessão da medida na própria sentença de mérito, será cabível a apelação, segundo o art. 520, VII, do CPC, apesar de existir doutrina minoritária que defenda ser cabível o agravo de instrumento. Até que se pacifique a questão completamente, convém aplicar a hipótese do princípio da fungibilidade recursal (Wamber;Talamini, 2013).

2.1.5 Tutela antecipada contra a Fazenda Pública

Apesar de no passado existir uma discordância entre os doutrinadores acerca do cabimento de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, tal discussão está superada atualmente sob o entendimento de não existir vedação a sua concessão.

Um dos argumentos que era levantado contra a antecipação era o de que não poderia ser eficaz uma decisão contra a Fazenda Pública se não passasse pelo crivo do duplo grau de jurisdição, o chamado reexame necessário. Refuta-se tal consideração com base no art. 475, *caput*, do CPC, afirmando ser apenas exigida a remessa necessária em algumas sentenças de mérito que causam determinante lesão à Fazenda Pública, e não de decisão interlocutória. Segundo Daniel Amorim (2012), o duplo grau obrigatório não impede a execução provisória da sentença, de acordo com o art.14, da Lei 12.016/2009, razão maior para a concessão de liminar, uma espécie de tutela antecipada.

Outro argumento contrário seria a necessidade de trânsito em julgado para a expedição de precatório, tal como descrito no art. 100, *caput*, da Constituição da Republica Federativa do Brasil. Para Amorim (2012), nem sempre o pagamento de quantia certa

dependerá de precatório, mas mesmo nessas condições o texto constitucional exige o trânsito em julgado, art. 100, §3º, da Carta Magna, existindo a doutrina que defende a tese do precatório provisório, contudo não admitido na praxe forense. Nota-se que o argumento é inaplicável, pois, em diversos casos, a antecipação de tutela não versa sobre pagamento de quantia, mas sobre dever de entrega de coisa, de fazer ou não fazer, a qual não se utiliza o sistema de precatórios.

A discussão perdeu força ao advir a Lei 9.494/1997, que se destinou a impor limites à antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, pois opinião corrente na doutrina pátria é que só se proíbe aquilo que é genericamente permitido. Apesar de discutível constitucionalidade às restrições legais, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se:

Em conclusão, o Tribunal, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação declaratória de constitucionalidade, proposta pelo Presidente da República e pelas Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, para declarar a constitucionalidade do art. 1º da Lei 9.494/97 ("Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei 8.437, de 30 de junho de 1992.") - v. Informativo 167. Entendeu-se, tendo em vista a jurisprudência do STF no sentido da admissibilidade de leis restritivas ao poder geral de cautela do juiz, desde que fundadas no critério da razoabilidade, que a referida norma não viola o princípio do livre acesso ao Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). O Min. Menezes Direito, acompanhando o relator, acrescentou aos seus fundamentos que a tutela antecipada é criação legal, que poderia ter vindo ao mundo jurídico com mais exigências do que veio, ou até mesmo poderia ser revogada pelo legislador ordinário. Asseverou que seria uma contradição afirmar que o instituto criado pela lei oriunda do poder legislativo competente não pudesse ser revogada, substituída ou modificada, haja vista que isto estaria na raiz das sociedades democráticas, não sendo admissível trocar as competências distribuídas pela CF. Considerou que o Supremo tem o dever maior de interpretar a Constituição, cabendo-lhe dizer se uma lei votada pelo Parlamento está ou não em conformidade com o texto magno, sendo imperativo que, para isso, encontre a viabilidade constitucional de assim proceder. Concluiu que, no caso, o fato de o Congresso Nacional votar lei, impondo condições para o deferimento da tutela antecipada, instituto processual nascido do processo legislativo, não cria qualquer limitação ao direito do magistrado enquanto manifestação do poder do Estado, presente que as limitações guardam consonância com o sistema positivo. Frisou que os limites para concessão de antecipação da tutela criados pela lei sob exame não discrepam da disciplina positiva que impõe o duplo grau obrigatório de jurisdição nas sentenças contra a União, os Estados e os Municípios, bem assim as respectivas autarquias e fundações de direito público, alcançando até mesmo os embargos do devedor julgados procedentes, no todo ou em parte, contra a Fazenda Pública, não se podendo dizer que tal regra seja inconstitucional. Os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Gilmar Mendes incorporaram aos seus votos os adendos do Min. Menezes Direito. Vencido o Min. Marco Aurélio, que, reputando ausente o requisito de urgência na medida provisória da qual originou a Lei 9.494/97, julgava o pedido improcedente, e declarava a inconstitucionalidade formal do dispositivo mencionado, por julgar que o vício na medida provisória contaminaria a lei de conversão. (ADC 4/DF, rel. orig. Min. Sydney Sanches, rel. p/ o acórdão Min. Celso de Mello, 1º.10.2008. [ADC-4], Info. nº 522)

Diante do pronunciamento da Suprema Corte, a discussão tornou-se inútil, considerando-se que o STF confirmou a constitucionalidade da tutela antecipada contra a Fazenda Pública.

2.1.6 Procedimentos e processos compatíveis com a tutela antecipada

No tocante ao procedimento, não restam dúvidas acerca da aplicabilidade no procedimento ordinário e sumário (Amorim, 2012), pois são considerados procedimentos comuns pelo CPC.

Sobre os procedimentos especiais, previstos no CPC e em leis extravagantes, aplica-se a tutela antecipada, com fundamento nas decisões do Supremo Tribunal de Justiça, que a admitem na ação de despejo (STJ, 5ª, Resp 702.205/SP), e consignação em pagamento (STJ, 4ª Turma, Resp 754.619/SC). Para Marinoni (2008), mesmo na tutela monitória, admite-se a tutela antecipada. No procedimento sumaríssimo é admitida a tutela antecipada, pois esta é totalmente compatível com os princípios dos Juizados Especiais (Lei 9.099/1995) e dos Juizados Especiais Federais (Lei 10.259/2001), apesar de não ser expressa. Disciplina Amorim (2012,p.1174):

Na realidade, a omissão é irrelevante, mas o art.4º da Lei 10.259/2001, ao mencionar a possibilidade de o juiz deferir medidas cautelares no curso do processo poderia, além de ter se preocupado em proibir o processo cautelar autônomo, aproveitado a oportunidade para prever expressamente também a tutela antecipada.

A antecipação da tutela tem como objetivo os efeitos executivos da tutela, criando uma incompatibilidade desse instituto com o processo de execução, pois não será possível antecipar o direito que a parte já possui.

2.2 Tutela Cautelar

A necessidade de garantir a utilidade prática da prestação jurisdicional, sob o risco de transformar em providência inócua, levou o legislador a criar o processo cautelar como um *tertium genus* da prestação, consistindo num provimento servil às demais manifestações judiciais, capaz de resguardar as condições de fato e de direito necessárias à prestação da justiça com efetividade. Destarte, o processo cautelar possui concomitantemente as funções do processo de conhecimento e de execução, possuindo como elemento específico a prevenção.

2.2.1 Características

Tal como o processo de cognição e o de execução, o processo cautelar trata-se de um processo contencioso, sendo seu pressuposto a lide. No entanto, este tem uma função auxiliar e subsidiária, servindo à tutela do processo, onde será protegido o direito. O foco da atividade cautelar é a segurança e garantia do bem da vida objeto da lide, entendendo Eliézer Rosa(1973) que as medidas cautelares, chamadas de medidas preventivas anteriormente, são cabíveis para acautelar o interesse das partes diante do perigo da demora natural dos processos judiciais.

2.2.1.1 Sumariedade

Pode-se entender essa característica sob dois prismas, formal e material. O sentido formal diz respeito ao procedimento sumarizado aplicável ao processo cautelar, indispensável, pois o procedimento ordinário não se compatibiliza com a urgência característica da tutela cautelar. Não se deve confundir com o procedimento comum previsto no CPC (arts 275 e ss), pois este é regulado pelo art. 801 e ss do mesmo dispositivo legal.

No sentido material, a sumariedade apresenta-se pela suficiência da cognição sumária desenvolvida pelo juiz para a concessão da tutela cautelar. Tendo em vista a urgência que norteia o processo cautelar, uma cognição exauriente demandaria tempo para o seu desenvolvimento, que se tornaria incompatível com a realidade da tutela em questão. Isto posto, deverá ser concedida a cautelar mediante uma cognição sumária, com base *no fumus boni iuris*, não se exigindo um juízo de certeza, típico da tutela definitiva.

A cognição sumária pode ser uma consequência do contraditório diferido ou postergado, hipótese em que o magistrado decidirá tendo o conhecimento somente da versão apresentada pelo demandante, ouvindo a parte contrária em momento posterior, fugindo à regra do contraditório tradicional.

2.2.1.2 Provisoriedade

Disciplina o art. 807, do CPC, que “As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas”, significando que a tutela cautelar tem um tempo de duração predeterminado, não perdurando para sempre. Sua existência cessará sempre que a tutela definitiva for alcançada.

2.2.1.3 Instrumentalidade

De acordo com o princípio da instrumentalidade, a medida cautelar não tem um fim em si mesma, mas sim, um instrumento para que o resultado de outro processo seja útil e eficaz.

O processo principal é o instrumento para a satisfação do direito e o processo cautelar é o instrumento para a tutela do processo, protegendo o simples interesse da parte, para que o provimento jurisdicional definitivo tenha um resultado garantidamente útil.

2.2.1.4 Revogabilidade

Expresso no art. 807 que a medida cautelar poderá ser revogada a qualquer tempo, no entanto, o dispositivo legal não faz distinção com relação ao momento de concessão da cautelar.

Concedida mediante liminar, alterados os fatos que originaram a concessão da medida liminar em demanda cautelar, esta poderá ser revogada. Decorrente da mudança dos fatos, se o magistrado perceber alguma mudança nos requisitos da tutela cautelar, quais sejam, a fumaça do bom direito e o perigo na demora, a revogação da medida deferida é de rigor. Ensina Daniel Amorim(2012) que, mesmo não existindo mudança fática, sem qualquer mudança no conjunto probatório, o juiz poderá revogar a tutela cautelar deferida por meio de liminar com base na sua simples mudança de opinião, percebendo que se equivocou ao deferir. Essa modificação seria realizada *ex officio*, pois é impossível a parte adentrar a mente do magistrado e descobrir sua mudança de pensamento, para só então a requerer.

Sendo concedida por meio de sentença, não há divergência na doutrina quanto a ser a revogação ou a modificação dependentes de manifestação expressa da parte interessada. A vedação da revogação de ofício, diante do entendimento adotado de exigência de uma ação autônoma, decorre do princípio da inércia de jurisdição.

2.2.1.5 Autonomia

A autonomia decorre dos fins do processo cautelar, que serão realizados independentemente da procedência ou não do processo principal. Para Humberto Theodoro Jr.(2008 p.55,56):

Inegável, perante a mais atualizada doutrina, que a jurisdição compreende três espécies distintas de atividade, a cognição, a execução e a cautela, de modo que o processo

cautelar se introduz assim qual “*tertium genus*” de processo contencioso, ao lado do processo de cognição e de execução. De tal arte, o pressuposto da autonomia do processo cautelar encontra-se na diversidade de sua função diante das demais atividades jurisdicionais. A Função específica do processo cautelar (prevenção) não se confunde a que é própria do processo principal (a satisfação). Ainda quando todos eles utilizem instrumentos iguais, as funções desempenhadas os distinguem significativamente.(grifo do autor)

A autonomia do processo cautelar pode ser percebida claramente ao ser verificado que o resultado de um processo não reflete no outro, podendo a parte que logrou êxito na ação cautelar sair vencida na ação principal. Reforça tal entendimento ao ser observado o art.810 do CPC, dispondo que o indeferimento da medida cautela não obsta a que a parte intente a ação, nem influi no julgamento desta.

2.2.2 Legitimidade e Competência

Serão legitimados os sujeitos para a ação cautelar os sujeitos perante os quais deve desenvolver-se a relação processual do juiz de mérito. Não sendo discutido o mérito ou a lide na ação cautelar, e por ser uma medida preventiva e urgente, é admitida a sua propositura sem exigência da outorga uxória ou marital, mesmo nos casos em que o processo principal verse sobre direito real sobre imóveis.

O art. 800 do CPC dispõe que “as medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa;e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal”. Trata-se de reprodução do art. 682 do Código de Processo Civil revogado. Críticas são feitas ao dispositivo mencionado:

há uma inútil repetição de regras [...] fazendo crer existirem duas regra de competência para o processo cautelar, que dependerão para a sua aplicação tratar-se de cautelar incidental ou preparatória[...] A regra é sempre a mesma, qual seja, será competente para julgar a ação cautelar o juízo competente para julgar a ação principal, independentemente desta já existir ou estar por vir(AMORIM, 2012, p.1211).

Outra crítica seria de que, em determinadas situações, a rigidez descrita no art. 800 prejudicaria em demasia a efetivação da tutela cautelar, sendo mais interessante que a cautelar pudesse ser proposta em foro diverso do competente para conhecer o futuro processo principal sempre que se mostrasse mais propício para a rápida realização da tutela cautelar Segundo Theodoro Jr.(2008, p.117):

Para aquilatar a inconveniência de uma norma rígida como a do art. 800, basta lembrar a hipótese aventada por LOPES DA COSTA da venda de um reanho entre pessoas de domicílio diferente e que esteja apascentada em região longínqua. Descoberto o perigo ou a iminência do desvio do gado negociado, se o comprador tiver de se deslocar até o

foro do domicílio do vendedor e lá obter a concessão da medida para depois providenciar a expedição da respectiva precatória, correrá o risco de encontrar seu gado transformado em bife.

Entende-se de forma pacífica, na doutrina, que a cautelar antecedente previne a competência do juízo para a propositura da ação principal. O inverso também é possível, sendo prevento o juízo do processo principal para todas as futuras cautelares incidentais.

A redação dada pela Lei 8.952/1994 ao art. 800 do CPC veio sanar uma antiga controvérsia gerada pelo texto primitivo do parágrafo único do dispositivo mencionado, sobre a competência da ação cautelar incidental nas hipóteses em que o processo principal já estivesse em grau recursal. Com a nova redação não existem mais dúvidas de que a competência cautelar, durante a tramitação, é do tribunal e não do juiz de primeiro grau. Existem duas exceções a essa regra, no art. 853, está previsto que ainda que a causa principal penda de julgamento no tribunal, será processado no juízo de primeiro grau o pedido de alimentos provisionais, e no art. 880, parágrafo único, dispondo que a ação de atentado será processada e julgada pelo juiz que conheceu originalmente a causa principal, ainda que se encontre no tribunal.

Nas Justiças especiais, a competência em razão da matéria se estende às medidas cautelares que tenham alguma relação com os processos principais a seu cargo.

2.2.3 Liminar

De acordo com o art. 804 do CPC, será cabível a concessão de liminar em processo cautelar sempre que o réu, sendo citado, puder tornar a medida ineficaz. Apesar de o procedimento cautelar visar a entrega da prestação jurisdicional em tempo suficiente para proteger de forma eficaz o interesse do requerente, há ocasiões em que o bem da vida corre o risco de perecer por não poder esperar o regular trâmite, mesmo este sendo mais célere. Nessas ocasiões, o legislador acertadamente inseriu a previsão legal da liminar no processo cautelar, tornando urgente o que já era urgente.

2.2.4 Fungibilidade das medidas cautelares

Dispõe o art. 805 que “a medida cautelar poderá ser substituída de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar lesão ou repará-la integralmente”, sendo esta a previsão legal do princípio da fungibilidade das cautelares.

2.2.5 Coisa julgada material

Apesar de não ter sido mantida no CPC atual a previsão do antigo Código de 1939, de que as medidas preventivas não faziam coisa julgada, é esse o entendimento que permanece na doutrina majoritária e o Superior Tribunal Justiça, no Recurso Especial 724.710/RJ, 1ª Turma. Segundo Daniel Amorim (2012, p. 1226):

Apesar de reconhecer tratar-se de opinião minoritária, entendo que existe coisa julgada material na sentença cautelar e que a rejeição notada de forma tão absoluta na doutrina majoritária deve-se a antigos preconceitos herdados de antigos equívocos

Vale ressaltar que, segundo o art. 810 do CPC, na sentença que reconhece a prescrição ou decadência na própria cautelar e julga extinto o processo com esse fundamento, a sentença será de mérito, produzindo coisa julgada material.

2.2.6 Poder Geral de Cautela

O poder geral de cautela pode ser estudado sob dois prismas, sobre o sistema jurídico e sobre a atividade do juiz no caso concreto. Com foco no sistema jurídico, o poder geral de cautela significa o poder do Estado de evitar no caso concreto que o tempo necessário para a concessão da tutela definitiva torne ineficaz, impondo que nenhuma restrição deve ser admitida ao direito da parte em obter essa espécie de tutela, quando demonstrados os requisitos necessários (*periculum in mora e fumus boni iuris*).

Desse modo, mesmo que o legislador tenha criado as cautelares nominadas, àquelas que são previstas especificamente no CPC, seria impossível exaurir todas as situações em que seria necessária a concessão de medida cautelar, admitindo-se, então, as cautelares inominadas, sendo aquelas não previstas de forma específica pelo legislador, decorrentes do poder geral de cautela do juiz.

Previstas nos arts. 798 e 799, as cautelares inominadas ou atípicas possibilitam que o juiz conceda as medidas provisórias que julgar adequadas quando houver fundado receio de uma das partes, podendo para evitar o dano autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução. O Superior Tribunal de Justiça, julgando o REsp 627.759/MG, admite a cautelar inominada em razão do poder geral de cautela.

Analisando sobre a perspectiva do juiz, o poder geral de cautela significa a

possibilidade de, no caso concreto, ser concedida uma medida cautelar de ofício. O art.797 permite que o juiz conceda, em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, medidas cautelares sem a audiência das partes. Daniel Amorim(2012,p.1228) faz críticas ao dispositivo lecionando que:

A redação do dispositivo legal não foi feliz porque se os casos já são expressamente previstos em lei, o fato de serem ou não excepcionais é absolutamente irrelevante. Ainda que o princípio de que a lei não contém palavras inúteis seja mais um ideal do que uma realidade, nesse caso parece que a cumulatividade dos requisitos sugeridos pela lei – excepcionalidade e previsão expressa em lei – realmente não se justifica. Faltou algo à redação; seja uma vírgula depois de “expressamente” ou um “ou”, mas a conclusão mais acertada para a interpretação de tal dispositivo é de que o poder geral de cautela admite a concessão de medida cautelar em situações excepcionais ou quando expressamente previsto em lei.

Interpretando o CPC, foi reconhecida a impossibilidade de o legislador prever todas as hipóteses para a concessão da tutela cautelar, podendo ser também interpretada como impossível a previsão de todas as situações nas quais o juiz poderá conceder a tutela cautelar de ofício. Deve-se apenas serem observados alguns elementos, como ser de extrema urgência, não havendo tempo para ouvir as partes; a situação de urgência não ser de conhecimento da parte interessada; presença da fumaça do bom direito e constatação *prima facie* do risco da efetividade da tutela do direito.

Deve-se constatar que, para ser concedida de ofício uma medida cautelar pelo juiz, exige-se a existência de um processo já instaurado, observando o princípio da inércia da jurisdição.

2.2.7 Prazo de Eficácia

Prevê o art. 806 do CPC que quando a tutela cautelar for concedida em procedimento preparatório, cabe à parte propor a ação principal no prazo de trinta dias. Não restam dúvidas sobre qual seria o termo inicial da contagem do prazo, ao ser disposto explicitamente no dispositivo legal que será do efetivo cumprimento da decisão concessiva da tutela cautelar, sendo irrelevante o momento da propositura da ação ou da concessão da medida. Em respeito ao princípio do contraditório, o prazo será iniciado a partir da intimação da parte de que a medida cautelar foi devidamente cumprida. Entende o Superior Tribunal de Justiça que, existindo pluralidade de réus, o prazo para ser proposta a ação principal somente terá início para aqueles que sofreram constrição judicial de seus bens:

Trata-se de medida cautelar ajuizada por massa falida em desfavor do recorrente e de outros 38 ex-administradores de sociedade anônima falida (construtora), em que o

processo foi desmembrado para cada réu com o objetivo de facilitar a instrução. O voto-vista da Min. Nancy Andrighi, condutor da tese vencedora, explica que, quando a liminar de sequestro abrange uma pluralidade de réus, a efetivação de tal medida, para apuração do *dies a quo* do prazo de 30 dias para a interposição da ação principal (art. 806 do CPC), deve ser tomada em relação a cada réu, individualmente. Assim, apreendidos bens de qualquer dos réus, dá-se início à contagem do prazo da ação principal, exclusivamente em relação a ele, sob pena de perda da eficácia da liminar quanto a ele. Dessa forma, uma vez proposta a ação de conhecimento contra os réus, os sequestros cumpridos dentro do trintídio (e dali para frente) serão mantidos, sendo necessário repetir os atos de constrição apenas daqueles que, após terem bens indisponibilizados, não foram acionados em 30 dias. Nessa hipótese, porém, a perda de eficácia de liminar contra um dos réus não conduz, automaticamente, à extinção da medida cautelar, pois ela manterá seu objeto em relação aos demais réus. Para a Min. Nancy Andrighi, somente assim será preservado o direito constitucional à razoável duração do processo, bem como o caráter provisório das medidas cautelares, a possibilitar a pronta instauração do processo principal em prol daqueles que têm seus bens bloqueados, mas sem beneficiar os que, por qualquer motivo, furtarem-se do cumprimento da liminar. [...] (REsp 1.040.404-GO, informativo 424/STJ)

Passado o prazo de trinta dias, não será admitida a ação por falta de interesse de agir. Excepcionalmente, para Theodoro Jr (2008), no caso de a medida cautelar não gerar prejuízo ao requerido em termos de constrição de bens ou restrição de direitos, não se justifica a aplicação do art. 806 do CPC, tal como nas medidas cautelares probatórias e nas meramente conservatórias.

Existe ainda certa controvérsia quanto à natureza do prazo previsto no dispositivo legal mencionado, tratando-se de prazo decadencial para alguns doutrinadores (Orione Neto, 2004), recebendo diversas críticas de outros, como Baptista da Silva(2008), que asseveram ser possível que o prazo seja suspenso ou interrompido. O Superior Tribunal de Justiça entende no sentido do prazo previsto no art. 806 do CPC ter natureza decadencial (REsp 225.357/RJ), acarretando a extinção do processo cautelar sem a resolução do mérito, se não proposta a ação principal dentro dos trinta dias legais.

A cessação da eficácia da tutela cautelar está prevista no art. 808, prevendo como hipóteses a já mencionada não propositura da ação principal em trinta dias(art. 808, I), a ausência de execução da tutela cautelar no prazo de trinta dias (art. 808, II) e a extinção do processo principal com ou sem resolução de mérito (art 808,III).

2.2.8 Recurso

Sendo autônomo o processo cautelar, dando ensejo a uma decisão distinta daquela que julga a ação principal, será englobado no conceito de sentença, previsto no art 162, §1º, do CPC. Logo, o recurso que desafia a sentença é a apelação, prevista no art. 513, do CPC, ainda que não chegue ao exame do mérito, por não serem observados os pressupostos

recursais ou por carência de ação. Segundo Humberto Theodor Jr.(2008), a apelação da decisão da ação cautelar não possui efeito suspensivo. Serão cabíveis também no processo cautelar os embargos de declaração, bem como os recursos especial e extraordinário.

2.2.9 Responsabilidade Civil

A parte que for beneficiada pela concessão e execução da tutela cautelar poderá ser responsabilizada pelos danos que vierem a ser causados à outra parte. Existe um entendimento pacífico entre os doutrinadores que essa responsabilidade terá natureza objetiva, não importando o elemento culpa, bastando que a situação concreta se enquadre em uma das previstas no art. 811, do CPC, uma sentença desfavorável no processo principal; obtenção da cautelar liminarmente e não promoção de citação do requerido em cinco dias; cessação da eficácia, nos casos do art. 808; e sentença de prescrição ou decadência.

2.2.10 Cautelares Específicas

No Livro III, do CPC, além de estarem previstos disposições gerais ao procedimento cautelar, o legislador criou as cautelares específicas, as quais também se aplicam as disposições gerais, no que for cabível (art. 812), possuindo peculiaridades procedimentais próprias, visando se adequar as suas respectivas finalidades.

Os procedimentos cautelares específicos previstos no Código, entre os arts. 813 a 899, são o arresto, sequestro, caução, busca e apreensão, exibição de coisa ou documento, produção antecipada de provas, alimentos provisionais, arrolamento de bens, justificação, protestos, notificações, interpelações, homologação de penhor legal, posse em nome de nascituro, atentado, protesto e apreensão de títulos.

No entanto, seria impossível para o legislador positivar todas as situações possíveis que poderiam necessitar da proteção das cautelares. O direito está em constante mudança e novas relações jurídicas nunca antes previstas se originam com o decorrer do tempo.

2.3 Comparação entre o procedimento cautelar e a técnica de antecipação

Apesar de tutelas próximas e serem espécies do gênero tutela de urgência, as cautelares e a antecipação possuem algumas diferenças substanciais, além de algumas similaridades. O objetivo desse tópico é justamente fazer tais comparações.

2.3.1 Natureza jurídica

A distinção tradicional na doutrina entre as duas espécies de tutela de urgência é que a tutela cautelar visa assegurar o resultado útil do processo, enquanto a tutela antecipada tem como escopo satisfazer faticamente o direito da parte. Essa distinção, no entanto, pode não ser tão facilmente percebida, pois em ambas as espécies se encontram presentes tanto a garantia quanto a satisfação. A tutela cautelar garante para satisfazer e a tutela antecipada satisfaz para garantir. Leciona Bedaque (2006) que o objeto da tutela cautelar é garantir o resultado final do processo, mas essa garantia, na realidade, prepara e permite a futura satisfação do direito. A tutela antecipada satisfaz faticamente o direito e, ao fazê-lo, garante que o futuro resultado do processo seja útil à parte vencedora.

Um interessante modo de diferenciar tais tutelas é analisar se os efeitos práticos que a tutela gera se confundem com os efeitos que serão criados com o resultado final do processo. Existindo coincidência total, a tutela será antecipada, do contrário, será cautelar.

2.3.2 Requisitos para a concessão

Ambas as tutelas serão concedidas mediante cognição sumária, o chamado juízo de probabilidade. Na tutela antecipada, será apreciada a prova inequívoca da verossimilhança da alegação, enquanto para a tutela cautelar, o requisito para a concessão será o *fumus boni iuris*.

Durante todo o processo, o juiz irá construir seu convencimento conforme aprofunda a sua cognição, compreendendo a doutrina que entre a ignorância e a certeza existem diversos graus de convencimento. Entende Watanabe que a prova inequívoca da verossimilhança da alegação está mais próxima da certeza do que o *fumus boni iuris* (Watanabe, 1987), sendo este também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2ª Turma AgRg na MC 12.968/PR).

Para a cautelar, o fato apresentado pelo requerente teria apenas que parecer verdadeiro, mas, na tutela antecipada, além de parecer verdade, deve existir um conjunto de provas que fortaleça a alegação, sendo suficiente para formar um convencimento mais robusto ao juiz.

Apesar das diferenças já apreciadas entre *fumus boni iuris* e a prova inequívoca da verossimilhança da alegação, ainda existem outros requisitos necessários, o *periculum in mora*, na tutela cautelar, e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação para a

antecipação de tutela. Apesar de possuírem nomes diferentes, tratam-se exatamente do mesmo requisito da parte requerente convencer o magistrado de que, não sendo protegida de imediato, a prestação futura não terá serventia, em razão do perecimento do bem da vida objeto da lide.

2.3.3 *Autonomia*

Como já visto neste trabalho monográfico, a tutela cautelar depende da instauração de um processo específico para esse fim. Devido a essa autonomia, surgiu a distinção entre cautelar preparatória, precedente a existência da ação principal, e a cautelar incidental, sendo a ingressada durante o trâmite da ação principal.

Na tutela antecipada, não existe tal característica da autonomia, pois não há processo próprio para sua concessão. Divergindo-se da cautelar, a tutela antecipada será requerida e concedida de forma incidental em processo já instaurado, na fase de conhecimento.

2.3.4 *Atividade oficiosa do Juiz*

Está disciplinado no art. 273, *caput*, do CPC, que a tutela antecipada depende de pedido expresso da parte interessada, vedada a atuação *ex officio* do juiz. Diferentemente é o que ocorre no processo cautelar, em que o art. 797 fundamenta o já citado poder geral de cautela do juiz, possibilitando a concessão de tutela cautelar independentemente de pedido da parte interessada.

2.3.5 *Juízo de Probabilidade*

Como já visto, entende a doutrina que o instituto do *fumus boni iuris* e da prova inequívoca da verossimilhança da alegação são gradações diferentes da cognição sumária, desse modo, para a concessão de qualquer uma das espécies de tutela de urgência, não será necessária uma cognição exauriente do magistrado. Por essa razão, entende Zavascki(2009) que a prova inequívoca prevista no art 273 não significa prova definitiva, sem qualquer possibilidade de erro. Não existe divergência na doutrina ao afirmar que tal requisito é uma prova séria que corrobora a alegação do requerente, não necessariamente produzindo uma certeza no convencimento do juiz.

2.3.6 Provisoriedade

A partir da observação dos arts. 273, §4º e 807, compreende-se que ambas as espécies de tutela de urgência serão provisórias, não existindo prolongarem seus efeitos eternamente. Sabe-se que a tutela cautelar e a tutela antecipada possuem condições de revogabilidade distintas, no entanto é indiscutível que ambas possuem a característica da provisoriedade.

2.3.7 Não existência de satisfação jurídica

Por satisfação jurídica deve ser entendida como a solução definitiva da crise jurídica, satisfação fática da lide, propiciando que a parte vencedora possa usufruir eternamente e despreocupadamente do bem da vida. Sabe-se que a tutela antecipada tem o escopo de adiantar os efeitos que só poderia gozar com a vitória judicial definitiva, mas não possui uma definitividade, inexistindo satisfação jurídica. Este fato também ocorre nas cautelares que não propiciam a fruição do bem da vida objeto da lide, de forma definitiva.

2.3.8 Aplicação subsidiária da teoria geral das cautelares

Sendo a tutela antecipada prevista apenas no art. 273 do CPC, enquanto a tutela cautelar é regulamentada ao longo de 92 artigos, envolvendo tanto a sua teoria geral, quanto regras específicas para cada especial de tutela cautelar nominada, faz com que algumas vezes existam lacunas quanto à aplicação da antecipação de tutela, sendo indispensável a aplicação da teoria geral das cautelares de forma subsidiária (AMORIM, 2012).

Considerada essa subsidiariedade, podem ser feitas algumas observações. A caução, prevista de forma expressa na teoria geral da cautela (art. 804), como requisito para a concessão da liminar, é omissa na tutela antecipada. No entanto, entende a doutrina (BEDAQUE, 2006) que não existem dúvidas sobre sua aplicação, servindo para garantir o ressarcimento de eventuais danos sofridos pela parte contrária, decorrentes da concessão da medida.

Omitida também nos dispositivos que regulam a tutela antecipada, é a possibilidade de audiência de justificação, prevista no art. 804 da teoria geral das cautelares. A audiência de justificação poderá ser realizada quando o juiz não está completamente convencido sobre o

pedido liminar da tutela antecipada, crendo que obterá esclarecimento por meio da oitiva de testemunhas do requerente da tutela. Para Amorim (2012, p.1160):

Não resta dúvida da possibilidade de aplicação do art. 804 do CPC quando prevê a designação da audiência prévia de justificação à tutela antecipada, nas mesmas condições verificadas para a concessão da liminar de tutela cautelar. Seria até mesmo um contrassenso obrigar o juiz a decidir o pedido de tutela antecipada liminar sem a devida segurança a respeito de seu entendimento, quando a oitiva de testemunhas do autor mostrar-se capaz de tornar a situação mais clara e compreensível ao juiz.

Prevê o art. 800, parágrafo único, do CPC, que interposto recurso, a competência será do tribunal para a concessão da cautelar. O tema não é disciplinado especificamente para as tutelas antecipadas, todavia a ausência não impede a sua aplicação subsidiariamente.

2.3.9 Fungibilidade entre as tutelas de urgência

Consagrada no art.273, § 7º, do CPC, está a fungibilidade entre as tutelas de urgência, dispondo 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”,entendendo Daniel Amorim (2012,p1163):

[...] o princípio da fungibilidade deva ser aplicado à luz do princípio da adstração do juiz ao pedido da parte, de forma que não reconheço o art.273,§ 7.º, do CPC, como dispositivo que legitime o juiz a conceder tutela diversa daquela que foi pedida, servindo na realidade como permissivo ao juiz para adequar o pedido de urgência formulado à tutela indicada. Caso o autor requeira como tutela antecipada uma providência cautelar, desde que preenchidos os requisitos, o juiz deve adaptar o pedido à concessão de tutela cautelar e concedê-la; não poderá, por outro lado, acreditando que o autor não tem direito à tutela antecipada, conceder outra tutela, não pedida, de natureza cautelar, salvo nas excepcionais hipóteses de exercício do poder geral de cautela.

Alguns doutrinadores interpretavam o dispositivo de maneira literal, realizando apenas a mudança de uma tutela antecipada para uma tutela cautelar, não cabendo o inverso. Entendem Bedaque (2006), Dinamarco (2007) e Fux (2004) que o caminho inverso deve ser admitido, cabendo a concessão tutela antecipada no lugar de uma cautelar.

3 PROJETO DO NOVO CPC

O Senado Federal, em 2009, criou uma Comissão de Juristas com a finalidade de produzir o PL 166/10 do Novo Código de Processo Civil. Sendo apresentado, em 2010, e transformado no Projeto de lei do Senado nº166/2010, este fora encaminhado à Câmara dos Deputados. Montada outra Comissão de Juristas, o projeto ainda está sendo discutido e revisado, devendo ainda passar pelo Plenário da Câmara para ser remetido novamente ao Senado.

Existindo a possibilidade iminente de aprovação de um novo Código, não se deve esperar a sua entrada em vigor para então se iniciarem os estudos. Como operadores e estudiosos do Direito, é preciso analisar o projeto a partir de agora, como forma de garantir um pleno conhecimento da nova realidade processual.

Este capítulo tem como escopo a comparação do texto do projeto original do Senado Federal com o Código de Processo Civil vigente (Lei nº 5.869/1973).

3.1 Valores que inspiram a criação do novo Código de Processo Civil

A principal motivação para a criação de um novo CPC seria a preocupação com a celeridade processual, pois a atual morosidade do Poder Judiciária leva a uma crescente descrença na sua efetividade, não apenas pela sociedade, mas pelos operadores do Direito. Um sistema processual que não consegue proteger seus jurisdicionados que possuem seus direitos ameaçados ou violados não tem harmonia com as garantias constitucionais de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Cita José Sarney, na exposição de motivos do PL 166/10 (projeto de lei nº 166/2010), que:

A comissão de Juristas encarregada de elaborar o PL 166/10 de novo Código do Processo Civil, nomeada no final do mês de setembro de 2009 e presidida com brilho pelo Ministro Luiz Fux, do Superior Tribunal de Justiça, trabalhou arduamente para atender os anseios dos cidadãos no sentido de garantir um novo Código de Processo Civil que privilegie 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, garantindo o respeito ao devido processo legal.

É este, pois, o desafio do novo CPC, resgatar a confiança no Judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere. Objetivo traçado, a primeira etapa foi detectar quais seriam as barreiras que inviabilizavam a prestação de

uma justiça rápida, e posteriormente legitimar democraticamente as soluções. Articula Luiz Fux, na exposição de motivos do PL 166/10 (projeto de lei nº 166/2010):

[...]deparamo-nos com o excesso de formalismos processuais, e com um volume imoderado de ações e de recursos. Mergulhamos com profundidade em todos os problemas, ora erigindo soluções genuínas, ora criando outras oriundas de sistema judiciais de alhures, optando por instrumentos eficazes, consagrados nas famílias da civil law e da common law, sempre prudentes com os males das inovações abruptas mas cientes em não incorrer no mimetismo que se compraz em repetir, ousando sem medo.

Apesar de ser priorizada a celeridade do processo, em momento algum, foi desprezado o valor da segurança jurídica, que, nas palavras de José Herval (2013), até mesmo se vê prestigiado hodiernamente quando se começou a adotar a força dos precedentes judiciais, aos quais devem primar pela segurança jurídica, e que nesse contexto, precisam ambos ser levados em consideração ao alcançar um equilíbrio

Percebe-se claramente, nos primeiros artigos do PL 166/10, a preocupação em trazer os valores constitucionais para a realidade do processo.

A mudança é necessária, pois existem muitas lacunas e divergências entre o atual Código de Processo Civil e determinadas leis, promulgadas posteriormente, enfraquecendo a sua coesão, deixando o Código de Processo Civil como uma verdadeira colcha de retalhos. Essa falta de sistemática compromete de forma profunda a celeridade processual.

3.2 Inexistências do livro das cautelares no PL 166/10

O maior impacto no PL 166/10, no tocante às tutelas de urgência, é a inexistência do livro das cautelares.

As tutelas cautelares ainda poderão ser concedidas, mas não mais por meio de procedimento específico, como existe atualmente. Lecionam Marinoni e Mitidiero (2010,p.106):

O projeto não consta com um livro destinado ao processo cautelar. Trata-se de posição acertada. Também não disciplina tutelas cautelares nominadas. Teria sido ideal, todavia, que o Projeto tivesse mantido certas tutelas cautelares em espécie – o arresto, o seqüestro, as cauções, a busca e apreensão e o arrolamento

de bens. Reconheceu-se, na esteira do que sustentamos a muito tempo, o fato de a tutela antecipatória fundada no perigo e de a tutela cautelar constituírem espécies do mesmo gênero: tutela de urgência. Seguindo esta linha, o Projeto propôs a disciplina conjunta do tema.

Dessa forma, a tutela cautelar passa a ser requerida no interior do processo, não existindo mais necessidade da formação de um processo cautelar e um processo principal. O pedido cautelar ainda pode ser formulado de forma antecedente, inaugurando o processo ou em seu curso. Sob este aspecto, comenta Ramscheid (2011, *online*):

Diante da necessidade de mudanças e da simplificação para dar-lhe mais segurança, celeridade e qualidade, o anteprojeto poderá extinguir o livro de processo cautelar, por entender que a simples demonstração do *fumus boni iuris* e *periculum in mora* são suficientes para concessão da tutela cautelar – o que, na nova ordem, pode-se chamar de tutela urgência de natureza cautelar, medida que procura simplificar o processo dando-lhe mais celeridade sem a necessidade de observância a diversos procedimentos. Contudo, nem tudo foi perdido: alguns dos procedimentos específicos foram deslocados para outros títulos ou seções, como é o caso da Exibição e da Justificação, que poderão constar no Título VII, “Das Provas”, local que parece mais adequado devido à finalidade destes procedimentos. (grifo do autor)

Retirada a autonomia do processo cautelar, não é preciso mais a propositura da ação principal em até trinta dias após a efetivação da tutela de urgência, regra prevista no art.806 do atual CPC. Ensina Misael Montenegro Filho (2011, p. 275):

[...] percebemos que o legislador preferiu disciplinar a tutela de urgência apenas no gênero, propondo a implosão do sistema que prevê a coexistência de cautelares típicas (arresto, sequestro, busca e apreensão, alimentos provisionais, justificação, notificação, protesto, posse em nome do nascituro, dentre outras) e de cautelares atípicas. O *nomem juris* não tem mais qualquer importância, sendo suficiente a demonstração do preenchimento dos requisitos que autorizam a concessão da tutela de urgência. (grifo do autor)

Como disciplinado, o autor não irá mais requerer o deferimento da liminar de arresto, ou de qualquer outra medida cautelar específica, mas a concessão da medida de urgência.

Seria impossível ao legislador prever especificamente todas as tutelas que necessitariam de urgência, resguardando o direito de uma das partes ou a efetividade do processo. A sociedade está em constante evolução e novas relações, nunca antes previstas, originam-se. Apesar de não mais existirem as cautelares específicas no PL 166/2010, há previsão de que será obrigado ao Judiciário conceder tutela ao direito de

uma das partes quando houver receio de que ao seu direito seja causada uma lesão grave ou de difícil reparação.

3.3 Disposições comuns das tutelas de urgência e evidência

A antecipação da tutela e as cautelares foram reunidas, no Título IX, do PL 166/10, que começa no art. 269. Tal reunião se justifica, pois, como já exposto neste trabalho, elas são apenas espécies do gênero tutela de urgência, por exigirem a demonstração de *periculum in mora*, em regra, sem desprezar a possibilidade de o magistrado deferir a tutela antecipada, quando verificado que o pedido se tornou incontroverso.

No Título IX, chamado de tutela de urgência e tutela de evidência, a ação cautelar foi substituída pela tutela de urgência e a tutela antecipada pela tutela de evidência. Tais tutelas foram separadas não mais em virtude do objetivo do autor, como se observa CPC atual, mas sim, em função do motivo que as justificam, deixando claro no PL 166/10 que ambas (tutela de urgência e tutela de evidência) podem ser de natureza satisfativa ou cautelar.

O art. 269 do PL 166/10, em seus § 1º e 2º, chegou ao preciosismo de conceituar o que seriam as medidas satisfativas e medidas cautelares:

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 afastar riscos e assegurar o resultado útil do processo

Disciplina o art. 270 do PL 166/10 como deverá ser prestada a tutela jurisdicional quando houver receio de lesão ao direito de uma das partes, ao dizer que o juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação. Tal redação é semelhante à prevista no art. 798 do CPC de 1973, com a novidade de que juiz conceda a tutela necessária à proteção do direito antes de julgar a lide, sem uma dependência à forma prevista em lei.

Confirma-se o entendimento ao ser analisado o art. 277 do PLS 166/2010, em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o magistrado poderá conceder medidas de urgência *ex officio*. Trata-se de uma ampliação do poder geral de cautela, que agora alcança o gênero tutela de urgência, abrangendo ambas as suas espécies.

O parágrafo único, do art. 270, do PLS 166/2010, repete o previsto no art. 805 do CPC/73, com a devida substituição do termo medida cautelar por medida de urgência.

O art. 273 § 1º do CPC/73 encontra-se transcrito no art. 271 do PL 166/10:

Art. 271. Na decisão que conceder ou negar tutela de urgência ou de evidência, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

Foi acrescido um parágrafo único indicando que, dessa decisão, será cabível o agravo de instrumento. Da mesma forma foi o seu § 3º que agora vem disposto no art. 273, do PL 166/10, propondo que “a efetivação da medida observará, no que couber, o parâmetro operativo do cumprimento da sentença definitiva ou provisório”. Restou-se mantido recurso cabível, sendo este o agravo, chamado erroneamente de instrumento, segundo José Herval (2013, *online*), “pois no futuro não poderemos ter mais qualquer formação, já que se espera que os autos sejam virtuais”.

O art. 272 reproduz o art. 800 do CPC/73, que, por sua vez, já era uma cópia do art. 682 do CPC/39. A redação ainda contém a grafia que gerou críticas na doutrina, como já exposto no tópico 2.2.2.

Transcrito no art. 273 do PL 166/10, está disciplinado no art.273 §3º do CPC/73, dizendo com uma redação mais clara que “A efetivação da medida observará, no que couber, o parâmetro operativo do cumprimento da sentença definitivo ou provisório”

Sobre a responsabilidade civil do gênero tutelas de urgência, o PL 166/10 confirmou a responsabilidade objetiva para quem teve a medida deferida em seu favor, ao inserir nas disposições comuns o que antes era previsto apenas para a tutela cautelar.

Dispondo que independente da reparação por dano processual, o requerente responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a efetivação da medida, se forem observadas as mesmas hipóteses legais previstas no art. 811 do CPC/73. Confirma-se o entendimento de que não se deve banalizar esse tipo de tutela, devendo ser pleiteada e efetivada quando estritamente necessária à proteção do bem da vida lesado ou ameaçado.

Previsto ainda nas disposições comuns que “tramitarão prioritariamente os processos em que tenha sido concedida tutela de evidência ou de urgência, respeitadas outras preferências legais” (art.275 PLS 166/2010). Entende José Herval (2013, *online*) que não seria necessária uma previsão expressa, nesse sentido, no PL 166/10, ressaltando ainda que muitas vezes o pedido de liminar é postergado sem razão aparente. Diante dessa previsão legal de priorização, faz-se ainda mais necessária a deliberação de pedido com rapidez pelo magistrado, sob pena de ter mais um direito positivado sendo descumprido.

3.4 Da tutela de urgência cautelar e satisfativa

No tocante aos requisitos legais para a concessão da tutela de urgência, não houve alteração significativa ao já previsto no CPC/73. Segundo o art. 276 do PL 166/10, “A tutela de urgência será concedida quando forem demonstrados os elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como o risco de dano irreparável ou de difícil reparação”. A plausibilidade do direito corresponde ao *fumus boni jûris* e o risco de dano irreparável ou de difícil reparação corresponde ao *periculum in mora*, não existindo uma grande motivação para a mudança das nomenclaturas já enraizadas na cultura do operador do Direito.

José Herval (2013, *online*) não concorda com a abordagem das tutelas de urgência cautelar e satisfativas no PL 166/10, por entender que, apesar de serem espécies de um único gênero, não possuem os mesmos requisitos:

[...]apesar de sempre termos tratados a tutela cautelar e satisfativa como espécies do gênero tutelas de urgência, na linha trazida pelo texto em discussão, e isso é motivo de aplauso, eis que as modificações das últimas reformas já sinalizavam nesse sentido, não andou bem a proposta, a qual ainda se espera vê suprimida, de que os requisitos da tutela cautelar são os mesmos da tutela satisfativa, o que poderia até se aceitar, em que pese crítica da doutrina mais abalizada se a referência de similitude se restringisse ao perigo de dano com a demora

processual, que é justamente o elemento que identifica ambas como espécies do gênero tutela de urgência, mas nunca com relação à fumaça do bom direito, na qual se vê claramente serem situações distintas pela própria essência dos institutos.

Como visto, o doutrinador não concorda com o tratamento uniforme dado aos requisitos de ambas as tutelas, gerando confusão na prática, pois possuem funções totalmente distintas, uma sendo acautelar e outra satisfazer o direito. Expõe Ramscheid (2011,*online*):

Apesar da concentração da medida cautelar com a tutela antecipatória, a tutela de urgência conserva diferenças em seus efeitos: quando de natureza cautelar, terá característica instrumental por visar a garantir a satisfação da pretensa; mas, quando de natureza satisfativa, não possuirá tal característica por não ser instrumento do processo, mas a antecipação de uma satisfação pretendida pelo autor.

Apesar de estar presente a fungibilidade entre as tutelas, estas não deveriam possuir os mesmos requisitos para a concessão, pois os elementos necessários para acautelar devem ser menos rigorosos dos que os essenciais antecipar os efeitos práticos do pedido principal. Na tutela cautelar, não se exige uma prova mais latente do direito ameaçado ou violado, ocorrendo o contrário nas tutelas satisfativas, ao necessitar de um maior rigor do magistrado, podendo, em alguns casos, ser substituída pela caução. Conclui o doutrinador:

Desta forma, em que pese ser a simplificação hoje indispensável ao novo processo civil brasileiro, não podemos tratar situações distintas como iguais quando na essência só tem um elemento em comum, a urgência, a qual, contudo, não é suficiente para que se deixe de lado, em cada caso, a análise de uma prova, mesmo que mínima, dos fatos alegados pelo autor e que justifiquem a antecipação satisfativa faticamente falando, o que sem sombra de dúvidas, não se exigirá, na maioria dos casos, para a tutela cautelar. (SAMPAIO Jr, 2013, *online*)

Requerendo o autor uma tutela cautelar antecedente, quando era o caso de uma tutela satisfativa, o magistrado deverá determinar a emenda da petição inicial para expressamente fazer contas os pedidos finais, sob pena de conceder uma antecipação de algo que ainda não existe.

Prevê o parágrafo único do art. 276 do PL 166/10 a possibilidade de o magistrado exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos suportados pela parte requerida, contemplando uma exceção à prestação da caução, nos casos em que estiver provada a hipossuficiência da parte que requereu a tutela.

3.5 Tutela da evidência

O CPC/73 apresenta duas espécies de medidas de urgência, as cautelares e a tutela antecipada. São compreendidas como espécies do mesmo gênero por exigirem o *periculum in mora*, com exceção da hipótese em que o juiz poderá deferir a tutela antecipada ao verificar que o pedido se tornou incontroverso.

No PL 166/10, apenas a tutela de urgência terá como requisito o *periculum in mora*. A tutela da evidência (art. 278 PLC 166/2010) será aquela que não dependerá da existência de risco ou dano, mas sim, da clareza do direito do autor. O nome tutela da evidência deriva exatamente dessa ideia de clareza, o direito do autor está evidente. Na lição de Demetrius Lopes Ramscheid (2011, *online*):

[...] o artigo 273 do PL 166/10 do novo CPC poderá trazer a união das medidas cautelares com a tutela antecipada em forma de duas novas tutelas baseadas naquelas. A nova sistemática poderá ter as tutelas de urgência e as tutelas da evidência, ambas podendo consistir em forma preventiva ou incidental e de natureza satisfativa ou cautelar.

Observa-se uma grande diferença com o modelo atual, pois, no CPC/73, a tutela antecipada (substituída pela tutela de evidência no PL 166/10) necessita da demonstração do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, com exceção aos casos previstos no art. 273 § 6º e 273, II.

A evidência do direito do autor ocorrerá em diversas hipóteses, que, em sua maioria, exigirão a formação prévia de uma relação processual, pois poderá ser caracterizado o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório após a citação; o magistrado poderá concluir que pedidos serão caracterizados como incontroversos e a inicial ser instruída com prova irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca somente após decurso de prazo para a contestação.

A única hipótese, prevista no art. 278, VII, do PL 166/10, em que será permitido o deferimento de uma tutela da evidência antes da citação, será observada no caso de a matéria ser unicamente de direito e houver tese firmada em julgamento de recursos repetitivos, em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em súmula

vinculante. Sobre a natureza jurídica da decisão que concederá a tutela da evidência, José Herval Sampaio Jr. (2013, *online*) faz alguns comentários:

Acreditamos que somente as particularidades de cada caso vão poder definir essa situação, pois dependendo da intensidade das argumentações defensivas que se amoldem ao caso de abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório, poderá o juiz, por economia processual, questionar o demandado sobre as provas que têm para produzir especificadamente em cima de sua própria contestação e aí dependendo da resposta decidir se a decisão será meramente antecipatória dos efeitos práticos ou satisfativa juridicamente falando, encerrando, por conseguinte, fase de cognição do processo por economia processual e sem desrespeito à ampla defesa e contraditório.

Está previsto também no PL 166/10, em seu art. 278, parágrafo único, que independe igualmente 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 em prova documental adequada do depósito legal ou convencional.

3.6 Procedimento das medidas de urgência

O Capítulo II, do PL 166/10, trata do procedimento adotado nas medidas de urgência, sendo abordadas na seção I as medidas de urgência requeridas em caráter antecedente e, na seção II, as medidas de urgência requeridas em caráter incidental.

3.6.1 Medidas de urgência requeridas em caráter antecedente

A característica da autonomia não pertence mais as cautelares, no PL 166/10, desse modo, enuncia o art. 279 deste que “A petição inicial da medida cautelar requerida em caráter antecedente indicará a lide, seu fundamento e a exposição sumária do direito ameaçado e do receio de lesão”.

O artigo subsequente dispõe que o requerido será citado para, no prazo de cinco dias, contestar o pedido, indicando as provas que pretenda produzir, uma réplica do art. 802, presente no CPC vigente. O prazo de cinco dias será contado a partir da juntada aos autos do mandado de citação cumprido ou da intimação do requerido quando a medida deferida por meio de liminar for efetivada ou após justificação prévia.

No entanto, foi inserida uma novidade nesse dispositivo em relação ao CPC/73. Indica, em seu §1º, que junto com o mandato de citação constará uma advertência de

que, não impugnada a decisão ou medida liminar eventualmente concedida, ela conservará a sua eficácia independente do ajuizamento de uma ação principal pelo autor.

A solução que era apenas de urgência passará a ser definitiva, diferentemente do que acontece no atual CPC, pois, deferida a liminar, o autor terá trinta dias para ajuizar a ação principal, do contrário, perderá sua eficácia. No PL 166/10 do CPC, não impugnada a liminar, conservará a sua eficácia ainda que não venha a ser ajuizada a ação principal, produzindo a estabilização dos efeitos da tutela cautelar.

Pode-se observar essa estabilização dos efeitos da tutela no art. 282, que retrata o já disciplinado no art. 803 do CPC/73, sendo novidade o seu §2º ao prever que “concedida a medida em caráter liminar e não havendo impugnação, após a sua efetivação integral, o juiz extinguirá o processo, conservando a sua eficácia”. Entende José Herval Sampaio Junior (2013, *online*):

Quando não contestado o pedido que foi deferido, não há mais razão de ser para a continuidade do processo, contudo em havendo propositura imediata do pleito principal, a qual é o mais importante e aí haverá cognição exauriente, a eficácia da medida deverá persistir até que sobrevenha decisão em contrário.

Um resquício do atual art. 806 do CPC/73 aparece no art. 282 do PL 166/10, enunciando a necessidade de propositura da ação principal em trinta dias, ou em outro prazo que o juiz fixar, caso a medida liminar seja impugnada.

A revogabilidade e a provisoriedade, características presentes nas tutelas de urgência do CPC/73, foram mantidas no PL 166/10. Dispõe o art. 283 do PL 166/10 que as medidas conservam a sua eficácia na pendência do processo em que esteja veiculado o pedido principal, mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas, em decisão fundamentada, exceto quando for observada uma das hipóteses de concessão de tutela da evidência (um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso), caso em que a solução será definitiva.

O §1º do mesmo dispositivo disciplina que “salvo decisão judicial em contrário, a medida de urgência conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo” sendo ainda previsto no §2º que as medidas de urgência conservarão seus efeitos enquanto não revogadas por decisão de mérito proferida em ação ajuizada por

qualquer das partes, no caso de não ter havido qualquer impugnação ou proposta ação visando discutir os seus efeitos estabilizados.

Da leitura de tais dispositivos entende-se que qualquer das partes poderá discutir a estabilização da medida de urgência, independente do requerente ter proposto a ação principal. No entanto, a discussão deverá ser feita em outra ação, sendo devidamente demonstrada a necessidade da substituição ou revogação da medida.

Disciplina Ramscheid (2011, *online*):

Existem ainda mudanças que alteram a sistemática dos instrumentos vigentes. A antecipação de tutela contida no CPC vigente poderá vir a se transformar em ação autônoma [...]. A tutela de urgência pode ser requerida antes do processo principal, embora sua finalidade seja satisfativa e não cautelar, o que poderá representar mudança significativa na nova sistemática. [...] não sendo contestada a inicial que pediu a tutela, considerar-se-á aceitos pelo réu os fatos aduzidos pelo autor, e o juiz decidirá a causa em cinco dias, sendo seus efeitos mantidos até que nova decisão em outra ação os revogue, vez que a decisão que concede a tutela não faz coisa julgada em contraposição ao que consta no §5º do artigo 273, do vigente CPC, o qual prevê “concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até o final julgamento”. (grifo do autor)

Enuncia o art. 284 do PL 166/10 as hipóteses em que será cessada a eficácia das medidas concedidas em caráter antecedente. No inciso I, está disciplinado que será ineficaz a medida, se impugnada, não for proposta a ação principal no prazo de trinta dias ou no prazo em que o juiz fixar, de acordo com o art. 282.

Serão também cessados os efeitos se a medida não for efetivada no prazo de um mês. Como ultima hipótese, está previsto, no inciso III, que os efeitos cessarão caso o magistrado julgar improcedente o pedido apresentado pelo requerente ou extinguir o processo em que esse pedido tenha sido veiculado sem resolução de mérito. Desse modo, a eficácia da medida está associada ao pedido principal.

O §1º do supracitado artigo menciona que, cessada a eficácia da medida, somente poderá ser repetido o pedido com base em nova fundamentação. No § 2º está garantido que “a decisão que conceda 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”. Informa ainda o §3º que as partes poderão requerer o desarquivamento dos autos, em que foi concedida a medida, para instruir ação onde seja discutido o direito acautelado anteriormente.

Como último artigo da Seção I, o 285 assevera que o indeferimento da medida não obsta a que a parte deduza o pedido principal, nem influi no julgamento deste, salvo nos casos em que o indeferimento se deu pela constatação de prescrição ou decadência.

3.6.2 Medidas de urgência requeridas em caráter incidental

Diferentemente das medidas de urgência requeridas em caráter antecedente, as de caráter incidental possuem apenas um artigo para disciplinar o seu procedimento, o art. 286 e seu parágrafo único.

As medidas incidentais serão requeridas no curso da ação principal, nos próprios autos, independentemente do pagamento de novas custas.

Sobre o seu procedimento, serão aplicadas as mesmas disposições atinentes às medidas concedidas em caráter antecedente, no que couber.

CONCLUSÃO

A tutela jurisdicional é a proteção que o Estado-juiz dá ao direito de alguém, subdividindo-se em tutela jurisdicional padrão e de urgência. A tutela jurisdicional padrão é construída no âmbito de um processo com cognição exauriente, um juízo de certeza, pressupondo um convencimento amadurecido do magistrado. No entanto, apesar de existir um risco mínimo de injustiça, esse convencimento amadurecido do juiz demanda muito tempo.

Podem ocorrer situações em que o direito corre perigo e tem o risco de perecer, não permitindo ao Judiciário passar muito tempo analisando a existência do direito, o tempo depõe contra a eficácia ou existência do direito. Nessas hipóteses, a tutela destinada a prestar tais providências é a tutela de urgência, pois tem como vantagem o tempo, ser mais rápida que a tutela padrão.

Existe uma proteção constitucional à tutela de urgência, não se admitindo qualquer restrição *a priori* por parte do legislador, por restringir a garantia de acesso à ordem jurídica justa.

Resta-se constatado que a tutela antecipada e a tutela cautelar não se confundem, são apenas espécies do gênero tutela de urgência. A tutela antecipada tem como objetivo a satisfação do direito requerido pela parte, antecipando os efeitos da sentença, enquanto a tutela cautelar assegurar o direito pleiteado.

Do estudo das espécies de tutela de urgência, aufere-se que a inexistência de satisfação jurídica é uma característica presente em ambas, pois a tutela antecipada tem como objetivo adiantar os efeitos que só poderiam ser gozados com a vitória judicial definitiva, mas sem a característica da definitividade, enquanto as tutelas cautelares é apenas um instrumento, sendo impossível, no sistema atual, que o juiz reconheça definitivamente na cautelar o direito sob o qual se funda a lide, ressalvados os casos de prescrição e decadência.

Sobre a o art. 273§ 7º do CPC/73 entende-se possível a fungibilidade entre as espécies de tutela de urgência, e não ser restringida a hipótese de que seria cabível apenas a mudança de uma tutela antecipada para uma tutela cautelar, não o inverso.

Deste anseio por uma justiça mais célere nasceu a ideia da criação de um Novo Código de Processo Civil. O Senado aprovou o Projeto de lei nº166/2010, no dia 15.12.2010, criando o projeto de um novo código, depois de muitos anos da promulgação do CPC/73. Apesar de priorizar a celeridade, em momento algum, foi desprezada a segurança jurídica, sendo esta prestigiado quando se começou a adotar a força dos precedentes judiciais, aos quais devem primar pela segurança jurídica, e que nesse contexto precisam ambos ser levados em consideração ao alcançar um equilíbrio.

A sociedade está em constante mudança, novos direitos e prerrogativas surgem, seria impossível ao legislador prever todas essas relações à época da elaboração do CPC/73, desse modo, uma das maiores novidades do anteprojeto é a eliminação do livro das cautelares específicas.

Isto não significa que as cautelares desaparecerão, há previsão de que será obrigado ao Judiciário conceder tutela ao direito de uma das partes quando houver receio de que ao seu direito seja causada uma lesão grave ou de difícil reparação, podendo ser concedida tanto no início do processo quanto de forma incidental. Não necessita mais a tutela cautelar de um procedimento específico, perdendo, assim, a sua característica de autonomia.

O problema da sistematização foi resolvido no projeto do novo CPC, ao juntar sob o Título IX, da Parte Geral, todas as disposições atinentes às tutelas de urgência. Desse modo, surgem a tutela de urgência (espécie do gênero tutela de urgência) e a tutela de evidência, podendo ambas ser requeridas antes ou no curso do processo, possuindo natureza satisfativa ou cautelar.

No Código atual, ambas as espécies de medidas de urgência se fundam na demonstração do *periculum in mora*, mas, no anteprojeto, apenas a tutela de urgência exige tal demonstração. A tutela de evidência não exige a demonstração de perigo, fazendo com que muitos doutrinadores não a considerem como uma verdadeira medida de urgência.

As hipóteses de tutela de evidência fazem jus ao novo modelo do processo civil brasileiro mais célere, apresentando uma proteção diferenciada daquele que comprova de plano ter o direito afirmado, assegurando que o ônus do tempo seja suportado por quem não possua o melhor direito ou mesmo não possua.

Ressalta-se a crítica feita ao art. 276 do anteprojeto por juntar em um mesmo dispositivo as tutelas de urgência cautelares e satisfativas. Os mesmos requisitos são apresentados para ambas, apesar de possuírem funções completamente distintas.

A possibilidade de que a solução que era apenas de urgência passar a ser definitiva foi uma grande inovação do projeto do Novo Código de Processo Civil, algo que não era previsto no CPC atual. Dessa forma, requerida a medida de urgência em caráter antecedente, terá o requerido o prazo de cinco dias para contestar o pedido, e junto com o mandato de citação, constará uma advertência de que não impugnada a decisão ou medida liminar eventualmente concedida, ela conservará a sua eficácia independente do ajuizamento de uma ação principal pelo autor.

Tendo como valor fundamental a celeridade processual, anda bem o anteprojeto, inserindo novos mecanismos que visam diminuir com as delongas do processo judicial. Este trabalho monográfico visa contribuir para a compreensão das medidas de urgência do Novo Código de Processo Civil, sem intenção de esgotar o tema, pois muito ainda será discutido até a sua esperada promulgação.