



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
THIAGO FERREIRA RONCHI

**TUTELA ANTECIPADA NO ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL**

Tubarão,
2012

THIAGO FERREIRA RONCHI

**TUTELA ANTECIPADA NO ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Linha de pesquisa: Justiça e Sociedade.

Orientador temático: Lester Marcantonio Camargo

Tubarão,

2012

THIAGO FERREIRA RONCHI

**TUTELA ANTECIPADA NO ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL**

Esta monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, 18 de junho de 2012.

Professor e Orientador Lester Marcantonio Camargo, Me.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Professor Fabio Zobot Holthausen, Me.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Professor Jean Marcel Roussenq, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

AGRADECIMENTOS

É com muito orgulho e satisfação que posso afirmar: acabou a monografia! Porém, estes sentimentos e objetivo não seriam alcançados se não fosse a compreensão, ajuda, carinho, atenção e paciência das pessoas que estiveram ao meu lado.

Minha namorada, Gabriela de Pádua, foi imprescindível. Na verdade, o ponto fundamental de minha conquista. Sempre ao meu lado, colaborou, e muito, para a conclusão deste trabalho. Abdicou inúmeros momentos de lazer e diversão para ficar me incentivando e apoiando nos estudos. Ensinou-me muito com sua alegria e perseverança. Sem ela não haveria nem motivo e forças para o trabalho realizado. Obrigado, meu amor!

Minha família - mãe, pai e irmão – também colaboraram de maneira intangível. Suportaram muitos dos momentos em que me demonstrei abatido ou impaciente. Ademais, deixaram de lado muitos dos sonhos que tinham para dedicarem seus esforços a mim. Claro, passamos por muitas dificuldades, o que é normal, porém nunca deixamos de acreditar que seria possível. Espero muito poder retribuir tudo o que em mim já foi depositado, mas sei que por mais que eu tente, jamais conseguirei expressar o quão agradecido eu sou.

Os amigos, sobretudo aqueles que estiveram mais presentes durante estes últimos seis meses (Agenor, Larissa, Bruno, Valéria, Gabriel, Camila, Rafael, Cibely, Irau, Paulo, Washington), também foram indispensáveis para a confecção deste estudo. Muitos foram os momentos em que, mesmo estando extremamente preocupado com a conclusão do trabalho, sempre me passaram confiança e segurança. Não seria possível esta conquista sem vocês!

Não poupo meus agradecimentos também ao Professor Lester, o qual sempre foi deveras atencioso e preocupado com a qualidade do trabalho. Durante estes pouco mais de seis meses, esteve sempre presente quando se mostrou necessário. Sua dedicação e conhecimento foram igualmente essenciais para este estudo.

Estes agradecimentos destinam-se também à minha amiga Claudinéia. Não apenas pela sua colaboração durante a realização deste estudo, mas também por todo o esforço e ensinamentos dispensados quando da minha passagem pela 3ª Vara Cível. Aliás, todos (Leonel, Frederico, André, Marcus, Helder, Guilherme, Ludmar, Alice) que estiveram comigo durante esta estada foram imprescindíveis para minha evolução, sobretudo as digressões lecionadas pelos amigos Eron e Juliano.

Agradeço também aos amigos da 5ª Promotoria de Justiça, em especial Nydia, Janir e Sara, que muito me apoiaram durante a realização deste trabalho.

Meus agradecimentos são dedicados a vocês. Muito obrigado!

RESUMO

O presente trabalho monográfico possui como escopo analisar as possíveis alterações a serem introduzidas pelo Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil no instituto da tutela antecipada, a qual está prevista nos artigos 273, 461 e 461-A do Código de Processo Civil de 1973. Foi utilizado como método de abordagem o indutivo e como método de procedimento o comparativo. Em relação ao tipo de pesquisa, foi adotado, quanto ao nível, exploratório e, quanto ao procedimento, bibliográfico. Foi possível observar que o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil cuida da tutela antecipada por meio de duas novas espécies, quais sejam a tutela de urgência (cautelares ou satisfativas) e tutela da evidência. Além disso, dispensou maior atenção ao procedimento destas medidas, que poderão se dar tanto em caráter antecedente quanto incidental. Conclui-se, portanto, que, apesar desta nova divisão adotada pelo Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, buscou-se manter o mesmo intuito a que se destina o instituto da antecipação da tutela, que é amenizar os efeitos do tempo durante o trâmite processual.

Palavras-chave: Processo Civil. Tutela Antecipada. Reforma.

ABSTRACT

The present monographic work, have the purpose of analyze the possible alterations to be introduced by the preliminary project of the New Civil process code in the institute of the anticipated injunction, from which it is predicted in the articles 273,461 and 461- From the Civil process code of 1973. It was used as method of approaching the inductive and a method of preceding the comparative. In relation to the kind of research, it was adopted, related to the level, exploratory and, related to the procedure, bibliographic. It was possible to observe that the Preliminary Project of the New Civil Process Code takes care of the anticipated tutelage from two new species, which is the Urgent relief (preventive or interlocutory injunctions) and evidence injunction. Besides that, disposed the biggest attention to the procedure of these measures that could happen before the process and through the process as well. We concluded, therefore, that, besides of this new division adopted by the preliminary project of the New Civil process code, it searched to maintain the same intention that is the purpose of the injunction's anticipation that is to ease the effects of the time throughout the procedural path.

Key-words: Civil Procedure. Anticipated injunction. Reform.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
1.1 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA.....	8
1.2 JUSTIFICATIVA	9
1.3 OBJETIVOS	10
1.3.1 Geral	10
1.3.2 Específicos	10
1.4 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS	11
1.5 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS	12
2 ASPECTOS HISTÓRICOS E CONSTITUCIONAIS DA TUTELA ANTECIPADA	13
2.1 ORIGEM DO INSTITUTO DA TUTELA ANTECIPADA.....	13
2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ATINENTES À TUTELA ANTECIPADA	21
2.2.1 Do princípio do devido processo legal	23
2.2.2 Do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional – do acesso à justiça	24
2.2.3 Do princípio da instrumentalidade do processo	27
2.2.4 Do princípio da razoável duração do processo	29
2.2.5 Do princípio da efetividade do processo	31
2.2.6 Do princípio da segurança jurídica	32
2.2.7 Do princípio do contraditório e da ampla defesa	35
3 TUTELA ANTECIPADA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 (LEI Nº 5.869 DE 11 DE JANEIRO DE 1973)	39
3.1 NATUREZA JURÍDICA DA TUTELA ANTECIPADA.....	39
3.2 REQUISITOS DA TUTELA ANTECIPADA	46
3.2.1 Requerimento da parte	49
3.2.2 Identidade entre a tutela antecipada e a definitiva	50
3.2.3 Prova Inequívoca	52
3.2.4 Verossimilhança das alegações	53
3.2.5 Reversibilidade da medida	55
3.2.6 Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação	57
3.2.7 Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório	58
3.2.8 Ausência de controvérsia	60

4 TUTELA ANTECIPADA NO ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	63
4.1 DA NECESSÁRIA REFORMA DO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	63
4.2 ALTERAÇÕES DA TUTELA ANTECIPADA NO ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	66
4.2.1 Referencial histórico.....	67
4.2.2 Das disposições comuns.....	68
4.2.3 Da tutela de urgência cautelar e satisfativa	73
4.2.4 Da tutela da evidência	78
4.2.5 Do procedimento das medidas de urgência.....	82
5 CONCLUSÃO	93
REFERÊNCIAS	96

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem por escopo analisar as alterações que o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil instituirá na tutela antecipada, atualmente prevista nos artigos 273, 461 e 461-A do Código de Processo Civil de 1973, incluída pela Lei 8.952/94 e, posteriormente, alterada em parte pela Lei 10.444/02.

1.1 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

Há muito a morosidade na prestação da tutela jurisdicional vem prejudicando a credibilidade da justiça perante a sociedade. A edição de um novo Código de Processo Civil, aliás, em especial, emerge dessa necessidade, conforme preceitua o Ministro Fux (Presidente da Comissão de Juristas encarregada pela elaboração do Anteprojeto) em seu texto inicial no Anteprojeto do Código de Processo Civil:

É que; aqui e alhures não se calam as vozes contra a morosidade da justiça. O vaticínio tornou-se imediato: ‘justiça retardada é justiça denegada’ e com esse estigma arrastou-se o Poder Judiciário, conduzindo o seu desprestígio a índices alarmantes de insatisfação aos olhos do povo. Esse o desafio da comissão: resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere (BRASIL, 2010a, p. 3).

Procurando solucionar em parte essa problemática, bem como buscando acalmar o ânimo dos tutelados jurisdicionalmente, o legislador pátrio, em meados de 1994, trouxe ao Código de Processo Civil a tutela antecipada, por meio de edição da lei 8.952/94¹. Essa norma legal incluiu no Código de Processo Civil os artigos 273 e 461. Tempo depois, com a Lei 10.444/02², houve alteração num dos parágrafos, bem como a inclusão dos parágrafos 6º e 7º do artigo 273, modificando-se, também, o parágrafo 5º, além de adicionar o parágrafo 6º no artigo 461 e o artigo 461-A.

Tal instituto procura, quando da presença dos requisitos supracitados e a requerimento do interessado, antecipar parcial ou totalmente os efeitos da tutela pretendida. Ou seja, possibilitou-se que a parte, ao buscar a resolução do seu conflito por meio da jurisdição estatal, pudesse, desde o início, usufruir o bem da vida, ao invés de esperar por todo o trâmite processual, que por vezes é deveras moroso, como antes era necessário.

Assim, como bem destacado por Alvim (2009, p.22), “o processo deixou de servir à parte que não tem razão, pondo-se ao lado da que *provavelmente* tem o direito”.

¹ Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar.

² Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Desta feita, tornou-se usual a sua aplicabilidade na prática forense, possibilitando a resolução de parte do problema letárgico processual, o qual advém não apenas de um processo ultrapassado, mas como também de toda uma exagerada burocracia, planejamento logístico inviável, agentes desinteressados e uma estruturação organizacional ineficaz, sobretudo diante da enormidade dos litígios que se apresentam. Apenas em 2010 o número de processos recebidos pela Justiça Brasileira, em seus três ramos (estadual, federal e trabalhista), foram cerca de 24,2 milhões, continuando pendentes de julgamento 83,4 milhões de demandas, segundo os dados apurados pelo CNJ – Conselho Nacional da Justiça – conforme notícia a Revista Veja, em seu site eletrônico (VARGAS, 2011).

Todavia, na iminência da edição de um novo Código de Processo Civil, tornou-se pertinente a análise das possíveis reformas e alterações na aplicabilidade desse instituto, já que nem mesmo com as eventuais modificações que possam surgir na regulação do trâmite processual, é pouco provável que haja a resolução total da agilidade e eficácia do processo civil pátrio, fatos estes que corroboram a necessidade da antecipação dos efeitos da tutela também neste novo ordenamento processual.

Portanto, diante deste nó górdio, surge o seguinte questionamento: Quais as modificações que ocorrerão na Tutela Antecipada no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil e como se dará a aplicabilidade deste instituto com as alterações a serem promovidas?

1.2 JUSTIFICATIVA

O presente trabalho busca discutir as alterações que o instituto da tutela antecipada sofrerá com a edição de um Novo Código Adjetivo Civil.

Com efeito, nos dias de hoje, a antecipação dos efeitos da tutela tornou-se um eficaz remédio de efetividade judicial, combatendo a demora processual. O problema, porém, não é simples, pois o próprio Código de Processo Civil, que regulamenta o andamento das ações, permite uma série de atitudes que não privilegiam a eficácia da prestação jurisdicional, oportunizando à parte desinteressada na ágil resolução processual inúmeros recursos e formalismos que muitas vezes são desnecessários. Aliado a isso, há, ainda, uma organização lógica precária e estrutura física que não condizem com a necessidade brasileira, dada à infinidade de processos existentes.

Além disso, encontra-se em voga a análise do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, porquanto é estritamente necessário ao operador do Direito estudar as

principais modificações que esse novo ordenamento jurídico proporcionará no procedimento processual, sobretudo no instituto em destaque, dada a sua grande utilidade na agilização do exercício da prestação da tutela jurisdicional.

Por essas razões, senão também pelo fato de que na maior parte da minha jornada acadêmica estagiei em um dos Órgãos Jurisdicionais Cíveis da Comarca de Tubarão – Santa Catarina (3ª Vara Cível), fica evidente a grande motivação para a realização deste estudo, uma vez que observei de perto como uma correta postulação e uma análise responsável do pleito ajudam, e muito, na agilidade e eficácia da prestação jurisdicional.

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 Geral

Analisar as principais alterações que o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil instituirá na tutela antecipada que, atualmente, está prevista nos artigos 273, 461 e 461-A do Código de Processo Civil de 1973.

1.3.2 Específicos

Verificar a base histórica da tutela antecipada, sobretudo no que concerne a necessidade de sua aplicação no âmbito jurídico nacional.

Observar os princípios constitucionais que alicerçam a tutela antecipada no atual Código de Processo Civil.

Identificar a natureza jurídica da tutela antecipada e suas principais características.

Demonstrar os requisitos necessários e alternativos para a concessão da tutela antecipada previstos no atual Código de Processo Civil, entre eles o requerimento da parte, a identidade entre a tutela antecipada e a definitiva, a prova inequívoca, a verossimilhança das alegações, a reversibilidade da medida, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, o abuso de direito de defesa ou manifesto interesse protelatório do réu e a ausência de controvérsia.

Expor a necessidade de reforma do Código de Processo Civil de 1973.

Descrever as principais mudanças que o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil apresentará em relação ao instituto da tutela antecipada prevista no Código de Processo Civil de 1973.

Analisar o Título IX do Livro I do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil que cuida das tutelas de urgência e da evidência, bem como do procedimento destinado a estas medidas.

Comparar a tutela antecipada prevista no atual Código de Processo Civil e as alterações que o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil promoverá em tal instituto.

1.4 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Neste aspecto, importante identificar quais os procedimentos metodológicos que serão aplicados ao presente trabalho monográfico.

Com efeito, o método de abordagem que será utilizado na pesquisa será o indutivo, o qual permite chegar a “conclusões mais amplas do que o conteúdo estabelecido pelas premissas nas quais está fundamentado”. (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2004, p. 63).

Desta feita, *in casu*, adotar-se-á premissas específicas, quais sejam a Tutela Antecipada no Código de Processo Civil de 1973 e a Tutela Antecipada no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, buscando-se alcançar argumentos gerais, que serão: as modificações que ocorrerão na Tutela Antecipada no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil e os prováveis efeitos práticos deste instituto com as alterações a serem promovidas por este novo Ordenamento Jurídico.

Quanto ao método de procedimento, será usado o comparativo, eis que “busca realizar comparações, com a finalidade de verificar similitudes e explicar divergências” (MARCONI; LAKATOS, 2003, p. 107), o que se enquadra similarmente no presente caso, porquanto se comparará o instituto da Tutela Antecipada no Código de Processo Civil de 1973 e o do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.

Importante também identificar qual o tipo de pesquisa que será utilizado no estudo, adotando-se os três critérios de classificação: quanto ao nível, à abordagem e ao procedimento.

Quanto ao nível, o trabalho aplicará a pesquisa exploratória, pois terá “objetivo principal o aprimoramento de idéias ao a descoberta de intuições” (GIL, 2002, p.41), ou seja, procurar-se-á conhecer as eventuais alterações que a tutela antecipada sofrerá com a edição de um Novo Código de Processo Civil.

Quanto ao procedimento, será utilizada a pesquisa bibliográfica, a qual [...] se desenvolve tentando explicar um problema, utilizando o conhecimento disponível a partir de teorias publicadas em livros e obras congêneres. Na pesquisa bibliográfica o investigador irá

levantar o conhecimento disponível na área, identificando as teorias produzidas, analisando-as e avaliando sua contribuição para auxiliar a compreender ou explicar o problema objeto da investigação. O objetivo da pesquisa bibliográfica, portanto, é o de conhecer e analisar as principais contribuições teóricas existentes sobre um determinado tema ou problema, tornando-se um instrumento indispensável para qualquer pesquisa. (KOCHE, 2001, p. 122).

Logo, como no presente estudo serão analisados livros, artigos científicos, monografias, jurisprudências, teses, dissertações, legislações, dentre outros trabalhos existentes sobre o assunto, aplicar-se-á a pesquisa bibliográfica.

Em relação aos instrumentos que serão utilizados para a coleta de dados, compreende-se primordialmente a leitura e documentação bibliográfica, anotando-se os registros provenientes do estudo de livros, artigos científicos, monografias, jurisprudências, teses, dissertações, legislações, dentre outros trabalhos publicados acerca do tema.

O procedimento a ser aplicado, por sua vez, dar-se-á através da obtenção de empréstimos de livros, artigos científicos, monografias, jurisprudências, teses, dissertações e legislações que versem sobre a temática, os quais serão solicitados junto às bibliotecas da região, senão também por meio de endereços eletrônicos jurídicos.

1.5 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS

Com a finalidade de alcançar os objetivos a que este trabalho se propõe, bem como a fim de propiciar uma melhor compreensão do assunto, o estudo a ser realizado será dividido em três capítulos, sendo que o primeiro terá como escopo tratar sobre os aspectos históricos da tutela antecipada e também sobre os princípios constitucionais que lhe fundamentam. No segundo, será analisada a natureza jurídica deste instituto, bem como os requisitos necessários e alternativos para a sua concessão (requerimento da parte, identidade entre a tutela antecipada e a definitiva, prova inequívoca, verossimilhança das alegações, reversibilidade da medida, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, abuso de direito de defesa ou manifesto interesse protelatório do réu e ausência de controvérsia). No terceiro capítulo, abordar-se-á a necessidade de reforma no atual Código de Processo Civil, senão também as alterações introduzidas pelo Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, apurando-se individualmente cada Seção dos Capítulos I e II do Título IX, que versa sobre as tutelas de urgência e da evidência.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS E CONSTITUCIONAIS DA TUTELA ANTECIPADA

A morosidade da justiça é um tema que há muito vem desafiando os juristas e processualistas, os quais têm se empenhado em encontrar a melhor forma de se alcançar uma justiça célere, eficaz e justa.

Desse anseio, no Código de Processo Civil em vigência, surgiram, entre outros métodos de agilização da justiça, a tutela antecipada. Porém, o atual Código de Processo Civil não conseguiu acompanhar a evolução de uma sociedade cada vez mais dinâmica, acarretando na necessidade de sua reforma.

Desta feita, buscando propiciar a correta compreensão acerca da tutela antecipada prevista no atual Código de Processo Civil, bem como almejando alicerçar fundamentos a fim de formar a melhor convicção sobre as possíveis alterações que tal instituto sofrerá no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil¹, necessário se faz uma explanação sobre a origem do instituto da tutela antecipada, analisando sucintamente os métodos de resolução de conflitos, passando pelo monopólio da jurisdição pelo Estado, até a utilização desvirtuada da tutela cautelar e da necessidade da instituição da antecipação da tutela no Código Processual Civil de 1973.

Também, imprescindível a averiguação dos princípios constitucionais que dão sustento a tutela antecipada, pois, além de constituírem as diretrizes do atual Código de Processo Civil, embasam o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.

2.1. ORIGEM DO INSTITUTO DA TUTELA ANTECIPADA

Desde os primórdios da humanidade, a dissonância de interesses em busca do bem da vida sempre acarretou litígios, os quais são decorrentes da própria natureza dos homens, seres sociais, que vivem em sociedade e num mesmo ambiente, possuindo instintos e necessidades similares, o que, por vezes, ocasionam insatisfações.

A eliminação destes choques de pretensões, inicialmente, ocorria pelos próprios interessados envolvidos por meio da força, ou seja, o mais forte vencia, ante a inexistência do Estado tal como se conhece hoje. Este método era conhecido como autotutela.

¹ Encontra-se em trâmite no Congresso Federal, em regime especial, o Projeto de Lei nº 8046 de 2010, o qual é de iniciativa do Senado Federal (Projeto de Lei do Senado nº 166/2010) e cujo teor por ele já foi aprovado, possuindo como objetivo a revogação do atual Código de Processo Civil (Lei nº 5869 de 1973) e a instituição de um novo código de ritos. Atualmente (08/06/2012), após a apresentação dos respectivos relatórios parciais, o Projeto de Lei aguarda apreciação pelo plenário da Câmara dos Deputados para votação das emendas apresentadas.

Sobre o assunto, discorre Alvim (2009, p. 17):

As sociedades, desde as mais rudimentares às mais modernas, sempre se preocupavam com os conflitos de interesses entre seus membros (...). Houve época em que os conflitos de interesses eram resolvidos pelos próprios litigantes ou pelo grupo social a que pertenciam, sem qualquer interferência estatal, seja porque inexistia o Estado como poder político, seja porque, apesar de existente, era incipiente e incapaz de impor a sua decisão aos contendores.

A autotutela, com o tempo, foi sendo abandonada, porquanto este método não garantia a justiça, mas sim a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco ou mais tímido (GRINOVER, 2005, p. 23). Passou-se, então, a ser utilizada a autocomposição, em que cada qual dos litigantes abria mão de seu interesse de forma parcial ou total, pacificando o conflito.

Porém, com a evolução das sociedades, percebeu-se que era inviável a manutenção pacífica de um povo sem que os seus membros se submetessem a um ente superior. Diante desta necessidade, surgiu, pois, o Estado.

Neste particular, são os dizeres de Rousseau (1996, p.31):

Logo, ao invés da pessoa particular de cada contratante, esse ato de associação produz um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quanto a assembléia de vozes, o qual recebe desse mesmo ato sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade. A pessoa pública, formada assim pela união de todas as outras, tomava outrora o nome de cidade, e toma hoje o de república ou corpo político, o qual é chamado por seus membros: Estado [...].

Platão, em seu livro *A República*, citado por Dalari (2009, p. 35), não diverge deste pensar:

Como temos muitas necessidades e fazem-se mister numerosas pessoas para supri-las, cada um vai recorrendo a ajuda deste para tal fim e daquele para tal outro; e, quando esses associados e auxiliares se reúnem todos numa só habitação, o conjunto dos habitantes recebe o nome de cidade ou Estado.

Assim, todos os participantes da sociedade cediam parte de seus direitos a um ente maior, o qual ficaria responsável pela administração, regulação e desenvolvimento desse povo, fato este denominado por Rousseau como Contrato Social.

Muito depois, com o desenvolvimento e consolidação da noção de Estado e, conseqüentemente, com o nascimento das primeiras idéias a respeito daquilo que seria conhecido como Estado de Direito, é que a tarefa de solucionar os conflitos entre as pessoas foi admitida como função do Estado, primeiramente atribuída ao soberano e, posteriormente, ao Poder Judiciário (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2007, p. 38).

O Estado, então, seria o responsável pela solução dos litígios, reservando para si a jurisdição, o poder de dizer o direito. Todos aqueles que necessitavam solucionar seus problemas teriam que se submeter ao poder estatal e às regras por ele criadas, vedando aos

contendores a solução do conflito de forma autônoma. Ou seja, o Estado monopolizou a jurisdição.

Entretanto, observou também o Estado a necessidade de criação de normas para organizar a vida em sociedade, já que se revelou imprescindível a existência de convenções e leis para unir os direitos e deveres e encaminhar a justiça a seu objetivo. (ROUSSEAU, 1996, p.47):

Rosas (1983, p. 04) assim esclarece:

É o Estado que estrutura a Justiça. Se o Estado não admite a justiça pelas próprias mãos, a autodefesa, exceto quando se admite a legítima defesa ou a defesa da posse, logo o próprio Estado deve fornecer aos indivíduos meios de defesa, que se encontram na própria estrutura do Estado, daí nascer a pretensão à tutela jurídica com o Poder Judiciário, e o Direito Processual para estruturar o exercício da pretensão.

Segundo a teoria dualista do ordenamento jurídico adotada por Chiovenda, citado por Grinover (2005, p. 41), estas leis e mecanismos de pacificação social existentes dividem-se, claramente, em dois grandes ramos: direito material e processual.

E assim os conceitua:

O primeiro dita as regras abstratas e estas se tornam concretas no momento em que ocorre o fato enquadrado em suas previsões, automaticamente, sem qualquer participação do Juiz. O processual visa apenas à atuação (ou seja, à realização prática) da vontade do direito, não contribuindo em nada para a formação das normas concretas; o direito subjetivo é a obrigação preexistente a ele.

Não é outra a definição de Grinover (2005, p. 42):

E chama-se *direito processual* o complexo de normas e princípios que regem tal método de trabalho, ou seja, o exercício conjugado da jurisdição pelo Estado-juiz, da ação pelo demandante e da defesa pelo demandado. O *direito material* é o corpo de normas que disciplinam as relações jurídicas referentes a bens e utilidades da vida (direito civil, penal, administrativo, comercial, tributário, trabalhista e etc.).

Portanto, repara-se que o direito processual, dentro do ordenamento jurídico existente, seria um instrumento, um meio para a realização do direito material. Melhor dizendo, a relação existente entre estes dois ramos é de instrumentalidade, no sentido de que o direito processual seria o conjunto de normas que ditam/criam mecanismos para a concretização e aplicação do direito material, que cria, extingue e regula as relações jurídicas, conceituando o que é lícito e ilícito. (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2007, p. 55).

A seara do direito processual, como se vê, busca regular a atuação do Estado-Juiz na aplicação do direito material, já que, guardando para si o monopólio da jurisdição, vedou a autotutela privada e deve, portanto, prestar uma resposta adequada aos conflitos de interesses (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 133). Para a resolução destes embates, o instrumento utilizado por este ramo de direito é o processo judicial.

Nos dizeres de Wambier, Almeida e Talamini (2007, p. 54), o processo seria a forma como se fará a veiculação da pretensão, com vista à solução da lide, vinculado àquilo que acontece em juízo, isto é, quando o litígio chega ao Poder Judiciário, sob forma de lide.

Neste particular, apropriado os dizeres de Chiovenda (2000, p. 72):

Não se trata, porém, naturalmente, de uma série de atos dissociados e independentes, senão de uma sucessão de atos vinculados pelo objetivo comum da atuação da vontade da lei e procedendo ordenadamente para a consecução desse objetivo; de onde o nome de processo.

Por este conjunto de atos, chamado de processo, obrigou-se que uma parte, ao estar sofrendo um dano irreparável, ou na iminência de sofrê-lo, e que tenha prova suficientemente capaz de convencer o Estado-Juiz, procurasse o Poder Judiciário a fim de pacificar o seu conflito. Deste fato insurge uma grande problemática, porquanto o litigante teria que aguardar todo o trâmite processual para que, ao final, tivesse o seu dano cessado ou reparado.

A título de exemplificação, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em Planilha de Indicadores, divulgada em seu site em 2009, prevê que o tempo médio para a resolução de ações de maior impacto social – aquelas que envolvem matérias como Família, Infância e Juventude, Crimes, Ações Constitucionais, Juizado Especial Cível e Criminal, Previdenciário, Sucessões, Órfãos e Registros Públicos e Tribunal do Júri – no ano de 2012, seria de 480 dias. Ou seja, mesmo nestes casos que versam sobre alimentos, direito indisponível e de natureza urgente, em que o cidadão não pode esperar todo o desenrolar processual, demorar-se-ia, em média, 1 ano e 4 meses para se produzir efeitos práticos. (SANTA CATARINA, 2009).

Neste viés, Doria (2004, p. 42) afirma que

[...] em inúmeras ocasiões as partes não podiam aguardar até a decisão final da demanda, sob pena de verem a realização de seu possível direito frustrada pelo decurso do tempo. Nestes casos, de nada adiantaria aguardar até o final do processo, pois este perderia seu objetivo inicial. Em outras palavras, a satisfação do direito poderia ficar comprometida apenas e tão-somente pela passagem do tempo. Era preciso então criar um mecanismo que assegurasse a possibilidade de realização futura daquele direito até que se decidisse se ele realmente existia ou não.

Ora, era inegável que a credibilidade da Justiça entrasse em pauta, pois era deveras forçoso crer que o litigante vivesse tranquilamente sofrendo um dano ou prestes a sofrê-lo.

Marinoni (1994, p. 116/117), sobre o assunto, assim esclarece:

Se o tempo é a dimensão fundamental na vida humana, no processo ele desempenha idêntico papel, pois processo também é vida. O tempo do processo angustia os litigantes; todos conhecem os males que a pendência da vida pode produzir. Por outro lado, a demora processual é tanto mais insuportável quanto menos resistente economicamente é a parte, o que vem a agravar a quase que insuperável desigualdade substancial no procedimento. O tempo, como se pode sentir, é um dos grandes adversários do ideal de efetividade do processo.

Mas o tempo não pode servir de empeco à realização do direito. [...] O cidadão comum, assim, tem o direito à tutela hábil à realização do seu direito, e não somente um direito abstrato de ação. Em outras palavras, tem o direito à adequada tutela jurisdicional. [...] pois o processo, [...], deve chegar a resultados equivalentes aos que seriam obtidos se espontaneamente observados os preceitos legais.

Logo, ficou evidente que a demora processual era sempre nociva, quer no que diz respeito às situações de urgência, quer no que tange aos demais processos em que o decurso do tempo torna a justiça da decisão cada vez menos relevante. (DORIA, 2004, p. 145).

Neste tocante, possível é fazer uma analogia entre o processo e um hospital. Em ambos os casos, há pacientes (jurisdicionados) internados (em juízo), cujo estado de saúde (de direito) é tão crítico que necessita de uma maior atenção e prioridade na prestação de auxílio (da tutela jurisdicional) por parte dos médicos (operadores do direito), em detrimento daqueles que, não obstante sua doença (violação ao direito), possam suportar os efeitos do tempo, sob pena de que, posteriormente, o paciente faleça (perca o direito). É nestes casos de emergência que o direito processual não pode deixar de prever mecanismos aptos a agilizarem o andamento da máquina judicial.

Ratifica este posicionamento Theodoro Júnior citado por Doria (2004, p. 34):

Assim como a medicina tem aperfeiçoado, cada vez mais, as técnicas cirúrgicas de emergência, para salvar pacientes em risco de vida, também o direito processual tem de conceber expedientes capazes de tutelar, em caráter de urgência os direitos subjetivos que não podem deixar de ser prontamente exercitados sob pena de perecerem e de conduzir os respectivos titulares a um profundo descrédito no processo judicial como um todo.

Outro não é o entendimento de Chiovenda, citado por Arenhart (2005, p. 278):

Nesse contexto surge, entre outros, a voz de Chiovenda para demonstrar que a necessidade de tutela de urgência é natural à própria concepção de tutela de direito. A tutela de urgência, diz ele, é um direito do Estado “Fundado em las necesidades generales de La tutela Del derecho”. De fato, se o Estado proíbe a autotutela privada e exige que toda satisfação coativa de direito se dê por sua intervenção, deve dotar o sistema jurídico de mecanismos capazes de, tempestivamente, atender às pretensões manifestadas na sociedade. Daí por que constitui, evidentemente, elemento natural a qualquer ordenamento jurídico a previsão dos mecanismos de proteção de urgência.

Buscando, então, saídas para essa questão, foram criadas técnicas de agilização da justiça, a saber: a) a que mantém no seio da comunidade a solução dos seus próprios conflitos, através dos organismos parajudiciais, mais voltados para a pacificação dos contendores; b) a que mantém justiça estatizada buscando minimizar o processo, pela simplificação do procedimento (ALVIM, 2009, p. 18).

A primeira modalidade pode ser traduzida por meio de instrumentos extrajudiciais, em que os litigantes sequer adentravam na esfera judicial. Exemplos típicos desta categoria eram a conciliação, mediação e a arbitragem.

Por outro lado, a segunda modalidade pressupõe que o interessado deveria ingressar no Poder Judiciário, porém, estabelecia que o processo, conjunto de atos que

almejam alcançar a prestação da tutela jurisdicional, tenha os seus efeitos minimizados, no sentido de torná-los mínimos o bastante para resolver com rapidez o litígio, sem prejuízo da defesa do réu. A adoção de institutos como as tutelas de urgência, o julgamento antecipado da lide e a decisão liminar eram o a tônica desta vertente. (ALVIM, 2009, p.19).

Em nosso país, mantendo a resolução dos conflitos na esfera judicial – o que evidencia, pois, o privilégio dado à segunda modalidade de agilização processual – o legislador pátrio, mesmo antes da elaboração do Código de Processo Civil de 1973, instituiu alguns destes métodos de aceleração processual em nosso ordenamento pátrio.

Evidenciou-se este manifesto propósito através da antiga Lei do Mandado de Segurança (artigo 7º, II – Lei 1533/51), da Ação Popular (artigo 5º, §4º - Lei 4717/65), da Lei de Alimentos (artigo 4º - Lei nº 5478/68), da Ação de Busca e Apreensão regulada pelo Decreto-Lei nº 911/69, entre outras, as quais previam a concessão de liminar desde o despacho inicial.

Além disso, no bojo do nosso Código de Processo Civil o legislador instituiu também medidas de agilização, como as ações possessórias (artigo 923 e seguintes) e “em algumas medidas provisionais do artigo 888 do CPC, tais como nos alimentos provisionais, na entrega do bem pessoal do cônjuge, na interdição ou demolição de prédio etc.” (CARMIGNANI, 2001, p. 52).

Carmignani (2001, p. 54) continua salientando que se denota “sua aplicação nas medidas cautelares inominadas, concedidas com base no poder geral do juiz (artigo 798), instituído pelo legislador na reforma processual de 1973, já com o escopo de evitar a ineficácia da prestação jurisdicional, em face do risco de demora”.

Assim, percebeu-se que, com a criação destas medidas de agilização, a prestação da tutela tornou-se mais célere, ganhando maior destaque, porém, a utilização das tutelas cautelares.

Todavia, o escopo deste instituto – tutela cautelar – era (e ainda é) assegurar o resultado útil do processo, ou seja, acautelar o bem da vida para que ele não se perca durante o trâmite processual.

Não diverge o entendimento de Vaz (2002, p. 87): “[...] os provimentos cautelares destinam-se a garantir o resultado eficaz do processo, assegurando a efetividade (probatória ou executiva) de uma pretensão, sem, no entanto, interferir no plano do direito material.”

Neste caminhar, a inexistência de institutos que previssem a solução dos casos de urgência que necessitassem da satisfação do direito fez com que os operadores utilizassem a medida cautelar por via oblíqua, utilizando-a não para assegurar o resultado útil do processo,

mas sim antecipar o próprio bem da vida. Utilizavam, portanto, da tutela cautelar como meio de satisfazer a pretensão desde logo. Essas medidas eram conhecidas como medidas cautelares satisfativas².

Nesse sentido, ensina Marinoni (2008, p. 125) que, por razões advindas da vida em sociedade fizeram com que os operadores do direito passassem a reivindicar os seus direitos por meio da ação cautelar inominada. Como é óbvio, buscava-se, em tais casos, um bem da vida, ou um resultado útil, e não somente segurança do resultado útil do processo. Justamente por esta razão é que a doutrina passou a falar na perda do caráter instrumental da tutela sumária rotulada de ‘cautelar’.

Acrescenta, ainda, Theodoro Júnior citado por Doria (2004, p. 42):

Para tentar contornar a inadequação do processo tradicional e superar a irritante e intolerável lentidão da Justiça, muitos operadores do Direito encontraram na ação cautelar uma válvula para se alcançar algum tipo de aceleração na tutela jurisdicional e alguma forma antecipar os efeitos da solução de mérito esperada para a causa.

Logo, observou-se que esta utilização imprópria da medida acautelatória ocorreu exatamente em razão da falta de previsão legal para a antecipação de tutela, em contraposição à necessidade de se atribuir maior efetividade à prestação jurisdicional. A indigência legal forçou o tangenciamento da real função da tutela cautelar. (VAZ, p. 86, 2002).

Porém, a utilização equivocada da tutela cautelar causava repudia por grande parte da doutrina, encontrando eco nas palavras de Theodoro Júnior, citado por Marinoni (2008, p. 103):

[...] a medida cautelar não deve ultrapassar os limites que definem sua natureza provisória. Seu objetivo é tão somente garantir a utilidade e eficácia da futura prestação jurisdicional satisfativa. Não pode, nem deve, a medida cautelar antecipar a decisão sobre o direito material, pois não é de sua natureza autorizar uma espécie de execução provisória.

Com o passar dos anos, a própria jurisprudência, que no início aceitava³ a utilização das chamadas cautelares satisfativas, passou também a rejeitá-las⁴.

² Para melhor ilustrar essa distinção, colaciona-se: PROCESSO CIVIL – ADMINISTRATIVO – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – ARTIGO 273 DO CPC – CONCESSÃO – PRESSUPOSTOS – DISTINÇÃO DO PROCESSO CAUTELAR – PROCEDIMENTO COGNITIVO – SERVIDOR PÚBLICO – CORREÇÃO MONETÁRIA – 47,94%. I- O procedimento da antecipação de tutela inserido no processo de conhecimento (artigo 273, CPC), distinguindo-se totalmente dos pressupostos cautelares (*fumus boni iuris e periculum in mora*), exatamente por ambos defenderem escopos distintos. O primeiro visa a assegurar uma verdade jurídica, enquanto o segundo serve, exclusivamente, para evitar o perecimento dos processos de cognição ou execução. [...] (BRASIL, 2001).

³ A segurança mediante antecipação provisória da prestação jurisdicional atende em regra à necessidade de proteção imediata de pessoas, bens ou prova, justificando-se no primeiro caso pela relevância dos valores humanos em jogo, estendendo-se essa antecipação no campo das cautelas inominadas, em dimensões notáveis. Admitem os processualistas modernos que, sob o prisma do interesse, é inegável que as medidas cautelares quando deferidas, possuem eficácia satisfativa, necessidade de segurança quanto ao resultado útil do processo principal e, em segundo lugar, ao interesse material. (BRASIL, 1990)

Surgiu, então, a necessidade da criação de um instituto que se adequasse a realidade judiciária brasileira, o qual deveria permitir a antecipação dos efeitos da tutela pretendida com o provimento final e assim “recuperar a funcionalidade do processo ordinário, de modo a assegurar a efetividade da prestação jurisdicional, munindo-o de instrumentos aptos às diversas situações, sem a necessidade, como até então vinha ocorrendo, das partes e do juiz, improvisar soluções” (CARMIGNANI, 2001, p. 53).

Procurando corrigir essa degeneração do instituto da tutela cautelar e também buscando atender aos anseios da sociedade por um prestação jurisdicional mais célere fizeram com que o legislador pátrio, por meio da Lei n.º. 8.952/94⁵, importasse do direito romano⁶ para o ordenamento jurídico processual brasileiro a possibilidade da antecipação dos efeitos da tutela, através das novas redações dadas aos artigos 273 e 461 do atual Código de Processo Civil.

Posteriormente, com a Lei 10.444/02⁷, houve uma alteração num dos parágrafos, o §3º, bem como a inclusão dos §6º e §7º no artigo 273. Em relação ao artigo 461, alterou-se o parágrafo 5º e adicionou o 6º. Além de acrescentar o artigo 461-A.

Portanto,

[...] a tutela antecipatória, enquanto mecanismo que possibilita o adiantamento dos efeitos executórios do futuro julgamento de mérito, a exemplo do que já ocorrera na Itália, na Alemanha, na França, na Espanha, na Grécia e em outros países de Europa, veio preencher uma lacuna que há muito carecia de disciplina legal, máxima em face das limitações naturais da tutela cautelar de urgência, tal como concebida no processo civil brasileiro, com função meramente assecuratória. (VAZ, 2002, p. 43).

Diante disso, vislumbra-se que foi positiva a alteração promovida pelo legislador pátrio, uma vez que, com o advento da tutela antecipada, tornou-se desnecessária a equivocada utilização da tutela cautelar, instituindo em nosso Código de Processo Civil uma solução para os casos em que se buscavam não apenas acautelar o resultado útil do processo - objetivo precípua das tutelas cautelares – mas sim a imediata concessão do bem da vida,

⁴ Ação cautelar inominada – Efeito satisfativo – Possibilidade somente nos casos expressos em lei - Inocorrência na espécie – Extinção do processo – Sentença confirmada. As ações cautelares são não satisfativas no sentido de que elas não concedem o direito para a parte que postula a segurança, mas meramente preservam tal direito dos danos que o perigo recomenda acautelar; seu escopo não é mais do que garantir a utilidade e a eficácia da futura prestação jurisdicional de mérito, esta sim satisfativa, no que diz respeito ao objetivo substancial da parte. Somente há satisfação do direito no processo cautelar nos casos expressamente nominados na lei. (SANTA CATARINA, 1994)

⁵ Altera os dispositivos do artigo 273 e 461 do Código de Processo Civil de 1973 sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. (BRASIL, 1994)

⁶ Nesse aspecto, importante salientar que o instituto da tutela antecipada encontra sua origem nos tempos clássicos do sistema interdital romano, em que o pretor, no uso de suas atribuições, concedia o interdito, declarando o direito da parte e tomando as decisões necessárias para a sua execução forçada a fim de dar provimento à pretensão do autor sem percorrer um trâmite de veras longo. (CORSI, 2008).

⁷ Altera a Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. (BRASIL, 2002).

oportunidade que, então, na presença dos requisitos indispensáveis, antecipam-se os efeitos práticos da tutela pretendida⁸.

Contudo, antes de se fazer uma análise aprofundada sobre o instituto em estudo, é necessária uma explanação mais apurada sobre os princípios constitucionais que sustentam a antecipação dos efeitos da tutela.

2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ATINENTES À TUTELA ANTECIPADA

A Constituição Federal é a lei maior de nosso Estado. É dela que decorrem e se interpretam todas as demais leis que existem no Brasil. Dessa Carta Política extraem-se os princípios, conceitos abstratos que estão explícita ou implicitamente contidos em nosso ordenamento jurídico que servem como instrumentos de interpretação e aplicação do Direito, bem como a chamada tutela jurisdicional diferenciada, que se destina a concretização dos valores da cidadania. (PORTANOVA, 2008, p. 14).

Com efeito, denota-se, pois, que é o plano constitucional que delimita, impõe, molda e contamina todo o modo de ser do processo, ou seja, o plano infraconstitucional do processo deve ser interpretado conforme o que a Constituição impõe sobre a forma do exercício jurisdicional. Sobre esta ótica, importante frisar que, de um lado, há a chamada jurisdição constitucional das liberdades públicas, a qual serve como suporte para a genérica garantia do acesso à justiça. Noutra viés, existe o que é chamado de tutela constitucional do processo, entendido como os princípios insculpidos em nossa Constituição Federal, servindo para instrumentalizar critérios e parâmetros democráticos sobre os quais deverão os operadores do direito repousarem seus entendimentos. Isso é o que se chama de modelo constitucional do processo. (BUENO, 2004, p. 03).

Sobre o assunto, Zavascki (2005, p. 59) explicita que em nosso direito, caracterizado pela supremacia da Constituição e pela viabilidade ampla de controle difuso dessa supremacia, todo e qualquer preceito normativo sofre inafastável relação de coordenação e de subordinação para com os preceitos constitucionalizados.

Oportuno também os dizeres de Vaz (2002, p.19):

Os princípios constitucionais do processo nada mais representam do que o conjunto de garantias processuais, que, em razão do assento constitucional, sobrepõem-se às demais normas procedimentais hierarquicamente inferiores. Constituem, em outras

⁸ Não diverge desse pensar Doria (2004, p. 143): “A alteração do artigo 273 do Código de Processo Civil, com a introdução da tutela antecipatória, representou um grande passo na busca de um processo civil mais célere e eficaz. Pode-se inclusive dizer que, atualmente, a possibilidade de antecipação da tutela de mérito é a melhor alternativa jurídico-processual para o problema da demora do processo”.

palavras, a essência e o fundamento da validade dos diversos institutos que compreendem a função jurisdicional do Estado de Direito.

Portanto, vislumbra-se que, tanto a Constituição Federal como os princípios que lhe são atinentes servem para nortear todo e qualquer ramo do direito.

Nesta esteira, Vaz (2002, p. 19) diz:

A eficácia dos direitos e garantias fundamentais do homem, sejam de natureza constitucional ou infraconstitucional, está condicionada à existência de instrumentos hábeis. O instrumento por excelência é o processo, meio pelo qual o Estado soluciona os conflitos de interesses e promove a paz social. As normas que regem o processo devem obedecer ao primado da Constituição, diploma legal supremo que contem o arcabouço do sistema processual de garantias e direito.

Não é outro também o pensamento de Grinover (2005, p. 80), a qual salienta que todo o direito processual, como ramo de direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a efetividade do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais; [...] Mas além de seus pressupostos constitucionais, comuns a todos os ramos do direito, o direito processual é fundamentalmente determinado pela Constituição em muitos de seus aspectos e institutos característicos.

Portanto, como afirma Zavascki (2005, p. 61), é necessário que as leis processuais sejam compreendidas, interpretadas e aplicadas segundo os princípios constitucionais, os quais servem e para cuja efetivação exercem função concretizadora.

Portanova (2008, p. 14), entretanto, entende que os princípios são mais do que apenas meros acessórios interpretativos, mas enunciados que retratam as conquistas éticas de toda a civilização, razão pela qual, mesmo não estando previstas explicitamente em lei, aplicam-se cogentemente a todos os casos concretos.

Ainda, segundo o citado autor, o direito processual civil é formado por princípios informativos ou de primeiro grau, quais sejam: lógico, econômico, político, jurídico, instrumentalidade e efetivo. Destes, decorrem os princípios de segundo grau (juiz natural, acesso ao judiciário e devido processo legal), os quais informam os de terceiro grau. Assim, o princípio do juiz natural informa todos os princípios concernentes à jurisdição e a pessoa do juiz; o princípio do acesso à justiça informa os relativos à ação e à defesa; e o princípio do devido processo legal informa todos os demais princípios de primeiro grau ligados ao processo e ao procedimento⁹.

⁹ Enquanto o processo é uma unidade, como relação processual em busca da prestação jurisdicional, o procedimento é a exteriorização dessa relação e, por isso, pode assumir diversas feições ou modos de ser. A essas várias formas exteriores de se movimentar o processo aplica-se a denominação de procedimento. (THEODORO JUNIOR, 2006, p. 364).

Logo, constata-se que todo o ordenamento jurídico processualista cível decorre de princípios informativos, dos quais emergem os princípios de segundo e de terceiro grau. E o processo, instrumento de pacificação social, deve se enquadrar a estes preceitos, a fim de alcançar o objetivo para que fora instituído.

Evidente, também, que deve o instituto da tutela antecipada mostrar respeito aos ditames da Constituição Federal, pois, como técnica de agilização da justiça, busca enfrentar o grave problema da demora da prestação jurisdicional, entretanto sem infringir as regras e garantias previstas em nossa Carta Política.

Sob o enfoque da antecipação da tutela, imprescindível a análise dos princípios que lhe norteia, que lhe justifica, que lhe interpreta, que servem como apoio para sua devida aplicação no exercício jurisdicional, quais sejam: devido processo legal, inafastabilidade do controle jurisdicional, instrumentalidade processual, razoável duração do processo - inculcado em nosso ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004 - segurança jurídica, efetividade, contraditório e ampla defesa.

2.2.1 Do princípio do devido processo legal

Com efeito, esse princípio teve sua origem ligada à antiga Grã-Bretanha, no artigo 39 da Magna Carta de 1215, sendo posteriormente adotada em nosso ordenamento jurídico pela Constituição Federal e 1988, em seu artigo 5º, LIV, com a seguinte redação:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (BRASIL, 2008b).

Da análise do supratranscrito texto legal, denota-se que o princípio em tela propicia que um determinado cidadão apenas poderá ser alvo das punições do Estado-Juiz quando respeitado o justo, imparcial e regular andamento do processo, com a observação das respectivas garantias fundamentais constitucionais e instrumentalizada por regras procedimentais previamente estabelecidas e em consonância com a Constituição.

Nos dizeres de Vaz (2002, p. 21):

Compreende o princípio do devido processo legal dois aspectos: o processual, de cunho eminentemente procedimental, vocacionado a assegurar o direito de livre e efetivo acesso à prestação jurisdicional, possibilitando a dedução da pretensão pelo autor e a defesa do réu, conforme a moldura legal previamente estabelecida e da forma mais eficaz possível; e o substantivo, essencialmente dirigido a proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer espécie de legislação que se revele opressiva ou atentatória contra os princípios da razoabilidade e da

proporcionalidade, e norteando, no mesmo sentido, as decisões judiciais, como imperativo de um julgamento justo, calcado na aplicação da lei segundo os valores eleitos na Constituição, em favor da vida, da liberdade e dos bens dos cidadãos.

Portanto, vislumbra-se que o princípio do devido processo legal proporciona não apenas às partes, como um direito subjetivo destas, um julgamento adequado e regular, mas garante a toda sociedade um exercício jurisdicional legítimo e igualitário.

Ademais, Bueno (2009, p. 107/108) alerta que o princípio do devido processo legal não pode ser visto apenas como uma mera forma de *procedimentalização* do processo, que regula a atuação do Estado-Juiz por meio de modelos avalorativos neutros, vazios de qualquer sentido, mas muito além disso, porquanto diz respeito à forma de atingimento dos fins do próprio Estado.

Assim, o processo não pode ser tão somente um meio de resolver os conflitos, pois como método de manifestação do Estado Democrático de Direito, deve viabilizar que durante sua atuação, mostre toda sua plenitude, criando condições concretas para a reparação ou imunização do direito.

Logo, a tutela antecipada, como sendo um meio que busca dar agilidade e eficácia à prestação da tutela jurisdicional, encontra fundamento no princípio do devido processo legal, já que oferece a antecipação dos efeitos da tutela pretendida sem prejudicar as diretrizes do regular andamento processual, além de proporcionar a imediata concretização da pretensão almejada¹⁰.

Ainda, conforme a classificação adotada por Portanova (2008, p. 146/147), o princípio em foco possui uma relevância tão grande que se confunde com o próprio Estado de Direito, informando, inclusive, ao nosso sistema processual todos os demais princípios referentes ao processo e ao procedimento, tais como os princípios do juiz natural (artigo 5º, XXXVII), do direito ao juiz competente (artigo 5º, LIII da Constituição Federal), da vedação de utilização de provas ilícitas (artigo 5º, LVI da Constituição Federal), do direito à publicidade dos julgamentos e à fundamentação das decisões, entre outros.

2.2.2 Do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional – do acesso à justiça

¹⁰ Não é outro o entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina: AGRADO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DE TRÂNSITO. AFASTADA PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO AGRAVADA POR OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA MEDIDA SEM PRÉVIA MANIFESTAÇÃO DAS RÉS DIANTE DA URGÊNCIA QUE ENVOLVE O PEDIDO ATO ILÍCITO [...]. (SANTA CATARINA, 2011)

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou do acesso à justiça – termo solidificado no estudo realizado por Cappeletti em meados dos anos 50 - está diretamente relacionado ao monopólio da jurisdição pelo Estado, conforme anteriormente dito.

Ora, uma vez tendo o Estado reservado para si o poder de pacificar os conflitos, necessário se faz a criação de mecanismos para o exercício de sua função social.

Nos dizeres de Cappeletti (1988, p. 08):

A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Procurando normatizar este princípio em nosso ordenamento pátrio, o legislador constituinte inseriu no artigo 5º, XXXV da nossa Constituição Federal que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (BRASIL, 2008b).

Observa-se que este princípio busca não apenas proporcionar ao cidadão o ingresso no Poder Judiciário para buscar a solução de seu conflito, mas também no sentido de que o Estado lhe disponibilize um legítimo meio de solução, com decisões justas, tempestivas e úteis aos jurisdicionados.

Em sua conferência sobre o assunto, Cappeletti (1988, p. 31) esclarece que para a efetiva aplicação deste preceito, o que ele define como “soluções práticas para os problemas de acesso à justiça”, necessária a observação das denominadas ondas de renovação.

A primeira – assistência judiciária para os pobres – refere-se ao aspecto econômico, vedando que o cidadão tenha qualquer prejuízo na proteção ou reconhecimento de seus direitos em virtude de sua parca condição financeira. A segunda – representação dos interesses difusos - está relacionada à proteção da tutela dos direitos intersubjetivos, ou seja, aqueles feitos que envolvem os interesses sociais e difusos, tais como consumidores e meio ambiente. Por fim, a última onda renovatória – do acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça - encontra seu fundamento na simplificação dos sistemas processuais existentes, buscando meios mais articulados e compreensivos para a prestação da tutela jurisdicional.

Desta feita, vislumbra-se que o princípio do acesso à justiça, por meio de suas três ondas renovatórias, revestiu-se de grande relevância para o reconhecimento dos direitos sociais e individuais em nosso sistema jurídico, porquanto, na inexistência de mecanismos efetivos de reivindicação, a titularidades dos direitos fica destituída de sentido (CAPPELETTI, 1988, p. 11).

Nesse sentido, Vaz (2002, p. 22) assevera que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional compreende duas conotações: a primeira visa assegurar a todos o acesso ao sistema jurisdicional, para a busca da tutela de direitos lesados ou ameaçados de lesão (artigo 5º, XXXV da Constituição Federal), e a segunda cuida de colocar à disposição das partes demandadas meios, instrumentos e mecanismos eficazes para a obtenção da adequada tutela jurisdicional buscada ou para a resistência à pretensão deduzida, afastando óbices econômicos, culturais, sociais, tais como despesas processuais, desinformação e possíveis restrições à legitimidade ativa.

Ratificando este mesmo entendimento, Rodrigues (1994, p. 28) leciona que:

Preliminarmente, é necessário destacar, frente à vagueza do termo acesso à justiça, que a ele são atribuídos pela doutrina diferentes sentidos. São eles fundamentalmente dois: o primeiro, atribuindo ao significante justiça o mesmo sentido e conteúdo que o de Poder Judiciário, torna sinônimas as expressões acesso à justiça e acesso ao judiciário; o segundo, partindo de uma visão mais axiológica da expressão justiça, compreende o acesso a ela como acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano. Esse último, por ser mais amplo, engloba no seu significado o primeiro.

Assim, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional não pode ser visto sob o acanhado limite de acesso aos órgãos judiciais, mas sim viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. (WATANABE, 1988, p. 128).

Para Grinover (2005, p. 35/36), porém, o princípio do acesso à justiça possui uma gama maior de aplicabilidade:

O acesso à justiça é, pois, a ideia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, oferece a mais ampla admissão de pessoas e causas ao processo (universalidade da jurisdição), depois garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o devido processo legal, para que possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do contraditório), podendo exigir dela a efetividade de uma participação em diálogo, tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação. Eis a dinâmica dos princípios e garantias do processo, na sua interação teleológica apontada para a pacificação com justiça.

E Cappeletti (1988, p. 12/13) finaliza:

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. O enfoque sobre o acesso – o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos – também caracteriza crescentemente o estudo do moderno processo civil [...]. O acesso não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.

Ainda, infere-se que o texto previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal coloca fim à dúvida existente no texto anterior, porquanto expressamente cogita *ameaça de lesão de direito* como apta a ensejar a provocação do Poder Judiciário, o que representa a consagração das tutelas jurisdicionais preventivas de urgência (VAZ, 2002, p. 22).

Neste particular, Bueno (2009, p. 285) obtempera que:

Trata-se, é esta a verdade, de dar adequada interpretação ao que o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal prevê. A tutela jurisdicional deve assegurar não só reparação a lesões, mas, muito mais do que isto, evitar que ameaças a direito convertam-se em lesões, em danos. A “tutela jurisdicional da ameaça” (tutela jurisdicional preventiva), portanto, prescinde da ocorrência do dano, da lesão. Ela se justifica, para ser prestada, tão-só pela ameaça de ilícito, de ato contrário ao direito, independentemente da ocorrência de dano.

Portanto, nota-se que do princípio do acesso à justiça decorre também um dos fundamentos da tutela antecipada, já que a inafastabilidade do controle jurisdicional, além de permitir ao jurisdicionado o ingresso ao judiciário, busca também proporcionar a este cidadão meios eficazes, adequados e tempestivos para a devida prestação da tutela jurisdicional¹¹.

Outro não é o entendimento de Marinoni (1994, p. 68):

O cidadão tem direito à adequada tutela jurisdicional (aí incluídas as liminares), como decorrência do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. O direito à adequada tutela jurisdicional é princípio imanente a qualquer Estado de Direito. Suprimir o direito constitucional à liminar, v.g., é o mesmo que legitimar a autotutela privada.

Sendo assim, a antecipação da tutela é um método que procura dar concretude ao princípio em tela, proporcionando maior agilidade e eficácia à pacificação dos conflitos. Ou seja, sem a adequada utilização deste instituto, não estará se respeitando o verdadeiro acesso à justiça.

2.2.3 Do princípio da instrumentalidade do processo

Como anteriormente explanado, o direito processual busca criar mecanismos para propiciar a aplicação do direito material pelo Estado-Juiz, cujo instrumento para a perfectibilização é o processo.

O princípio da instrumentalidade busca estreitar a relação entre estes dois ramos do direito, determinando que um não pode subsistir sem a presença do outro. O processo, ferramenta do direito processual, deve servir como o meio adequado para a efetiva e célere pacificação social e não apenas um aparelho para se obter a sentença judicial. Não pode o processo apoiar-se nas amarras do formalismo exagerado e não propiciar aos litigantes a imediata resolução dos seus conflitos. É isso que o princípio da instrumentalidade tentar evitar.

¹¹ Nesse mesmo caminho: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REVISIONAL COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. DEPÓSITO EM JUÍZO DAS PARCELAS INCONTROVERSAS. ADMISSIBILIDADE ENQUANTO SE DISCUTE O DÉBITO. VIABILIDADE DE DISCUSSÃO DA MATÉRIA. INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL. (BAHIA, 2010).

Assim é o enunciado do princípio da instrumentalidade, para Portanova (2008, p. 48): “O processo deve cumprir seus escopos jurídicos, sociais e políticos, garantindo: pleno acesso ao Judiciário, utilidade dos procedimentos e efetiva busca da justiça no caso concreto.”

Ainda, para Grinover (2005, p. 43):

Falar em instrumentalidade do processo, pois, não é falar somente nas suas ligações com a lei material. O Estado é responsável pelo bem-estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem: e, estando o bem-estar social turbado pela existência de conflitos entre pessoas, ele se vale do sistema processual para, eliminando os conflitos, devolver à sociedade a paz desejada. O processo é uma realidade desse mundo social, legitimada por três ordens de objetivos que através dele e mediante o exercício da jurisdição o Estado persegue: *sociais, políticos e jurídico*. A consciência dos escopos da jurisdição e sobretudo do seu escopo social magno da pacificação social constitui fator importante para a compreensão da instrumentalidade do processo, em sua conceituação e endereçamento social e político.

Portanto, percebe-se que o processo, em que pese sua preocupação com a lógica procedimental e a sua celeridade, não pode ser encarado como um mero instrumento técnico, mas como um recurso a serviço da sociedade destinado a realização da justiça.

Sintetizando o princípio em análise, assim dispõe Vaz (2002, p. 24):

O princípio da instrumentalidade do processo apresenta-se como garantia de que o direito fundamental à efetividade da prestação jurisdicional será concretizado. O processo é dirigido, pois, à consecução da prestação jurisdicional efetiva, afastando o excessivo apego a forma e rituais de inoperância prática, para servir de instrumento eficaz à plena salvaguarda do direito material violado ou ameaçado. É evitar os males do exagerado processualismo.

O supracitado doutrinador atenta, ainda, que para a correta aplicação deste princípio é necessária a maior observação possível das novas técnicas de agilização, atendendo às inspirações de um processo moderno, comprometido com a consagração dos valores éticos-jurídicos. Imprescindível o manejo destemido e integral de novos institutos, como o da tutela antecipada (VAZ, 2002, p. 24).

Esse princípio, então, possui estreita relação com o instituto da tutela antecipada, porquanto sua introdução no ordenamento jurídico pátrio decorreu desta necessidade de efetividade e eficácia da prestação jurisdicional, bem como da finalidade substancial do próprio processo. Ora, a antecipação dos efeitos da tutela pretendida proporciona o imediato reestabelecimento da paz social, mesmo que provisoriamente, dando ao processo a plena consecução do princípio da instrumentalidade¹².

¹² Nessa toada: AGRAVO INTERNO CONTRA LIMINAR CONCEDIDA PARA ASSEGURAR À AGRAVADA O DIREITO A PRORROGAÇÃO DA LICENÇA MATERNIDADE POR MAIS 60 DIAS. HIPÓTESE QUE AUTORIZA A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA, POIS, COMO BEM ACENTUOU O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, “A MODERNA JURISPRUDÊNCIA, COM OS OLHOS NA EFETIVIDADE E NA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO, TEM ADMITIDO, EM CARÁTER EXCEPCIONAL, MEDIDAS LIMINARES DE CARÁTER SATISFATIVO CONTRA O PODER PÚBLICO DESDE QUE COEXISTAM OS PRESSUPOSTOS DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA, E SEMPRE QUE A PROVISAO REQUERIDA SEJA

2.2.4 Do princípio da razoável duração do processo

Diante da necessidade de resgatar a crença daqueles que se utilizam da máquina judicial para fazer valer seu direito lesado, o legislador constitucional derivado, com a publicação da Emenda Constitucional n. 45 de 2004¹³, realizou uma verdadeira Reforma no Poder Judiciário.

Entre outras alterações, consagrou em nosso ordenamento jurídico o princípio da razoável duração do processo, cuja instituição em nossa Constituição Federal se deu por meio da introdução do inciso LXXVIII no seu artigo 5º, dispondo que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (BRASIL, 2008b).

É verdade que, mesmo antes da edição dessa Emenda Constitucional, a razoável duração do processo já fazia parte do arcabouço jurídico pátrio, mormente pelos dizeres expressamente previstos no artigo 8º, item 1, do Pacto de San José da Costa Rica¹⁴ que possui texto semelhante ao inciso LXXVIII e do qual o Brasil já era signatário, por força do Decreto n. 678/1992¹⁵. Todavia, tal Emenda deu condição constitucional a estes princípios.

Bueno (2009, p. 146) destaca que desse princípio decorrem duas interpretações diferentes. A primeira é oriunda da própria ideia de tempestividade do processo. A segunda, por outro lado, é relativa aos meios que garantam a celeridade da sua tramitação.

Em relação à primeira diretriz, é possível afirmar que é dever do Estado-Juiz analisar cada caso concreto, bem como cada uma das suas peculiaridades, devendo proporcionar às partes a maior celeridade possível no andamento processual.

No que diz respeito à segunda parte do dispositivo, surge a necessidade de que o Estado idealize novas técnicas processuais que sejam aptas a favorecer um julgamento mais célere.

INDISPENSÁVEL À PRESERVAÇÃO DE UMA SITUAÇÃO DE FATO QUE SE REVELE INCOMPATÍVEL COM A DEMORA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL”[RESP 180.948/PR, REL. MINISTRO VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, JULGADO EM 14/12/2000, DJ 19/02/2001 P.] (BAHIA, 2010).

¹³ Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. (BRASIL, 2004).

¹⁴ Artigo 8º - Garantias judiciais: 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (CONVENÇÃO..., 1969).

¹⁵ Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. (BRASIL, 1992).

Aliás, assim esclarece o citado autor:

À luz das considerações dos parágrafos anteriores, não há como negar que os contornos do princípio em análise concentram-se na sua segunda parte. Trata-se, nestas condições, de verificar como “economizar” a atividade jurisdicional no sentido da redução desta atividade, redução do número de atos processuais, quiçá, até, da propositura de outras demandas, resolvendo-se o maior número possível de conflitos de interesses de uma vez só (BUENO, 2009, p. 147).

Portanto, diante desta realidade, deve tanto o processo, como o direito processual em si, serem pensados de um ponto de vista de economicidade, em que sejam despendidos o menor tempo e recursos possíveis, utilizando-se de técnicas ou meios que proporcionem essa celeridade e economia. Ou seja, tornar o ramo processual civil menos burocrático e mais eficiente¹⁶.

Neste particular, mostra muita relevância o instituto da tutela antecipada, porquanto permite que o magistrado, em última análise, empreste eficácia plena a decisões que, de outro modo, levariam mais tempo para surtir quaisquer efeitos (BUENO, 2009, p. 148).

Discorrendo sobre o princípio da razoabilidade, porém perfeitamente aplicável ao princípio em estudo, discorre Vaz (2002, p. 27) que se deve cobrar a razoabilidade do prazo para a entrega da prestação jurisdicional, uma vez que não é sensata a justiça tardia, ainda que tecnicamente correta. Daí a íntima relação com as tutelas de urgência.

No julgado que ficou conhecido como o “Caso das mãos amarradas”, onde o feito tramitou por mais de 30 anos, à luz do princípio da razoável duração do processo, foi deferida a antecipação da tutela de ofício, buscando, assim, acelerar imediatamente a prestação jurisdicional¹⁷.

¹⁶Vale a pena lembrar, à título de curiosidade, que em alguns países da Europa, em virtude da morosidade processual, foi consolidada uma orientação jurisprudencial da Corte Europeia a fim de definir circunstâncias que evidenciam a extrapolação do limite da razoável duração do processo, quais sejam: a) complexidade do assunto, b) comportamento dos litigantes e seus procuradores e c) atuação do órgão judicial, fixando-se como tempo médio razoável, o período de 5 anos (3 anos em 1º grau e 2 anos em procedimentos recursais). Além disso, nos casos de inobservância desta regra, criou-se um mecanismo para o ingresso de ações contra o próprio Estado, cobrando-se danos morais em decorrência desta letargia para a prestação jurisdicional. (TUCCI, 2011, p. 90/103).

¹⁷RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CASO DAS MÃOS AMARRADAS. INTERESSE PROCESSUAL. PRESCRIÇÃO DA AÇÃO. NEXO DE CAUSALIDADE. DANOS MATERIAIS. DANOS MORAIS. VERBA HONORÁRIA. EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. CF. ART 5º, XXXV E LXXVIII. - Caso das mãos amarradas. Ex-Sargento do Exército torturado no DOPS, levado à Ilha do Presídio no Rio Guaíba, vítima de novas torturas, assassinado por militares em 1966, tendo sido o corpo encontrado boiando no Rio Jacuí, com as mãos amarradas [...].- Este processo, por uma série de motivos e circunstâncias já relatadas, tramita há trinta anos. Ele já está na memória pública, pois foi tombado, arquivado, a sentença foi copiada e exposta, transformou-se em história, mas o processo não findou. A jurisdição, função do Estado, não foi entregue. É sabido que o Estado deve assegurar às partes meios expeditos e eficazes na prestação da tutela jurisdicional. - E é o juiz quem deve, em nome do Estado, velar pela célere solução do litígio. A demora do processo inflige à parte o sofrimento, inclusive psicológico. Por isso, a efetiva prestação jurisdicional é problema que aflige os operadores do direito de longa data. - Exsurge, a partir daí, a necessidade de uma interpretação sistemática das

Denota-se, então, que a antecipação da tutela surge como uma grande arma no combate à letargia processual, possibilitando a concretização do princípio constitucional da razoável duração do processo.

2.2.5 Do princípio da efetividade do processo

Outro princípio de relevante importância para o estudo da tutela antecipada é o princípio da efetividade. Este princípio – que encontra embasamento constitucional também no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal - busca, dentro de sua concepção, proporcionar aos jurisdicionados um efetivo resultado da prestação jurisdicional, ou seja, que esse julgamento lhe seja útil e palpável, que acarrete alterações sensíveis do ponto de vista prático, isto é, extrínseco ao processo.

normas constitucionais, realizando o direito de obter a decisão justa em tempo razoável. Nessa trilha, de há muito a doutrina e a jurisprudência pátrias vêm trabalhando com o conceito de efetividade da jurisdição, buscando através de princípios consagrados na Constituição, como o da universalidade, o da jurisdição e o do devido processo legal, a concretização do ideal de uma justiça célere. É seguindo nesta rota que a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, inseriu no artigo 5º, o inciso LXXVIII, com a seguinte redação: "- a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". Foi consagrada, desta forma, como garantia do cidadão, a razoável duração do processo e a celeridade processual. A Constituição de 1988 consagrou o princípio da universalidade de jurisdição, no artigo 5º, inciso XXXV, pelo qual não se excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito. Acresce-se, agora, que a jurisdição deverá ser célere, prestada em tempo razoável. Exatamente por isso, a garantia de razoável duração do processo e celeridade processual deve ser concretizada de imediato, independentemente de qualquer outro ato normativo complementar. Seu conteúdo normativo se impõe. Saliente-se que a garantia ora examinada foi inserida no artigo 5º da CF, que possui um § 1º, determinando a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais. - Manifesta-se, a partir da norma constitucional transcrita, um direito subjetivo a uma razoável e célere duração do processo. Direito subjetivo que, como tal, opõe-se ao Estado. Há norma consagrando o direito fundamental de exigir do Estado uma prestação jurisdicional apropriada. Deixar de dar aplicabilidade imediata ao novel dispositivo constitucional é torná-lo letra morta. É retirar a força normativa da Constituição e ela admitirá, então, voltar a ser acusada de uma "mera folha de papel". - Não há qualquer razoabilidade em um processo tramitar por trinta anos com a promessa de mais outro tanto. Razoável duração do processo é conceito que deverá ser realizado em cada caso. Neste caso, a razoabilidade determina, impõe, que a decisão produza efeitos imediatamente. A parte tem direito a uma resposta adequada do Estado. E o Poder Judiciário é o foro de afirmação deste direito. O processo ainda não saiu de um Tribunal e certamente ainda transitará por outros. - Por isso, em determinadas situações, especialíssimas, é claro, deve ser admitida a entrega de uma tutela satisfativa, mesmo sem a definitividade da decisão. Neste feito, percebe-se com extrema nitidez e clareza, que é preciso antecipar os efeitos da tutela final, assegurando-se o ressarcimento pretendido, mesmo que provisória a decisão. Cuida-se de realizar a pretensão manifestada, enquanto possível. -- A antecipação da tutela jurisdicional é viável em qualquer fase do processo, seja em primeira ou segunda instância. - O direito processual civil deve ser lido como direito constitucional aplicado e, dentro dessa vertente, deve ainda ser objeto de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais. - Sendo o próprio acesso à justiça um direito fundamental, não se poderia entendê-lo senão como um direito a uma "proteção efetiva", como bem observa Robert Alexy, já que obrigado o Estado (inclusive na sua feição judiciária) a provê-lo de maneira eficiente e tempestiva. No que ora interessa, importa observar que dentro dessa tutela jurisdicional efetiva vai compreendido o direito a um processo com duração razoável, sem dilações indevidas, que bem distribua o ônus do tempo processual entre as partes. Consectário esse, aliás, que hoje se encontra inclusive explícito em nossa Constituição (artigo. 5º, LXXVIII). - Nada obstante o artigo 273, CPC, exija para concessão da tutela antecipada requerimento da parte, não se pode olvidar que, por vezes, se mostra possível antecipar a tutela jurisdicional, ainda que não exista pedido da parte, como, de resto, já vem se pronunciando a doutrina mais atilada (conforme, por todos, José Roberto dos Santos Bedaque, Código de Processo Civil Interpretado. São Paulo: Atlas, 2004, p. 807). (BRASIL, 2005).

Nesse sentido, assim pontua Bueno (2009, p. 150):

Vale destacar, para bem compreender o significado do princípio da efetividade do processo, que enquanto o princípio do “acesso à justiça” e o do “devido processo legal” e os que dele derivam [...], voltam-se, basicamente, à criação de condições efetivas de provocação do Poder Judiciário e de obtenção da tutela jurisdicional mediante uma devida participação ao longo do processo [...], o princípio da efetividade do processo volta-se mais especificamente aos resultados práticos deste reconhecimento de direitos, na exata medida em que ele o seja, isto é, aos resultados da tutela jurisdicional no plano material, exterior ao processo.

E conclui:

É inócuo falar em um “processo justo” ou em um “processo devido”, dando-se a falsa impressão de que aqueles atributos tendem a se esgotar com a tão-só observância da correção do meio de produzir a decisão jurisdicional apta a veicular a tutela jurisdicional. O “justo” e o “devido”, com efeito, vão além do reconhecimento jurisdicionalmente do direito (BUENO, 2009, p. 150).

Zavascki (1995, p. 85) acrescenta que o direito à efetividade do processo está relacionado não apenas com o direito de provocar a atuação do Estado, mas essencialmente de obter uma decisão justa, num prazo razoável e com potencial de atuar de uma forma justa no plano dos fatos.

Em outra obra de sua autoria, o referido doutrinador assevera que o Estado, já que monopolizador da jurisdição, deve disponibilizar aos jurisdicionados meios eficazes de pacificação, no sentido de que devem propiciar ao litigante vitorioso a concretização fática de sua vitória (ZAVASCKI, 2005, p. 65).

Sobre a íntima relação da tutela antecipatória e o princípio da efetividade, Marinoni, citado por Vaz (2002, ps. 44/45), entende que:

Institui instrumento de mais alta importância para a efetividade do processo, não só porque abre oportunidade para a realização urgente dos direitos nos casos de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação como, também, porque permite a antecipação da realização dos direitos nos casos do abuso do direito de defesa ou manifesto protelatório do réu.

Diante disso, infere-se que o princípio da efetividade do processo relaciona-se com os efeitos que a tutela jurisdicional pode acarretar no plano fático. Ora, o instituto da antecipação dos efeitos da tutela nada mais é do que a perfeita materialização deste princípio, já que impede a possibilidade de, ao final da lide, quando do reconhecimento da pretensão, esta não lhe seja apta a produzir resultados úteis, razão pela qual pode ser considerada uma relevante ferramenta de efetividade processual.

2.2.6 Do princípio da segurança jurídica

O princípio da segurança jurídica decorre de uma interpretação de todo o arcabouço legal, não estando explicitamente disposto na Constituição Federal de 1988. É um

princípio que busca assegurar um mínimo de estabilidade, de certeza nas relações sociais. Dele decorrem muitos institutos que tentam oportunizar segurança aos jurisdicionados quando da prestação jurisdicional, tais como decadência, prescrição, coisa julgada, ato jurídico perfeito, direito adquirido, sendo estes últimos, inclusive, insculpidos em nossa Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXVI¹⁸.

Coute e Silva (2005) identifica que o princípio em análise se ramifica em duas searas: objetiva e subjetiva. A primeira, de caráter objetivo, está relacionada aos limites de retroatividade da atuação Estatal, ou seja, à proteção do direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, estando tal ideia fortemente incorporada à nossa tradição Constitucional. A segunda, de natureza subjetiva, diz respeito à proteção à confiança dos tutelados jurisdicionalmente frente à atuação do Estado.

Atentando-se a esta segunda diretriz, convém salientar que ela decorre da abstrata ideia de previsibilidade e calculabilidade das partes no modo de atuar do Estado, referindo-se, pois, a um espírito de confiança para com a prestação jurisdicional.

Sobre o assunto, Reale (1994, p.87) esclarece que:

Há, pois, que distinguir entre o “sentimento de segurança”, ou seja, entre o estado de espírito dos indivíduos e dos grupos na intenção de usufruir de um complexo de garantias, e este complexo como tal, como conjunto de providências instrumentais capazes de fazer gerar e proteger aquele estado de espírito de tranquilidade e concórdia. [...], pois se é verdade que quanto mais o direito se torna certo, mais gera condições de segurança, também é necessário não esquecer que a certeza estática e definitiva acabaria por destruir a formulação de novas soluções mais adequadas à vida, e essa impossibilidade de inovar acabaria gerando a revolta e a insegurança. Chego mesmo a dizer que uma segurança absolutamente certa seria uma razão de insegurança, visto ser conatural ao homem – único ente dotado de liberdade e de poder de síntese – o impulso para a mudança e a perfectibilidade, o que Camus, sob outro ângulo, denomina “espírito de revolta”.

Ainda neste aspecto, oportuno os dizeres de Melo (1998, p.37), o qual pontua que este aspecto subjetivo do princípio da segurança jurídica, em que se busca a confiança dos indivíduos, está diretamente relacionado à necessidade de contarem com a certeza de que seus direitos sejam efetivamente garantidos pela ordem jurídica estabelecida pelo Estado.

Não é outro também o entendimento de Marinoni e Mitidiero (2010, p. 16):

A segurança jurídica é essencial ao Estado Constitucional. É preciso que a ordem jurídica seja certa, estável e que os cidadãos possam a partir dela orientar suas condutas e contar, em sendo o caso, com a sua realização coativa. Não menos importante para o Estado Constitucional é a confiança legítima por parte dos cidadãos nos seus atos. A confiança legítima é a face subjetiva da segurança jurídica. Prende-se à calculabilidade e à previsibilidade dos atos dos poderes públicos. A segurança jurídica e a confiança legítima apontam, em termo de processo civil, à necessidade de proteção à coisa julgada, à adoção de um sistema de precedentes vinculativos no direito brasileiro e à necessidade de adoção de forma para realização dos atos processuais.

¹⁸ a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (BRASIL, 2008b);

Nota-se, então, que o princípio da segurança jurídica busca, além de proteger os atos já perfectibilizados, impedindo que o Estado liberalmente os modifique, objetiva também priorizar a confiança dos litigantes em seus atos, sobretudo quando no exercício da Jurisdição, cuja efetividade e justiça são indispensáveis na sua prestação.

E é neste particular que, segundo esse entendimento, a antecipação da tutela merece destaque, uma vez que não há maior segurança possível do que a imediata concessão do bem da vida, quando da ameaça ou da violação de direitos. Resta clarividente que a tutela em comento resgata a confiança dos cidadãos na resolução dos conflitos pelo Estado-Juiz, pois este instituto desonera a parte que provavelmente sairá vitoriosa na lide do ônus do decurso temporal.

Todavia, noutro viés, parte da doutrina entende que o princípio da segurança jurídica está relacionado diretamente ao fator tempo, o qual é imprescindível para que o Estado-Juiz possa prolatar uma sentença justa e segura, enraizando-se num juízo de cognição exauriente (ZAVASCKI, 2005, p. 67).

Assim, vislumbra-se que o princípio da segurança jurídica seria um entrave aos demais princípios constitucionais que visam a efetividade e a célere prestação jurisdicional, sobretudo em relação à tutela antecipada, que antecipa o bem da vida em sede de cognição sumária, com base num juízo de verossimilhança¹⁹.

Nestes casos de embate, então, há que se reclamar por uma solução harmonizadora, pois tais princípios são de natureza constitucional, não podendo tolher-se um em detrimento do outro, mas sim propiciar que ambos convivam harmoniosamente no ordenamento jurídico, utilizando-se razoavelmente e proporcionalmente cada um dentro de sua particularidade.

Neste sentido, pontua Rocha (1994, p. 54):

Diante da colisão de princípios, é preciso verificar qual dos princípios possui maior peso diante das circunstâncias concretas. Avulta a importância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. A razoabilidade, num primeiro estágio, vai apontar qual princípio deve ser privilegiado, com base na axiologia constitucional, ou seja, nos valores que a Constituição preza. A proporcionalidade, em uma segunda

¹⁹ Nessa alheta: Ação reivindicatória cumulada com obrigação de fazer. Antecipação dos efeitos da tutela. Remoção das benfeitorias realizadas pelo particular em terreno de domínio público. Área verde. Preservação permanente. Ausência dos requisitos autorizadores da tutela pretendida. Risco de dano irreparável. Não verificação. Ocupação que não se mostra recente e indica atividade de subsistência. Possível colisão do interesse público e de direitos fundamentais do cidadão. Manutenção da decisão. Recurso desprovido. Antecipar tutela, isto é, satisfazer antecipadamente, é impor restrição ao direito fundamental à segurança jurídica do demandado; por isso, deve ser compreendida como forma excepcional de prestar jurisdição, que somente será legítima nos restritos limites admitidos pela lei, cabendo ao Judiciário zelar para que tais limites sejam realmente observados (Teori Albino Zavascki). (SANTA CATARINA, 2011).

operação, vai atuar no sentido de evitar que a mitigação de um dos princípios imponha sacrifício de seu enunciado capaz de impedir que se concretize. Irá definir os critérios de delimitação da relação meio-fim, assegurando a restrição na exata medida do necessário e evitando excessos. Vai salvar o núcleo essencial do direito tutelado pelo princípio relativizado.

Assim, diante de cada lide em concreto, deverá o Estado-Juiz propiciar um julgamento célere, justo e efetivo, mesmo que com fulcro num juízo de verossimilhança e embasado numa cognição sumária, porém sem acarretar qualquer prejuízo à segurança jurídica, preponderando, cada qual, conforme as peculiaridade e necessidades da lide, a fim de alcançar a pacificação social.

Ante o que foi exposto, em relação ao princípio da segurança jurídica, inferem-se dois pontos de vista distintos. O primeiro, que entende que a segurança jurídica, dentro de sua concepção, busca resgatar a crença do cidadão no justo julgamento, sendo a antecipação da tutela, então, um dos meios hábeis para esse fim. E o segundo, cuja visão está relacionada ao fator estritamente temporal, o qual é capaz de maturar o justo julgamento, devendo o Juiz, em cada caso concreto, ponderar entre a segurança jurídica e a justa distribuição do ônus do tempo na aplicação da tutela antecipada.

2.2.7 Dos princípios do contraditório e da ampla defesa

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LV dispõe que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. (BRASIL, 2008b).

Deste texto legal, extraem-se dois dos princípios mais importantes para um julgamento justo, que solucione a controvérsia travada, quais sejam, o contraditório e a ampla defesa.

Com efeito, a aplicação destes princípios é de suma importância para a própria idealização do Estado Democrático de Direito e concretização dos princípios do devido processo legal e do acesso à justiça, pois se o Estado veda a autotutela, obrigando que os cidadãos busquem a sua intervenção, nada mais justo do que assegurá-los direito de defesa e de bilateralidade quando por ele forem chamados.

Ora, em todo conflito de interesses, há pelo menos duas partes envolvidas, em que cada litigante possui sua versão dos fatos, de acordo com o seu entendimento. E, em juízo, o autor apresenta a sua tese, enquanto o réu apresenta sua antítese. O Juiz, que permanece equidistante, formula a síntese, prolatando a decisão que julgar mais justa.

Portanto, vislumbra-se que o princípio do contraditório está relacionado à dialética processual, oportunizando à parte a ciência dos atos produzidos e o direito de impugná-los. Ou seja, é essa bilateralidade que o princípio do contraditório busca preservar, resguardando às partes a capacidade de influenciar o juiz em seu julgamento.

Logo, o núcleo essencial do princípio do contraditório está relacionado ao binômio “ciência e resistência” ou “informação ou reação”, sendo que o primeiro é sempre indispensável e o segundo facultativo (BUENO, 2009, p.110). Melhor dizendo, a parte, obrigatoriamente, terá que ter a ciência de determinado ato ou manifestação, porém lhe é facultado a sua contestação. O Estado-Juiz, então, não poderá julgar sem que garanta meios efetivos e reais de participação daqueles que participam do processo.

Grinover (2005, p. 58) assim ratifica: “Decorre de tais princípios a necessidade de que se dê ciência a cada litigante dos atos praticados pelo juiz e pelo adversário. Somente conhecendo-os, poderá ele efetivar o contraditório”.

Nestes termos, percebe-se que a igualdade é a base do princípio do contraditório (CARNELUTTI, 1958, p. 100).

Ainda sobre o princípio do contraditório, Bueno (2009, p. 111) atenta à uma nova visão deste princípio, o qual está relacionado não apenas ao diálogo das partes, mas com o envolvimento do juiz. Proporcionar uma conversa entre os sujeitos processuais para que cada qual se desincumba da forma mais escoreita possível de seus deveres, direitos, faculdades, ônus e obrigações ao longo de todo o procedimento.

Ao seu turno, o princípio da ampla defesa encontra seu suporte em proporcionar condições efetivas, concretas de que o réu possa responder às imputações que lhe são dirigidas antes que seus efeitos decorrentes possam ser sentidos.

Diz respeito à necessária disponibilização, para o réu, não só das condições de oferecer resposta oportuna, mas, muito além disso, dar condições necessárias de comprovar o acerto de sua defesa, influenciando, desta forma, na convicção do magistrado (BUENO, 2009, p. 116).

Portanova (2008, p. 125) assim salienta:

O princípio da ampla defesa é uma consequência do contraditório, mas tem características próprias. Além do direito de tomar conhecimento de todos os termos do processo (princípio do contraditório), a parte também tem o direito de alegar e provar o que alega e – tal como o direito de ação – tem o direito de não se defender. Optando pela defesa, o faz com plena liberdade. Ninguém pode obrigar o cidadão a responder às alegações da outra parte, mas também nada e ninguém pode impedi-lo de se defender.

Ante o dito, observa-se que ambos os princípios – do contraditório e da ampla defesa – estão relacionados. O primeiro busca favorecer aos litigantes que tenham a ciência de

todos os atos e decisões quando forem chamados em juízo, podendo exercer ou não seu direito de defesa. Em decorrência disso, surge, então, o princípio da ampla defesa, o qual determina que os cidadãos tenham a plena liberdade de defesa dos seus interesses, alegar a sua versão dos fatos e propor provas.

A tutela antecipada, então, como meio que oportuniza a antecipação dos efeitos da sentença final, antes que a outra parte tenha ciência e possa exercer seu direito de defesa, seria um óbice para a efetivação dos princípios do contraditório e da ampla defesa?

Neste viés, oportuno atentar-se aos dizeres de Bueno (2009, p. 117):

No que tange também ao caráter meramente formal das garantias enunciadas pela Constituição, convém destacar que a ampla defesa não pode ser entendida como mera garantidora de formas abstratas e vazias de qualquer significado para o atingimento da finalidade da jurisdição. Justamente porque a ampla defesa não é um dogma, mas um princípio jurídico, ela pode, no tempo necessário para sua realização, acabar por prejudicar o autor. Em casos como estes, sói temperar a ampla defesa com outros princípios constitucionais, o da “efetividade”, portanto, e autorizar, quando menos, a tutela jurisdicional preventiva do direito do autor.

Neste aspecto, esclarece Marinoni (2008, p.160): “Argumentar com lesão ao princípio do contraditório é voltar a tratar de assunto já encerrado, pois é sabido que o contraditório pode ser postergado para permitir a efetividade da tutela dos direitos.”

E conclui:

O conceito de contraditório obviamente não se confunde com as formas de sua efetivação. [...] O direito ao processo justo é oriundo da concordância prática entre seus elementos – isto quer dizer que pode o contraditório ceder passo à necessidade de adequação da tutela jurisdicional. A necessidade de tutela antecipatória ou cautelar liminarmente, decorrência inafastável do direito à adequação da tutela jurisdicional, impõe a postergação do contraditório. A urgência por definição não espera. Primeiro a decisão, depois a oitiva. Estes provimentos provisórios ou temporários podem ser modificados depois da realização do contraditório [...]. É imprescindível a um Código de Processo Civil realmente preocupado com a tutela dos direitos a previsão de tutela antecipatória ou cautelar *in limine*. (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 37) .

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina não destoia desse entendimento, porém, destaca a necessidade de alvissareira urgência para a concessão de tutela antecipada sem a oitiva da parte contrária, não devendo, a qualquer custo, tolherem-se as garantias constitucionais em nome da efetividade e celeridade ²⁰.

²⁰DIREITO DE FAMÍLIA. REVISIONAL DE ALIMENTOS AFORADA PELO ALIMENTANTE. VERBA ALIMENTAR FIXADA EM AÇÃO DE ALIMENTOS EM FAVOR DO FILHO MENOR NO VALOR EQUIVALENTE A UM SALÁRIO MÍNIMO. INDEFERIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA QUE OBJETIVAVA A MINORAÇÃO DO ENCARGO PELO MAGISTRADO *A QUO*. FUNDAMENTO DO PLEITO NO DECESSO REMUNERATÓRIO E NA IMPOSSIBILIDADE FINANCEIRA. AUSÊNCIA DE PROVAS SEGURAS E CONVINCENTES NESTE MOMENTO PROCESSUAL ACERCA DE TAIS PARTICULARIDADES. BINÔMIO NECESSIDADE E POSSIBILIDADE INALTERADO. EXEGESE DO ARTIGO 1.699 DO CÓDIGO CIVIL. INTERLOCUTÓRIO MANTIDO. RECURSO DESPROVIDO. 1. As tutelas de urgência e dentre estas as tutelas antecipatórias, são recomendadas para hipóteses excepcionais, onde se vislumbra a necessidade verdadeira de urgência, evidentemente, respeitando as garantias fundamentais do processo, sobretudo, do contraditório, da ampla defesa e da imparcialidade do magistrado incumbido do respectivo

É inegável, portanto, que essa providência não se trata de uma tarefa fácil, pois recai sobre os ombros do julgador o pesado fardo de ponderar entre os direitos constitucionais garantidos ao réu – contraditório e ampla defesa – e aqueles disponibilizados ao autor – efetividade e celeridade – tendo que, em determinado caso concreto, aplicar um com menor intensidade do que o outro, retardando a aplicação de um em favor da existência do outro, mormente quando a atuação do réu possa contribuir para a ineficácia da medida²¹.

Logo, percebe-se que a tutela antecipada não prejudica nem impossibilita a aplicação dos princípios em análise. O que ocorre, na verdade, é que diante do caso concreto e das necessidades de urgência ou do modo de atuar do réu, posterga-se a efetivação destes princípios, resguardando-os para um momento posterior, quando o fator tempo não significar um óbice para o exercício do direito da provável parte vitoriosa. Aliás, dada a provisoriedade desta medida, poderá haver sua modificação após a efetivação do contraditório, ante os argumentos apresentados pela outra parte.

Desta feita, após uma visão mais apurada sobre os princípios que enquadram a tutela antecipada nos moldes constitucionais e procurando propiciar, ao final, a correta compreensão das alterações introduzidas neste instituto pelo Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, imprescindível, neste momento, a apreciação da natureza jurídica da antecipação da tutela, seus requisitos, suas características, enfim, como se dá a sua aplicação nos dias de hoje, o que se propõe a dissecar o próximo capítulo que segue.

juízo. Não se pode e nem se deve acolher tais pleitos, visando a qualquer custo, a busca da celeridade e efetividade processuais, muitos com certas doses de impaciência e sacrifício dos princípios norteadores dos processos cíveis. (SANTA CATARINA, 2012).

²¹Buscando melhor ilustrar essa situação, colaciona-se: Tutela Antecipatória – Deferimento sem a audiência da parte contrária – admissibilidade somente quando a convocação do réu contribuir para a consumação do dano que se busca evitar – Inteligência do artigo 273 do CPC. (SÃO PAULO, 2002).

3 TUTELA ANTECIPADA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 (LEI N.º 5.869 DE 11 DE JANEIRO DE 1973)

Neste tocante, mostra-se essencial a curial compreensão de como se procede a sistemática da antecipação da tutela nos tempos atuais, com o Código de Processo Civil de 1973, a fim de permitir, ao arremate deste trabalho científico, uma visualização apropriada do instituto em destaque no provável novo Código de Processo Civil, cujo Anteprojeto (Projeto de Lei n.º. 8046 de 2010) será analisado.

3.1 NATUREZA JURÍDICA DA TUTELA ANTECIPADA

De início, importante atentar-se à natureza jurídica do instituto em estudo, já que, sob esta ótica, é possível situar a antecipação da tutela no ordenamento jurídico pátrio.

Neste aspecto, Gagliano e Pamblona Filho (2002, os. 191/192) afirmam que, quando um estudioso do direito cuida de responder sobre a natureza jurídica de determinada figura, deve indicar a categoria que se enquadra e o porquê de sua existência, ou seja, numa linguagem mais simples, deve responder: o que é isso para o direito?

Não é outra a interpretação de Delgado (2001, p.100):

[...] a pesquisa acerca da natureza de um determinado fenômeno supõe a sua precisa definição (busca da essência) seguida de sua classificação (busca de posicionamento comparativo). Consiste em apreender os elementos fundamentais que integrem sua composição específica, contrapondo-os, em seguida, ao conjunto mais próximo de figuras jurídicas, de modo a classificar o instituto enfocado no universo de figuras existentes.

Da análise de toda a sustentação que até o presente momento se fez, pode-se extrair a natureza jurídica do provimento antecipatório.

Preambularmente, cabe lembrar que a tutela antecipada é a forma pela qual se admite que, na presença de seus requisitos, que serão verificados em etapa posterior deste trabalho, antecipem-se os efeitos práticos, concretos e reais da futura tutela jurisdicional postulada no mesmo processo (BUENO, 2004, p. 21). Esta tutela não se confunde com o provimento cautelar, que visa apenas assegurar o resultado útil do processo¹.

¹ Sobre a diferenciação da tutela cautelar e antecipatória, necessários os ensinamentos de Didier Junior (2007, p. 452/460): “Sob essa perspectiva, somente a tutela antecipada pode ser satisfativa e atributiva, quando antecipa provisoriamente a satisfação de uma pretensão cognitiva e/ou executiva, atribuindo bem da vida. Já a tutela cautelar é sempre não-satisfativa e conservativa, pois se limita a assegurar a futura satisfação de uma pretensão cognitiva ou executiva, conservando bem da vida, embora possa ser tutelada antecipadamente.” E, Bedaque (2001, p. 27): “Distinguem-se, todavia, pelo caráter satisfativo de uma, inexistente na outra. As medidas cautelares exerceriam em nosso sistema apenas a função de assegurar a utilidade do pronunciamento futuro, mas não antecipar seus efeitos materiais, ou seja, aqueles pretendidos pela parte no plano substancial. A

Diante disso e adotando a doutrina que divide a tutela jurisdicional quanto à perspectiva do dano – preventiva e repressiva – o instituto em análise, sob os moldes dos artigos 273, inciso I, 461 e 461-A, todos do Código de Processo Civil, enquadrar-se-ia como uma tutela preventiva, de urgência, que, assim como a tutela cautelar, busca evitar que o fator tempo signifique um prejuízo, ou até mesmo uma inutilidade da prestação jurisdicional. (BUENO, 2009, p. 288/289).

Neste aspecto, vislumbra-se, ainda, que as modalidades previstas nos §§3º a 5º do artigo 461 e §3º do artigo 461-A, que cuidam da tutela específica antecipada, ou inibitória antecipada (aquelas em que se privilegiam o resultado prático equivalente), são consideradas também como tutela preventiva de urgência (BUENO, 2009, p. 294), já que não se confundem com a tutela repressiva prevista no *caput* dos artigos 461 e 461-A. (MARINONI, 2008, p. 89).

Porém, vale pontuar que a tutela antecipada concedida com fulcro no artigo 273 inciso II ou §6º versam, respectivamente, sobre tutelas punitiva² e de evidência³. Neste caso, a urgência não é necessária para a antecipação dos efeitos da sentença, mas sim uma atuação abusiva do réu ou sua não impugnação aos fatos alegados. (MARINONI, 2008, p. 276).

Noutro viés, mostra-se também prudente e seguro que a abordagem da antecipação da tutela se dê por outros aspectos (momento em que é concedida, espécie de eficácia contida na medida, tipo de ato judicial que a defere ou a denega, a liberdade do juiz para concedê-la e sua eficácia) os quais, nesta etapa, serão devidamente apurados.

Quanto ao *momento* em que é deferida, diz-se que a medida antecipatória é liminar, no sentido de preliminar, anterior, antes do término da lide, uma vez que concede uma tutela que seria alcançada somente em momento posterior (VAZ, 2002, p. 74). Vale

diferença fundamental entre ambas residiria, pois, nesse aspecto provisoriamente satisfativo do próprio direito material cuja tutela é pleiteada de forma definitiva, ausente na cautelar e inerente na antecipação.”

² Sobre o assunto, esclarece Neves (2006, p. 18): “Normalmente, coloca-se como característica comum a essas tutelas diferenciadas (cautelar e antecipada) o pressuposto do perigo (a urgência), mas nem sempre é isso que acontece, como é o caso da tutela antecipada fundada no inciso II, do artigo 273 do CPC (tutela antecipada punitiva), que dispensa o pressuposto do perigo.”

E ainda: TUTELA ANTECIPADA. FINALIDADE PUNITIVA. DIFERIMENTO DO CONTRADITÓRIO. INADMISSIBILIDADE. 1. A antecipação de tutela sem contraditório prévio é medida excepcional, com finalidade assecuratória (CPC 273, I), reservada para situações urgentes em que possível a concretização do dano antes da audiência do demandado. 2. Tratando-se de tutela punitiva (CPC 273, II), desvinculada, portanto, dos pressupostos da urgência e do dano, é injustificável, por isso mesmo, a antecipação inaudita altera parte. (DISTRITO FEDERAL, 2007).

³ Em suma: pode-se afirmar que a antecipação da tutela de que trata o § 6º do artigo 273 do CPC tem como pressuposto pedido (ou a parcela dele) (a) não controvertido seriamente pelas partes, (b) verossímil e (c) cujo atendimento não está subordinado a qualquer questão prejudicial (ZAVASCKI, 2002).

dizer, a medida antecipatória é liminar porque, requerida incidentalmente⁴, antecipa os efeitos práticos da futura sentença.

Sobre as tutelas jurisdicionais liminares, Theodoro Junior (1998, p. 13) assevera que:

Em linguagem processual, liminar designa provimento judicial *in limine litis*, isto é, no momento mesmo em que o processo se instaura. E como tal, a categoria se identifica independentemente de conteúdo, função ou natureza do ato, mas apenas pelo momento processual. Dessa maneira, pode haver liminar em qualquer tipo de processo e tanto pode dizer respeito ou não a matéria de mérito da causa. Nesse sentido, a liminar se identifica por um critério exclusivamente topológico.

Vaz (2002, p. 75) atenta, porém, que uma medida liminar não está adstrita à sua concessão no despacho inicial, devendo considerar que o caráter liminar tem sua essência na antecipação do momento processual previsto para tal ato.

Oportuno também os dizeres de Bueno (2009, p. 296):

A tutela jurisdicional “antecipada”, nesta perspectiva, é aquela que se verifica em todos os casos em que a liberação da eficácia (da própria tutela jurisdicional, portanto) antecede, por deliberação judicial, o instante procedimental pré-valorado pelo legislador. São aqueles casos em que a lei permite ao juiz modificar as escolhas feitas pelo legislador quanto aos momentos mais adequados e necessários para liberar a eficácia das decisões.

⁴ Afirma-se incidental porque o pedido deve ser formulado no curso da ação. Porém, neste particular, Dinamarco (2004, p. 73/74) ilustra da seguinte maneira: "Uma das medidas antecipatórias de uso mais freqüente na experiência forense de todo dia, a sustação de protesto cambial, só tem utilidade quando concedida imediatamente, considerando que o prazo para a efetivação do protesto é de quarenta-e-oito horas e, se fosse necessário aguardar a instauração do processo principal, a medida seria inócua. Sustações dessa ordem eram concedidas muito antes da Reforma e continuaram a sê-lo depois dela, sempre na crença de que se tratasse de medida cautelar. Basta ver que sustar o protesto não é meio de resguardar o processo mas as pessoas e seu patrimônio, para se ter a percepção de que a natureza dessa medida é outra: na linha do que vem sendo exposto, não é cautelar, mas antecipação de tutela, o provimento que se destina a oferecer, na vida comum das pessoas, aquela situação favorável que elas poderão obter depois, quando o mérito da demanda vier a ser apreciado. Essa observação empírica concorre para demonstrar a admissibilidade da antecipação da tutela em caráter preparatório e não só incidentemente, depois de instaurado e pendente o processo principal. Se o objetivo é impedir que o decurso do tempo corra direitos, constitui imperativo da garantia constitucional do acesso à justiça (Const., art. 5º, inc. XXXV) a disposição dos juízes a conceder a antecipação antes ou depois da propositura da demanda principal, sempre que haja necessidade e estejam presentes os requisitos de lei (art. 273, *caput* e inc. I). O cumprimento integral dessa garantia exige que, no plano infraconstitucional e na prática dos juízos, haja meios suficientes para obter a tutela jurisdicional efetiva e tempestiva; não é efetiva nem tempestiva, e às vezes sequer chega a ser tutela, aquela que vem depois de consumados os fatos temidos ou sem a capacidade de evitar o insuportável acúmulo de prejuízos ou de sofrimentos. Negar sistematicamente a tutela antecipada em caráter antecedente, ou preparatório, é ignorar o art. 8º, n. 1, do Pacto de San José da Costa Rica, portador da severa recomendação de uma tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável. O exemplo da sustação de protesto é emblemático e o curioso é que continua a ser concedida antes da instauração do processo principal, mas a título de tutela cautelar e não de antecipação de tutela jurisdicional. O que há de curioso nisso é a crença de que, rotulando de cautelar o que cautelar não é, possa-se chegar a resultados que seriam impossíveis se o rótulo fosse outro. Como dito, os efeitos dessa visão distorcida, ficarão neutralizados pela regra da fungibilidade. Diante disso, é preciso interpretar o disposto no art. 796 do Código de Processo Civil, que nominalmente é endereçado de modo específico ao processo cautelar, como se estivesse redigido assim: 'o procedimento das medidas urgentes pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e dele é sempre dependente'. Esse é o resultado de uma legítima e necessária interpretação teleológica e sistemática, que tem em vista os objetivos comuns de todas as medidas de urgência e a coexistência entre o art. 273 e as disposições contidas no Livro III do Código de Processo Civil.

Verifica-se, então, que a antecipação da tutela é uma espécie liminar, solicitada incidentalmente, cuja concessão pode se dar desde o início do processo judicial, ou posteriormente, conforme a necessidade e urgência do caso, modificando, pois, o *iter* procedimental, ou seja, propiciando a antecipação do que se concederia ao final⁵.

Em relação à *espécie da eficácia* contida na liminar que concede a antecipação da tutela, vislumbra-se que a medida possui efeitos mandamentais e executivos⁶, sobretudo, por força do disposto no §3º do artigo 273, pela aplicação dos parágrafos do artigo 461, 461-A e 588, ambos do Código de Processo Civil, (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2007, p. 327). Portanto, conquanto o legislador imponha que se deva declarar a presença dos requisitos indispensáveis para a concessão antecipatória, também disponibilizou meios para que se efetive, concedendo, então, efeitos executivos e mandamentais ao ato que lhe defere⁷.

⁵ Nesse sentido: PROCESSUAL CIVIL. ANTECIPAÇÃO CAUTELAR DOS EFEITOS DA TUTELA. CPC, ARTIGO 273, § 7.º. REQUISITOS PARA CONCESSÃO IN LIMINE LITIS E INAUDITA ALTERA PARS. Agravo de instrumento interposto de decisão que, em ação proposta por operadora de plano de saúde, objetivando a rescisão judicial de contrato ajustado com consumidores, indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela, no sentido de se suspender o negócio jurídico, o que foi postulado in limine litis e inaudita altera pars. 1.A antecipação dos efeitos da tutela, de natureza assecuratória, prevista no § 7.º do artigo 273 do CPC, a qual não se confunde com a prevista no *caput* do dispositivo, observa, ao contrário desta, a disciplina do processo cautelar, segundo a qual liminar inaudita altera pars e in limine litis só se justifica se houver possibilidade de o réu, uma vez citado, tornar ineficaz a cautela buscada. 2. Conquanto a decisão agravada mencione ausência de subministração de prova inequívoca da verossimilhança do alegado, que é pressuposto na antecipação dos efeitos da tutela prevista no *caput* do artigo 273 do CPC, a denegação no caso concreto era o que se impunha diante da falta de indícios de perigo de os demandados tornarem ineficaz a cautela. [...]. (RIO DE JANEIRO, 2011).

⁶ Sobre o assunto, assim obtempera Vaz (2002, p. 35/36): Segundo a classificação quinária de Pontes de Miranda, considerando a carga eficaz preponderante, que adoto, podem ser declaratórias, constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas *lato sensu*. A declaratória visa a afastar dúvida relevante, declarando-se sobre a existência ou inexistência de relação jurídica [...]. Via ação constitutiva se busca constituir uma relação até então inexistente, quando positiva ou desconstituir quando negativa [...]. Já a condenatória visa ao reconhecimento de um direito subjetivo obrigacional e à condenação do réu a um determinado comportamento, que pode ser positivo ou negativo [...]. Mandamentais são ações cuja eficácia preponderante corresponde ao mandado de cumprimento que está compreendido na decisão que se almeja. O objetivo é, pois, uma ordem do juízo para que alguém, direta ou indiretamente, com imediatidade, faça ou deixe de fazer alguma coisa. [...] as ações executivas *lato sensu* têm como traço característico a executoriedade inserida no mesmo processo de conhecimento, dispensando execução *ex intervallo* [...], é quando o juiz, julgando procedente, emite comando para que o réu, independentemente de qualquer outra providência por parte do autor, se submeta à decisão, entregando a este o bem da vida objeto da lide.

⁷ Não é outro o entendimento: AGRAVO DE INSTRUMENTO - FUNDAÇÃO DOS ECONOMIÁRIOS FEDERAIS - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ALTERAÇÃO CONTRATUAL C/C REVISÃO DE SUPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA - PRELIMINAR AVENTADA - IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO - SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA DEFERIDA PELO JUÍZO A QUO - CONCESSÃO INAUDITA ALTERA PARS E EM FEITO DE CUNHO DECLARATÓRIO - POSSIBILIDADE - DETERMINAÇÃO DO DEPÓSITO PELA AGRAVANTE DAS QUANTIAS REFERENTES A DIFERENÇA DA SUPLEMENTAÇÃO DA APOSENTADORIA RECEBIDA PELAS AGRAVADAS E A AUFERIDA PELOS BENEFICIÁRIOS DA MESMA SUPLEMENTAÇÃO DO SEXO MASCULINO - ISONOMIA CONSTITUCIONAL GARANTIDA PELO ARTIGO 5º, INCISO I DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - VERBA ALIMENTAR - PRESENTES OS REQUISITOS AUTORIZADORES DA CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. - A técnica da tutela de urgência autoriza a concessão da antecipação dos efeitos fáticos do provimento jurisdicional buscado independentemente da instauração do contraditório. Essa concessão pode perfeitamente ocorrer na fase inicial

Melhor dizendo, o Juiz, ao antecipar os efeitos da tutela pretendida, atribuiu ao seu ato efeito mandamental, isto é, obriga um determinado comportamento à outra parte, bem como efeito executivo *latu sensu*, ou seja, sua manifestação possibilita, desde logo, que o autor exija o cumprimento do que lhe foi antecipado. (VAZ, 2002, p. 76).

No que se refere à *espécie do ato judicial* que propicia a antecipação da tutela, examina-se que é concedida geralmente por decisão interlocutória, já que decide uma questão incidente, sem encerrar o processo, mormente pelo disposto no §5º do artigo 273. (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2007, 329).

Pode, também, ser concedida no bojo da própria sentença de mérito, sem, contudo, perder sua natureza interlocutória. Isso porque, nos dizeres de Marinoni (2008, p. 162), trata-se, na verdade, de uma situação de que, na mesma folha de papel, o Estado-Juiz concede a tutela antecipada, por meio de decisão interlocutória, e a sentença, que confirmará a antecipação concedida. Ou seja, há, formalmente, uma sentença e materialmente uma sentença e uma decisão interlocutória⁸.

Diante desta hipótese, no caso de irresignação por parte ou do autor ou do réu, qual seria o recurso cabível? Apelação ou agravo de instrumento? Solucionando esta problemática, o Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que cabível é apelação, com fulcro no princípio da unicidade recursal⁹, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA NA SENTENÇA. APELAÇÃO. RECURSO CABÍVEL. 1. De acordo com o princípio da singularidade recursal, tem-se que a sentença é apelável, a decisão interlocutória agravável e os despachos de mero expediente são irrecorríveis. Logo, o recurso cabível contra sentença em que foi concedida a antecipação de tutela é a apelação. 2. Recurso especial não conhecido. (BRASIL, 2003).

Quanto à *liberalidade* para se conceder ou denegar a antecipação da tutela, ante a essencial fundamentação da decisão (§1º do artigo 273), é necessário lembrar que há forte

do procedimento, mesmo sem a ouvida da parte requerida, quando essa audiência possa acarretar prejuízos ao requerente, sem que essa falta implique em qualquer cerceamento de defesa. - A evolução doutrinária e jurisprudencial, está a legitimar a antecipação dos efeitos da sentença a ser proferida ainda que a ação intentada tenha cunho essencialmente declaratório. Assim é que, nesse caso, a antecipação não é propriamente dos efeitos da sentença que vier a declarar o direito alvo da pretensão exposta pela autora, mas sim de seus efeitos executivos ou mandamentais. (SANTA CATARINA, 2005).

⁸ Nesse mesmo sentido: “O primeiro aspecto que merece exame é justamente a natureza dos provimentos jurisdicionais preferidos: não há dúvidas que estamos diante de uma sentença definitiva e, em seu corpo, incidentalmente, uma decisão interlocutória – antecipação da tutela [...]. Avançando, encontramos no caso concreto, portanto, a presença de dois atos judiciais distintos: (natureza híbrida) praticados simultaneamente, numa mesma peça processual: uma sentença definitiva e uma decisão interlocutória [...]” (LIPPMANN JUNIOR, 1998, ps. 33/36).

⁹ Para Portanova (2008, p. 271) este princípio dispõe que, apesar da inexistência dispositivo legal, o sistema brasileiro não permite a possibilidade de ser interposto mais de um recurso contra a mesma decisão, ou seja, a mesma questão não pode ser objeto de mais de um recurso simultaneamente.

divergência, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, para definir se é um ato vinculado ou discricionário do Juiz.

A primeira corrente, a qual ressoa nas palavras de Vaz (2002, p. 78/80), Bueno (2004, p. 64, 65), Zavascki (2005, p. 73), entre outros, entendem que se trata de um ato vinculado, em que o Juiz, adstrito aos termos da lei, apenas declara se os requisitos estão ou não presentes em determinado caso concreto. Não há liberdade no julgar, mas apenas de averiguar a existência do direito estabelecido. Por outro lado, há aqueles que, como Dinamarco (1995, p.140), acreditam que o Juiz, de modo discricionário, livre, avalia as provas e elementos constantes nos autos, concedendo, ou não, a antecipação da tutela¹⁰.

Ressalta-se, que esta decisão, discricionária ou vinculada, poderá ser modificada ou revogada a qualquer momento, de modo igualmente fundamentado, nos termos do §4º do artigo 273.

Por derradeiro, em relação à *eficácia da tutela jurisdicional*, tem-se que ela pode ser provisória ou definitiva. A tutela antecipada, por se tratar de um provimento concedido liminarmente, com base num juízo de verossimilhança, de probabilidade, formada por uma cognição sumária¹¹, é caracterizada como um instituto provisório¹², ou seja, que não tem o poder de coisa julgada. (VAZ, 2002, p. 81).

Em outras palavras, significa que a tutela concedida provisoriamente depende de uma ulterior – geralmente mais rigorosa e fundada num juízo de certeza, por meio de uma cognição exauriente - que a confirme ou, eventualmente, modifique-a.

Neste aspecto, importante lembrar a particular visão de Bueno (2009, p. 299), para quem nem toda tutela antecipada é provisória. Geralmente o é. Porém, no caso previsto no artigo 273, §6º do Código de Processo Civil, em que se concede a tutela antecipada ante a inexistência de controvérsia, a tutela é definitiva, não provisória.

¹⁰ Sobre a temática: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. REQUISITOS PRESENTES. RECURSO PROVIDO. Ainda que a antecipação dos efeitos da tutela seja ato discricionário do Julgador que preside o feito, vez que o artigo 273 do CPC menciona que "o juiz poderá ... antecipar..." , se presentes a verossimilhança, o "periculum in mora" e a reversibilidade, indicado é o seu deferimento a fim de que a solução a ser oferecida no litígio não perca a sua efetividade em razão do tempo. (SANTA CATARINA, 2011).

¹¹ Zavascki (2005, p. 31), citando Watanabe, assevera que cognição sumária é uma cognição superficial, menos aprofundada no sentido vertical [...]. Menos aprofundada em relação à cognição exauriente prevista para a correspondente tutela definitiva.

¹² Vale a pena ressaltar que a antecipação da tutela é um instituto de natureza provisória, e não temporária, característica esta típica da tutela cautelar. Na primeira hipótese, a decisão provisória produzirá seus efeitos até que outra decisão lhe ratifique ou que produza efeitos em seu lugar. Na segunda, ela persiste até quando seja necessária para a garantia do resultado útil de outra decisão, que não lhe substituirá, mas apenas a tornará não necessária. (BUENO, 2009, p. 299).

Procurando, ainda, a melhor situação da tutela antecipada dentro do ordenamento jurídico pátrio, importante esclarecer a diferença entre a cognição utilizada para um juízo definitivo, de mérito, e àquela sumária, manejada para a aplicação do instituto em estudo.

Para tanto, apropriado os dizeres de Zavascki (2005, p. 31):

A tutela provisória é formada à base de cognição sumária, no que diz respeito à profundidade. Enquanto na tutela definitiva se busca juízo de certeza, aqui a tutela jurisdicional é conferida à base de juízos de verossimilhança. Os exemplos melhor explicitarão o que se quer firmar. No procedimento comum ordinário, o juízo de verossimilhança, que enseja antecipação da tutela (artigo 273 do CPC) é formado à base de cognição sumária, assim considerada por se tratar de cognição menos aprofundada, no sentido vertical, que a cognição exauriente prevista, nesses procedimentos, para o juízo definitivo.

Logo, a antecipação da tutela funda-se num juízo sumário, sem aprofundar-se detidamente nas provas e alegações. Ou seja, o Estado-Juiz, diante da urgência apresentada, posterga o profundo exame do caso e, à luz da verossimilhança, com fulcro numa análise perfunctória da documentação e sustentações até o momento produzidas, profere uma decisão satisfativa, sem a qual se correria o risco de ineficácia do provimento final.

Imprescindível, ainda, salientar que a tutela antecipada é uma medida satisfativa, que busca a realização concreta e objetiva no plano social das relações humanas (BAPTISTA DA SILVA, 1998, p. 37/44), conforme já suficientemente esclarecido.

Vale atentar, também, que a antecipação da tutela comporta aplicação do princípio da fungibilidade, já que, nos termos do §7º do artigo 273, poderá o Juiz, diante de um pedido antecipatório com natureza cautelar, deferir a medida incidentalmente. É claro, que, dada a estreita fronteira entre as medidas cautelar e antecipada, terá que se analisar a questão com maior flexibilidade e, diante do caso concreto, averiguar os pressupostos necessários à cautelar ou à antecipada conforme a natureza do pedido¹³. (VAZ, 2002, p. 103).

Assim sendo, evidencia-se que a antecipação da tutela, tal como prevista no atual Código de Processo Civil, pode ser, quanto à perspectiva do dano, uma tutela de urgência, punitiva ou de evidência. Quanto ao momento de concessão, é liminar, requerida incidentalmente, geralmente por meio de uma decisão interlocutória, cuja liberdade judicial pode ser ou discricionária ou vinculada, porém, sempre fundamentada. É uma medida

¹³Caminha nessa direção o Tribunal de Justiça de Santa Catarina: APELAÇÃO CÍVEL. MEDIDA CAUTELAR INOMINADA. NÃO CABIMENTO DIANTE DA SATISFATIVIDADE DO PLEITO. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. ART. 273, § 7º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ADMISSIBILIDADE DA VIA ELEITA. SENTENÇA ANULADA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA REGULAR PROCESSAMENTO. "A nossa codificação processual civil, na sua atual concepção, tornou admissível juridicamente a fungibilidade entre as tutelas cautelar e antecipada, fungibilidade essa que há de ser entendida como de mão dupla, pelo que não só a tutela antecipada faz-se adequada quando envolva matéria de natureza cautelar, como eficaz é a cautelar em que se enfrenta matéria afeta com maior precisão à tutela antecipatória." (TJSC - AC n. 2003.002577-4 - Rel. Des. Trindade dos Santos)" (AC n. 2010.013542-1, relator Des. Cid Goulart, DJE de 06.04.2011). RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (SANTA CATARINA, 2011).

satisfativa, com eficácia mandamental-executiva, produzindo efeitos provisórios, formada à base de uma cognição sumária, fundada na verossimilhança, suportando, ainda, fungibilidade com a tutela cautelar.

Conhecendo a natureza jurídica da antecipação dos efeitos do provimento final, examinam-se, na sequência, os requisitos indispensáveis para a sua concessão.

3.2 REQUISITOS DA TUTELA ANTECIPADA

Com o escopo de se aprofundar no instituto da tutela antecipada, para melhor compreendê-lo nos tempos hodiernos, mostra-se oportuna a apreciação dos requisitos para o seu deferimento.

Os pressupostos se dividem em duas espécies, necessários e alternativos. Estes, são assim denominados pelo fato de que basta somente a caracterização de uma ou de outra das situações descritas (fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório e ausência de controvérsia) para o atendimento do pleito. Porém, sempre cumulando com os pressupostos necessários, que deverão estar sempre presentes, quais sejam: requerimento da parte, identidade entre a tutela antecipada e a definitiva, prova inequívoca, verossimilhança das alegações e reversibilidade da medida. (BUENO, 2004, p. 32).

Em princípio, convém salientar que o legislador, ao incorporar a antecipação da tutela no artigo 273 do Código de Processo Civil, se valeu, no próprio texto legal, de alguns pressupostos, rígidos, diga-se de passagem, que seriam necessários para o deferimento do pedido. Tal escolha ocorreu pelo fato de evitar a desenfreada utilização deste instituto¹⁴, sobretudo por ser uma medida que propicia a antecipação daquilo que só ao final se concretizaria. São requisitos mais exigentes que aqueles necessários para a concessão da tutela cautelar¹⁵, já que esta busca apenas assegurar o resultado útil do processo, enquanto aquela oportuniza a imediata satisfação do pedido.

¹⁴ Para não transformar a liminar satisfativa em regra geral, o que afetaria, de alguma forma, a garantia do devido processo legal e seus consectários do direito ao contraditório e ampla defesa antes de ser o litigante privado de qualquer bem jurídico (Constituição Federal, artigo 5º, incisos LIV e LV), a tutela antecipatória submete a parte interessada às exigências da prova inequívoca do alegado na inicial. (THEODORO JUNIOR, 1995).

¹⁵ Nesse sentido: PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. REQUISITOS. 1 – A concessão da tutela antecipada exige a presença de certos requisitos, materializados na prova inequívoca que convença o magistrado da verossimilhança da alegação (*caput*, artigo 273, CPC), conciliada, alternativamente, com o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (inciso I) ou ainda, quando caracterizado o abuso de direito de defesa ou mesmo, o manifesto propósito protelatório do réu (inciso II). 2 – Se, em ação cautelar, restou rejeitado o pedido liminar, correspondente, na hipótese, aos efeitos da antecipação da tutela buscada no feito principal, em decorrência da ausência de seus pressupostos de concessão, com muito mais razão não há de

Sobre o assunto, assim esclarece Watanabe (1996, p. 33):

Mas um ponto deve ficar bem sublinhado: prova inequívoca não é a mesma coisa que (*fumus bonis iuris*) do processo cautelar. O juízo de verossimilhança ou de probabilidade, como é sabido, tem vários graus, que vão desde o mais intenso até o mais tênue. O juízo fundado em prova inequívoca, uma prova que convença bastante, que não apresente dubiedade, é seguramente mais intenso que o juízo assentado em simples fumaça, que somente permite a visualização de mera silhueta ou contorno sombreado de um direito.

Melhor dizendo, para a antecipação dos efeitos almejados, sobretudo no aspecto das tutelas de urgência, não basta tão somente que o pedido seja provável e que a lentidão processual lhe prejudique, mas sim que exista a prova inequívoca, cabal, extirpe de dúvidas acerca de suas alegações. E, ainda, o perigo necessário não seria a mera prejudicialidade, e sim um dano irreparável ou de difícil reparação.

Ademais, estes pressupostos eleitos pelo legislador ordinário, são conceitos abstratos que, por vezes, mostram-se de difícil averiguação no caso concreto, cabendo ao Juiz, diante da lide, guiando-se pelos princípios constitucionais e, também, pelos requisitos previstos, encontrar a solução mais justa, eficaz e célere. Neste aspecto, importante lembrar a divergência já aqui relatada quanto à discricionariedade e vinculação do instituto, dado o forte aspecto axiológico presente na apuração destes requisitos.

Neste diapasão:

[...] o legislador utilizou-se de conceitos vagos ou indeterminados, tais como: prova inequívoca e verossimilhança, fundado receio, dano irreparável ou de difícil reparação, abuso de direito ou manifesto propósito protelatório e irreversibilidade, o que dá margem a ampla interpretação e questionamentos, exigindo, portanto, um sério trabalho hermenêutico dos termos para uma efetiva aplicação do instituto. (ALVIM, 1996, p. 54).

Não é outro o entendimento de Bueno (2004, p. 32):

A leitura do *caput* e dos incisos do artigo 273 revela quais são os pressupostos que, uma vez presentes, devem conduzir o magistrado à concessão da tutela antecipada. Absolutamente prevalente em doutrina é a lição de que não há “liberdade” ou “discrição” para o magistrado na concessão ou rejeição do pedido de tutela antecipada. Ou bem estão lá os pressupostos, e o juiz deve conceder, ou não estão, e ele deve rejeitar o pedido; não há meio termo, não há uma terceira opção.

Portanto, infere-se que, para a antecipação da tutela, imprescindível a presença de requisitos alternativos e necessários, os quais são abstratos, uma vez que o legislador deixou de conceituá-los expressamente, assim como faz o Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, que em seus artigos 2º e 3º¹⁶ define explicitamente o que é consumidor e fornecedor.

se deferir a antecipação de tutela buscada no pleito principal, à vista de serem os seus requisitos ainda mais exigentes. 3 – Agravo a que se nega provimento. (DISTRITO FEDERAL, 2004).

¹⁶Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.; Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção,

Diante da conceituação realizada, passa-se, neste momento, à análise destes requisitos, abstratos, para o deferimento do pedido antecipatório, os quais encontram-se insculpidos no texto do artigo 273¹⁷, §3º do artigo 461¹⁸ e §3º do 461-A¹⁹ do Código de Processo Civil.

Conveniente salientar, que, conforme anteriormente exposto, a doutrina dividiu os pressupostos entre necessários ou genéricos (requerimento da parte, identidade entre os efeitos antecipáveis e definitivos, prova inequívoca, verossimilhança, reversibilidade da medida) e alternativos ou específicos (fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório e ausência de controvérsia).

Assim, para o deferimento do pedido antecipatório, sempre essencial a presença dos requisitos necessários/genéricos, e um alternativo/específico. Aliás, são estes últimos que determinarão qual o tipo de tutela antecipada aplicável ao caso concreto, quando presente o

transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (BRASIL, 2008c).

¹⁷Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. § 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. § 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. § 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A. § 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. § 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. § 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. § 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. (BRASIL, 2008a).

¹⁸Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. § 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. § 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. § 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. (BRASIL, 2008a).

¹⁹Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. § 1º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz. § 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel. § 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do artigo 46.1(BRASIL, 2008a).

fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação – tutela de urgência; quando abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório – tutela punitiva; quando a ausência de controvérsia – tutela de evidência.

3.2.1 Requerimento da parte

O requerimento da parte é um requisito necessário para a antecipação da tutela. O texto legal, previsto no *caput* do artigo 273, é claro nesse sentido: “O Juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela [...]” (BRASIL, 2008a).

Vale dizer, que não obstante ausente no artigo 461, §3º a previsão de necessidade de requerimento da parte como indispensável para a antecipação de tutela específica, Vaz (2002, p. 184) entende que há sim a sua imprescindibilidade, eis que decorre do mandamento do princípio da ação ou da demanda²⁰, com fulcro nos artigos 2º e 262 do Código de Processo Civil.

Todavia, essa visão está atrelada sob uma ótica extremamente processualista. Isso porque, observando o instituto da antecipação da tutela por um enfoque constitucional, restará claro que cabível o deferimento do pedido, mesmo que ausente o requerimento da parte.

Esclarecem, nessa toada, os dizeres de Bueno (2004, p. 33):

Se o juiz vê, diante de si, tudo o que a lei reputou suficiente para a concessão da tutela antecipada menos o pedido, quiçá porque o advogado é ruim ou irresponsável, não será isso que impedirá de realizar o valor “efetividade”, sobretudo naqueles casos em que a situação fática reclamar a necessidade de tutela jurisdicional urgente (artigo 273, I). Se não houver tanta pressa assim, sempre me pareceu possível e desejável que o juiz determine e emende a inicial, dando interpretação ampla ao artigo 284. Não que um não-pedido de tutela antecipada enseje a rejeição da inicial; evidentemente que não. É que é essa uma porta que o sistema dá para que a postulação jurisdicional inicial seja apta no sentido de produzir seus regulares efeitos, se o caso, antecipadamente.

Aliás, neste particular, prudente relembrar um julgado, já transcrito nesse trabalho para ilustrar o princípio da razoável duração do processo, em que, diante da morosidade do caso concreto, o juiz, à luz dos princípios constitucionais, concedeu de ofício a tutela antecipada, sem o expresso requerimento da parte, a fim de possibilitar a posterior efetivação do direito material²¹.

²⁰Silva (1997, p. 49) salienta que o princípio da demanda baseia-se no pressuposto da disponibilidade não da causa posta sob julgamento, mas do próprio direito subjetivo das partes, segundo regra básica de que ao titular do direito caberá decidir livremente se o exercerá ou deixará de exercê-lo.

²¹Nada obstante o artigo 273, CPC, exija para concessão da tutela antecipada requerimento da parte, não se pode olvidar que, por vezes, se mostra possível antecipar a tutela jurisdicional, ainda que não exista pedido da parte, como, de resto, já vem se pronunciando a doutrina mais atilada (conforme, por todos, José Roberto dos Santos

Importante, ainda, atentar-se que o requerimento da parte não se limita ao autor da ação, porquanto pode também o réu requerê-la, em casos de ações dúplices, reconvenção, ação declaratória incidental ou quando houver pedido de denunciação. Nessas hipóteses, porém, o réu não será considerado o polo passivo do pedido, mas sim ativo, já que assume posição ativa na demanda²². (VAZ, 2002, p. 136).

Logo, averigua-se que o requerimento da parte, geralmente, é um pressuposto necessário para o deferimento da medida antecipatória, já que decorre da interpretação literal do próprio artigo 273. Porém, numa visão constitucional e em caráter excepcional, pode ser considerado um pressuposto dispensável, propiciando, em alguns casos, sua concessão de ofício pelo magistrado.

3.2.2 Identidade entre a tutela antecipada e definitiva

Bedaque, Código de Processo Civil Interpretado. São Paulo: Atlas, 2004, p. 807). Essa possibilidade decorre da utilização do pensamento tópico, problemático, dentro do pensamento sistemático, algo já bastante amadurecido na doutrina europeia (conforme, por todos, Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 3. ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 243 e seguintes), mas que ainda não ganhou foro livre entre nós. Vale dizer: a primazia é do problema, do caso a ser resolvido. - A possibilidade de antecipação de tutela de ofício decorre de dois mandamentos constitucionais: os incisos XXXV e LXXVIII da Constituição da República, que consagram o direito à tutela jurisdicional efetiva e tempestiva. Ora, tendo os direitos fundamentais eficácia imediata, está autorizado o juiz, consoante as lições de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira ("O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais". In: Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto (org.), *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 5 e seguintes), Luiz Guilherme Marinoni (*Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 220 e seguintes) e Daniel Francisco Mitidiero (*Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 49), a concretizar diretamente esses direitos fundamentais, sem a mediação do legislador infraconstitucional, isso porque negar a possibilidade de antecipar-se a tutela de ofício, no presente caso, significa desprestigiar ainda mais a justiça que, ao fim e ao cabo, é mesmo o fim último do processo. O direito à duração razoável, como refere Mitidiero (*Op. cit.*, pp. 62 e seguintes), é auto-aplicável em nosso direito, o que coloca a problemática da tempestividade processual no nível constitucional. A justiça que tarde acode é manifesta injustiça. - De igual sorte, há requerimento da autora nestes autos solicitando que se dê preferência em seu julgamento, para que a justiça se faça. Por isso, entendo que neste pedido maior inclui-se o pedido de antecipar a tutela. Mesmo porque, à época do pedido não havia previsão legal para o expresso pedido de antecipação de tutela. E, como foi salientado, o caso concreto mostra a necessidade de que se impeça o efeito danoso do tempo, impedindo a efetiva tutela jurisdicional. Ao juiz incumbe velar pela efetiva prestação da jurisdição. - De qualquer forma, se havia dúvidas sobre a antecipação de tutela de ofício, estas não podem permanecer diante do disposto no artigo 5º, LXXVIII, da CF/88. Esta norma garante aos jurisdicionados o direito a uma tutela efetiva, em tempo razoável. É garantia fundamental atribuída às partes, que, como tal, exige sua aplicabilidade imediata. Exatamente por isso é que é dado ao juiz determinar todas as providências necessárias para sua concretização. - Quanto à circunstância de ser a tutela dirigida contra a Fazenda Pública, tampouco vejo óbice à sua concessão. O Supremo Tribunal Federal já assentou que "O ordenamento positivo brasileiro não impede a concessão de tutela antecipada contra o Poder Público.: (Recl. 1967, Rel. Min. Celso de Mello). (BRASIL, 2005).

²²TUTELA ANTECIPADA - Pedido de antecipação de tutela formulado pelo réu, para impedir a inclusão de seu nome no registro de inadimplentes nos - cadastros de proteção ao crédito - Processo de conhecimento de ação de cobrança, pelo rito ordinário, ou seja, demanda que não se enquadra dentre aquelas, em que se admite a concessão de antecipação de tutela requerida pelo réu - Não se tratando de ação dúplice, ante a ausência de pedidos, de reconvenção, de ação declaratória incidental e denunciação da, lide, não existe pretensão deduzida pelo réu, relativamente aos efeitos da antecipação de tutela por ele requerida, possível de acolhimento pela sentença, a ser proferida, mesmo que vencedor - Indeferimento mantido - Recurso desprovido. (SÃO PAULO, 2009).

Dando continuidade à atenta leitura do *caput* do artigo 273 do Código de Processo Civil, extrai-se outro pressuposto indispensável, qual seja, a identidade entre o pedido antecipatório e a sentença definitiva.

O referido dispositivo legal dispõe que o juiz poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial. Isso quer dizer que o Estado-Juiz poderá antecipar apenas o que lhe foi solicitado na peça vestibular e seja apto a ser concedido na sentença final. Ora, como visto, a tutela antecipada se trata de um provimento provisório, havendo a necessidade de que, ao final, a sentença lhe confirme ou rejeite, razão pela qual a sintonia entre os pedidos há que existir.

Vaz (2002, p. 146), citando Alvim, dispõe que:

Nem é preciso que o objeto da medida antecipatória corresponda ao exato conteúdo da sentença, como objeto preciso da declaração judicial a ser proferida para solucionar o pedido formulado na inicial. Basta que corresponda a um efeito normal da situação jurídica a ser declarada no mérito da causa.

Em idêntico pensar, Dinamarco (2003, p.139/140) esclarece que:

A técnica engendrada pelo novo artigo 273 consiste em oferecer rapidamente a quem veio ao processo pedir determinada solução para a situação que descreve, precisamente aquela solução que ele veio ao processo pedir. Não se trata de obter medida que impeça o perecimento do direito, ou que assegure ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro. A medida antecipatória conceder-lhe-á o exercício do próprio direito afirmado pelo autor. Na prática, a decisão com que o juiz concede a tutela antecipada terá, no máximo, o mesmo conteúdo do dispositivo da sentença que concede a definitiva e a sua concessão equivale, 'mutatis mutandis', à procedência da demanda inicial - com a diferença fundamental representada pela provisoriedade.

No entanto, imprescindível ressaltar que, para o caso de tutela antecipada específica (aquela prevista nos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil), tal regra não é cabível, já que pode o Juiz concedê-la mesmo quando tal ordem não guarde relação com o provimento final, procurando tutelar de forma adequada e eficaz uma situação que prejudique o direito a ser violado. (MARINONI *apud* VAZ, 2002, p. 186)

Assim, de regra, não há razões para a concessão do pedido antecipatório quando este não coincidir com os posteriores efeitos da sentença de mérito, sendo, pois, um pressuposto indispensável para o seu deferimento²³. Porém, faz-se exceção a hipótese de tutela específica, já mencionada.

²³ Agravo de Instrumento. Acidente de trânsito. Indenização. Antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional para pagamento de pensão mensal para manutenção da vítima. Danos materiais. Pedido que a tanto se volta relacionado tão somente ao custeio de veículo com direção hidráulica. Inadmissibilidade de concessão de tutela antecipada- Há que existir identidade entre o pleito antecipatório e o provimento definitivo a ser alcançado com a sentença de mérito, que deverá manter correlação com pedido e causa de pedir. E, diante da ausência de pleito condenatório voltado ao pagamento de pensão mensal para manutenção da vítima, inadmissível a concessão da tutela antecipada para tal fim. Recurso provido. (SÃO PAULO, 2010).

3.2.3. Prova inequívoca

Outro requisito necessário é a prova inequívoca, cujo amparo legal está também expresso no *caput* do artigo 273 do Código de Processo Civil. Inequívoco, nos termos do Dicionário Aurélio (FERREIRA, 2009, p. 475), é aquilo que não há equívoco, claro. No ramo processual, outro não poderia ser o significado dessa expressão.

Bueno (2004, p. 34) assim define prova inequívoca:

O melhor entendimento [...] é aquele que afirma se tratar de prova robusta, contundente, que dê a maior margem de segurança possível para o magistrado sobre a existência ou inexistência de um fato. Embora ninguém duvide da maior credibilidade que se pode dar a documentos para essa finalidade, a expressão não se deve limitar a eles. Até porque mesmo um documento público pode ter sido falsificado e ser, por isso mesmo, nada inequívoco. Deve, por isso mesmo, ser prestigiada a interpretação de que outros meios de prova – respeitado, apenas, o limite constitucional do artigo 5º, LVI (provas obtidas por meios lícitos) – podem, no particular, conduzir o magistrado à antecipação da tutela jurisdicional.

Portanto, para ser considerada uma prova inequívoca, extreme de dúvidas, há que ser robusta e capaz de influir no julgamento do juiz. Porém, atenta Vaz (2002, p. 138), que, segundo o princípio valorativo das provas e da persuasão racional²⁴, cabe ao magistrado analisar e considerar as provas produzidas de forma livre. Isso faz com que, para determinado togado uma prova possa ser considerada inequívoca, quanto para outro não.

Isto é, a aferição da prova inequívoca, insensível a questionamentos, não se trata de tarefa simples, já que é impossível se determinar o que é realmente verdadeiro. Há, pois, que se observar, diante do caso concreto, se determinada prova é capaz de diluir qualquer dúvida, inspirando um convencimento suficiente para a ausência de erro na prestação jurisdicional.

Ademais, como esclarecem Marinoni e Mitidiero (2008, p.168/169): “[...] o fato de o juiz não poder descobrir a ‘verdade’ não o dispensa da necessidade de buscar se convencer a respeito do que se alega em juízo”.

Neste aspecto, necessária a lição de Zavascki (2005, p. 78):

Assim, o que a lei exige não é, certamente, prova de verdade absoluta – que será sempre relativa, mesmo quando concluída a instrução -, mas uma prova robusta, que, embora no âmbito da cognição sumária, aproxime, em segurança medida, o juízo da probabilidade do juízo de verdade.

²⁴Portanova (2008, p. 247/252) leciona que o sistema jurídico permite ao juiz o poder de livre convencimento e, então, dar às normas a interpretação que entender mais adequada e atribuir valor à prova dos autos, impondo deveres e obrigações conforme seu sentimento. Todavia, tal sistema lhe impõe também o dever de motivar sua convicção, justificando as razões que fundamentaram seu julgamento, ou seja, persuadir, convencer as partes de que o seu julgamento é o correto.

Vale dizer que, para a concessão de tutela específica, há também a necessidade de prova inequívoca, eis que, embora o §3º do artigo 461 não tenha previsto tal hipótese, resta claro que a qualidade da prova constitui elemento fundamental para formar o juízo de relevante fundamento. (ZAVASCKI, 2005, p. 169).

Ante o exposto, vislumbra-se que a prova inequívoca é aquela comprovação (documental, testemunhal ou pericial) dos fatos alegados em juízo, cuja valoração extirpa as dúvidas do juiz e não oportuniza oposição de dúvida razoável, convencendo-o, então, da veracidade de suas alegações²⁵. E assim, diante da sua existência, sem prejuízo dos demais requisitos, cabível a antecipação da tutela²⁶.

3.2.4 Verossimilhança das alegações

Ainda versando sobre os requisitos genéricos, encontra-se a verossimilhança das alegações, a qual também está estampada no *caput* do artigo 273 do Código de Processo Civil. A verossimilhança está diretamente relacionada à ideia de probabilidade, de clareza, de grande possibilidade de que as alegações postas em juízo sejam, ao final, verdadeiras.

É, como diz Bueno (2004, p. 32), aquilo que possui aparência de verdadeiro, capaz de convencer o julgamento do juiz de que, aquilo que se está inicialmente concedendo com base numa cognição sumária, será idêntico ao que se reconhecerá após a cognição exauriente.

Vaz (2002, p. 136), citando Dinamarco, define verossimilhança como:

[...] situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição sobre os motivos divergentes. As afirmativas pesando mais sobre o espírito da pessoa, o fato é provável; pesando mais as negativas, ele é improvável.

Para Zavascki (2005, p. 77), a verossimilhança seria um *fumus boni iuris* qualificado, em que os fatos e provas analisados possam ser tidos como provavelmente

²⁵Pode-se concluir que a prova inequívoca deve ser considerada aquela que apresenta um grau de convencimento tal, que, a seu respeito, não possa ser oposta qualquer dúvida razoável; ou, em outros termos, aquela prova cuja autenticidade ou veracidade seja provável. (ALVIM, 2009, p.61).

²⁶TUTELA ANTECIPADA. AUSÊNCIA DE CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO DA RECORRENTE. SUPRIMENTO PELA TRAZIDA DO AR INTIMATÓRIO E DO TERMO DE SUA JUNTADA AOS AUTOS. AÇÃO DE CUNHO DECLARATÓRIO E CONSTITUTIVO. PROVA INEQUÍVOCA INEXISTENTE. DEFERIMENTO, ENTRETANTO, DO PEDIDO. DESPACHO REFORMADO. AGRAVO PROVIDO. - Na exegese doutrinária dada ao artigo 273, *caput*, do Código de Processo Civil, prova inequívoca é aquela isenta de dúvidas, inadmitindo a tomada, pelo julgador, de outra postura que não o adiantamento dos efeitos fáticos da tutela jurisdicional definitiva a ser prestada, ou, na feliz expressão do mestre Luiz Fux é aquela que se constitui na "alma gêmea da prova do direito líquido e certo para a concessão do mandamus". - A título de prova inequívoca, geradora da verossimilhança das alegações externadas, não é dado aceitar o Judiciário as meras e improvas afirmativas da parte autora [...]. (SANTA CATARINA, 1997).

verdadeiros; ou seja, verossímil quanto ao fundamento de direito, em decorrência da relativa certeza à verdade dos fatos.

Neste aspecto, Bueno (2004, p. 36) ressalta que seria possível traçar um gráfico de intensidade de convencimento do magistrado. O *fumus boni iuris* representa um grau menos intenso de convencimento do que a “prova inequívoca da verossimilhança das alegações”, que, por sua vez, é menos intensa do que o “fundamento relevante” do mandado de segurança²⁷.

Vislumbra-se, portanto, que a convicção da verossimilhança estaria relacionada à prova inequívoca, pois uma levaria à outra, mas nunca se confundindo. Assim esclarece Bueno (2004, p. 35):

É a prova que é inequívoca (prova contundente, prova bastante, prova forte), e, como toda e qualquer prova (e a teoria da prova não se prende, apenas exclusivamente, à tutela antecipada), ela nada mais é do que um meio para convencer o magistrado de alguma coisa. Aqui, pela própria dinâmica do instituto em análise (cognição sumária), basta convencer o magistrado da verossimilhança da alegação. [...] é a prova inequívoca que conduz o magistrado à verossimilhança das alegações.

Desta feita, presente a prova inequívoca de que determinado fato é provavelmente verdadeiro, o juiz se convencerá das alegações²⁸ formuladas, tendo-as como verossímeis.

Ressalta-se que nem sempre o juiz reconhecerá a verossimilhança com base na prova inequívoca, porquanto há casos em se assentam em fatos incontroversos, cuja demonstração é dispensável. (ALVIM, 2009, 41).

Logo, resta evidente que se trata de uma árdua tarefa para o magistrado, pois se trata de um conceito por demais subjetivo e de difícil constatação prática.

Por derradeiro, atenta-se que o pressuposto para a concessão da antecipação de tutela específica com fulcro no artigo 461, §3º do Código de Processo Civil, traz como requisito o relevante fundamento da demanda. Zavascki (2005, p. 168), então, lembra que,

²⁷Todavia, Marinoni (2008, p. 172/177) apresenta uma forte crítica entre a relação do *fumus boni iuris*, prova inequívoca e a verossimilhança das alegações, aduzindo que não existe qualquer lógica nesta distinção, porquanto isso se trata de uma mera tentativa de empregar a lógica matemática para ilustrar algo sem explicação. Isso porque, explica, a sistemática adotada pelo artigo 273 busca possibilitar a convicção do magistrado de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto. Formatar, então, o *fumus boni iuris* mais prova inequívoca como sendo a verossimilhança buscada, seria um erro, pois a interpretação dada a prova inequívoca possibilita uma única direção (prova que indica uma provável procedência). Porém, segundo ele, isso não é possível, já que as provas podem possibilitar duas versões distintas, e nessa hipótese, a prova não poderia ser utilizada para a concessão da tutela antecipada. Nestes casos, portanto, se a prova não é suficiente para formar uma certeza de procedência da futura sentença, ela não poderá ser considerada para fazer a verossimilhança preponderar para o lado do autor. Assim, conclui Marinoni, que não se pode dar um significado geral para estes termos, sob pena de restringir sua aplicação, mas, diante de cada caso concreto, encontrar uma solução útil e adequada.

²⁸Alvim (2009, p. 41) citando Calamandrei, atenta que o juízo de verossimilhança é um juízo emitido não sobre o fato, mas sobre a afirmação do fato, quer dizer, sobre a alegação do fato, proveniente da parte que pede seja admitida a prova-lo e que o afirma como historicamente aconteceu.

apesar da divergência dos termos, há similaridade entre o fundamento relevante e a verossimilhança das alegações, razão pela qual serão averiguadas sob o mesmo enfoque, porém, um para a concessão da tutela genérica e outro para tutela específica.

Do que foi exposto, pode-se extrair, então, que a verossimilhança é a convicção que o juiz formará diante de cada lide posta em juízo, em que se admitirá que determinado pedido esteja embasado em provas suficientes para formar uma quase certeza de veracidade das alegações, e, em sendo positiva esta convicção, tranquila será a antecipação da tutela²⁹. Vale ressaltar, porém, o caráter preponderantemente subjetivo deste pressuposto, não podendo atrelá-lo, necessariamente, a presença da prova inequívoca, sob pena de restringir sua aplicação.

3.2.5 Reversibilidade da medida

Como último pressuposto inafastável há a reversibilidade da medida, ou, como pressuposto negativo, a irreversibilidade da medida. Encontra-se positivado no §2º do artigo 273 do Código de Processo Civil, possuindo a seguinte redação: “Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”. (BRASIL, 2008a).

Há que se interpretar esse dispositivo legal de maneira que se entenda que o que deve ser irreversível são os efeitos fáticos antecipáveis, já que, do ponto de vista processual, toda decisão pode ser revertida. A qualidade de irreversível é referente aos efeitos produzidos no mundo dos fatos, os quais poderão ser impossíveis de reversão ao *status quo ante*, ou reversíveis parcialmente, ou ser reversível a um custo cuja parte beneficiada não possa suportar. (ALVIM, 2009, p. 108).

²⁹ AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA - ACIDENTE DE TRÂNSITO COM VÍTIMA FATAL - ILEGITIMIDADE PASSIVA DA SEGURADORA - PRELIMINAR RECHAÇADA - DECISÃO EXTRA PETITA - INOCORRÊNCIA - EXEGESE DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - PROVA INEQUÍVOCA DA VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES - SEVEROS INDÍCIOS DE CULPA DO CONDUTOR DO VEÍCULO NO ACIDENTE - PERIGO DE LESÃO GRAVE - IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO - PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - SATISFATIVIDADE DA TUTELA PRETENDIDA - PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO IDÔNEA - INSURGÊNCIA RECURSAL DESPROVIDA O deferimento da antecipação de tutela, ainda que em sua feição parcial, reclama, inarredavelmente, que as provas trazidas aos autos indiquem, com alta probabilidade, que o autor obterá a tutela pretendida, quando esgotadas as etapas procedimentais atinentes à cognição exauriente. Tem-se perfeitamente preenchido o requisito da verossimilhança das alegações (artigo 273 CPC), nos casos em que há severos indícios de culpa do condutor do veículo envolvido em sinistro de trânsito com vítima, sendo possível a concessão de medida antecipatória, com vistas a garantir a efetividade e utilidade de futura tutela jurisdicional positiva. (SANTA CATARINA, 2004).

A justificativa da reversibilidade dos efeitos práticos na concessão da tutela antecipada encontra explicação nas palavras de Bueno (2004, p. 57):

Porque se ela, durante o procedimento, for “revogada” ou “modificada” ou, ao final do procedimento, não for “confirmada” pela sentença, tudo volte ao status quo ante sem maiores problemas ou prejuízos para o réu. Se uma das questões mais relevantes quando o assunto é tutela antecipada ou, mais amplamente, tutela de urgência é a busca de uma igualdade substancial entre os litigantes no limiar ou ao longo do procedimento (mas, por definição, sempre antes do “tempo” em que, tradicionalmente, habituou-se a tê-la), colocando-os em pé de igualdade, ele não pode criar, para um deles, situação de desigualdade tal que, uma vez não confirmada, por qualquer motivo, cause prejuízos ou efeitos irreversíveis ao outro.

Portanto, percebe-se que, de regra, não poderá haver a concessão da tutela antecipada quando houver a impossibilidade de revertê-la posteriormente³⁰.

No entanto, há casos em que, mesmo havendo a irreversibilidade na antecipação dos efeitos da tutela, terá que se conceder a liminar, privilegiando-se o direito mais provável em detrimento do menos provável.

Esta posição encontra eco nas lições de Zavascki (2005, p. 100):

Reitere-se, contudo, que a vedação inscrita no citado §2º deve ser relativizado, sob pena de comprometer quase que por inteiro o próprio instituto da antecipação de tutela. Com efeito, em determinadas circunstâncias, a reversibilidade corre algum risco, notadamente quanto à reposição in natura da situação fática anterior. Mesmo nestas hipóteses, é viável o deferimento da medida desde que manifesta a verossimilhança do direito alegado e dos riscos decorrentes da sua não fruição. Privilegia-se, em tal situação, o direito provável em prejuízo do improvável.

A exceção acima aventada é compartilhada por boa parte da doutrina³¹ e também da jurisprudência³², a qual, diante do caso concreto, analisa a situação e os direitos em litígio

³⁰“AGRAVO DE INSTRUMENTO - SEGURO RESIDENCIAL - TUTELA ANTECIPADA PRETENDIDA PARA A REALIZAÇÃO DE OBRAS DE RECUPERAÇÃO E MELHORAMENTO DO MURO DE CONTENÇÃO DA RESIDÊNCIA DO AGRAVANTE - AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES - INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 273 DO CPC - PERIGO DE IRREVERSIBILIDADE DA MEDIDA - NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA - DECISÃO MANTIDA”. (SANTA CATARINA, 2012)

³¹“De fato, ao depara-se com situações deste jaez, deve o juiz ponderar, de um lado, os eventuais prejuízos que decorrerão da antecipação da tutela e, de outro, os correlatos de sua denegação. Se não concede, o autor tem que aguardar por anos a decisão definitiva, sofrendo prejuízo que pode ser irreparável, ainda que, ao depois, julgado procedente o pleito. Caso adiante a tutela, haverá a possibilidade de causar prejuízo ao réu, se, ao final, julgado improcedente o pedido. Precisa optar, considerando o direito mais provável, pelo prejuízo menor, menos gravoso, levando em conta, inclusive, a situação econômica de cada uma das partes e os valores dos bens jurídicos colocados em confronto”. (VAZ, 2002, p. 142).

³²“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DENUNCIÇÃO DA LIDE À SEGURADORA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DESTA EM FACE DO AUTOR DA DEMANDA. POSSIBILIDADE. “Como litisconsorte passiva, possível o pleito de tutela antecipada diretamente à seguradora denunciada ou o requerimento de extensão dos efeitos da antecipação de tutela já deferida contra o denunciante” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2007.027876-9, de Blumenau, rel. Des. Henry Petry Junior, j. 04-3-08). PROVA INEQUÍVOCA, VEROSSIMILHANÇA E PRESENÇA DO RISCO DE DANO IRREPARÁVEL. REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA MEDIDA DE URGÊNCIA SATISFEITOS. CAUÇÃO. NÃO EXIGÊNCIA NO CASO CONCRETO. IRREVERSIBILIDADE DA MEDIDA ANTE A HIPOSSUFICIÊNCIA DO AGRAVADO. INTERESSE MERAMENTE ECONÔMICO. IRRELEVÂNCIA EM FACE DA PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE E DA PROTEÇÃO À SAÚDE (ARTS. 1º, III, E 196 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA). “O perigo de irreversibilidade da decisão que antecipa os efeitos da tutela não pode servir

e, preponderando aquele de maior relevância, por meio do princípio da proporcionalidade³³, mitiga o requisito da reversibilidade da medida.

Vale atentar, também, que essa exceção é feita aos casos de tutela específica, uma vez que, conquanto se aplique subsidiariamente as disposições do artigo 273 ao §3º do artigo 461 do Código de Processo Civil, a irreversibilidade faz parte da natureza das obrigações de fazer, não fazer ou dar, tornando a ela inaplicável o pressuposto em análise.

Diante disso, a reversibilidade dos efeitos fáticos da tutela antecipada é a regra para a concessão da medida antecipatória. Todavia, ante o direito em litígio e diante da particularidade de cada caso, poderá essa regra suportar interpretação diversa, propiciando, pois, a antecipação mesmo que irreversíveis os seus efeitos, assim como quando se tratar de antecipação de tutela específica.

3.2.6 Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação

Como primeiro requisito específico, tem-se o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (artigo 273, inciso I do Código de Processo Civil). É o pressuposto apto a caracterizar a tutela antecipada de urgência ou assecuratória, porquanto, presente o receio de sofrer um dano irremediável, resta clara a necessidade de uma imediata prestação jurisdicional a fim de cessar esse perigo.

Zavascki (2005, p. 78) assim define o requisito em comento:

O risco de dano irreparável ou de difícil reparação e que enseja a antecipação assecuratória é o risco concreto (e não o hipotético ou eventual), atual (ou seja, o que se apresenta iminente no curso do processo), grave (vale dizer, o potencialmente apto a fazer perecer ou prejudicar o direito afirmado pela parte). Se o risco, mesmo grave, não é iminente, não se justifica a antecipação da tutela.

Vaz (2002, p. 147/149), aprofundando-se no tema, esclarece que o fundado receio de dano irreparável é a forte possibilidade de a parte experimentar um prejuízo grave ou de

de obstáculo para sua concessão, ainda mais quando envolver a saúde do agravado, em face da saúde financeira do agravante. [...] A prestação de caução não é condição para o deferimento de tutela antecipada, tratando-se apenas de uma faculdade oferecida ao Julgador, que pode ou não exigi-la" (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2005.001085-5, de Pomerode, rel. Des. Mazoni Ferreira, j. 27-4-06). RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (SANTA CATARINA, 2009).

³³Nesta seara, Larenz, citado por Marinoni (2008, p. 205), salienta que o princípio da proporcionalidade determina a ponderação dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo conforme o “peso” que é conferido ao bem respectivo na respectiva situação. Como diz o jurista alemão, “ponderar” e “sopesar” são apenas imagens; não se trata de grandezas quantitativamente mensuráveis, mas do resultado de valorações que – nisso reside a maior dificuldade – não só devem ser orientadas a uma pauta geral, mas também à situação concreta em cada caso.

difícil reparação, ou seja, é a impossibilidade de o litigante suportar os efeitos maléficos do tempo durante o trâmite processual, já que ameaçado de sofrer um iminente dano³⁴.

Nessa hipótese, a irreparabilidade se divide em dois aspectos: objetivo, quando, pela natureza do objeto danificado, não permita reparação específica; subjetivo, quando, pelo suporte financeiro da parte contra quem a tutela se direciona, não tenha condições de reparar o dano que ocasionou.

Há que se atentar, todavia, que o receio é um sentimento subjetivo, variando de acordo com as características dos sujeitos envolvidos. Em se tratando de um idoso, este será mais vulnerável a temores do que um jovem; em se tratando de uma empresa de pequeno porte, esta sofrerá mais receio do que uma multinacional. (ALVIM, 2009, 97).

Importante também observar que, na hipótese de tutela antecipada específica, o artigo 461 faz menção ao receio de ineficácia do provimento final. Porém, para Vaz (2002, p. 184) e Zavascki (2005, p. 169) este pressuposto possui semelhante sentido ao dano irreparável ou de difícil reparação para a concessão de tutela antecipada genérica³⁵.

Assim, percebe-se que o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação seria a forte incerteza sentida pela parte autora de que sofrerá um dano, cuja reparação será inviável ou muito dificultosa. E este sentimento torna impossível a espera de todo o desencadear processual, o que evidencia a necessidade de uma imediata solução judicial, razão pela qual se antecipa a tutela pretendida³⁶.

³⁴ Nesta seara, vale lembrar: O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação é comumente tratado como de significação similar ao *periculum in mora*, que constitui pressuposto da tutela cautelar, o que gera muitas discussões no mundo jurídico. (VAZ, 2002, p. 147).

³⁵ Interpretação diversa é a de Marinoni (2008, p. 155), para quem a tutela inibitória antecipada não tem como pressuposto “fundado receio de dano”. Essa tutela, justamente porque visa a prevenir o ato contrário ao direito (o qual não se confunde com o dano, que é consequência eventual do ato contrário ao direito), tem como pressuposto o “justificado receio” de que o ato contrário ao direito seja praticado (ou que seja repetido ou continuado) antes do trânsito em julgado. Frise-se que o “justificado receio” não é de dano; o justificado receio é de que o ato contrário ao direito seja praticado ou possa prosseguir ou se repetir.

³⁶ AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL CUMULADA COM PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. LIMINAR DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE CONCEDIDA. AUSÊNCIA DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. CONTRATO ADIMPLIDO EM MAIS DE 80% (OITENTA POR CENTO). MANUTENÇÃO DOS AGRAVANTES NA POSSE DO IMÓVEL QUE SERVE DE RESIDÊNCIA PARA FAMÍLIA. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO.- "Por se tratar de medida emergencial de caráter excepcionalíssimo, a antecipação dos efeitos da tutela somente pode ser concedida quando demonstrados no caso concreto a verossimilhança das alegações (requisito genérico) e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, ou, ainda, a ocorrência de defesa temerária (requisitos específicos), tudo conforme o disposto no artigo 273, *caput*, I e II, do Código de Processo Civil. In casu, o descumprimento do contrato (total ou parcial), por si só, não é motivo suficiente para respaldar a concessão de tutela antecipatória, mesmo nas hipóteses em que esta circunstância se apresenta por meio de prova inequívoca, pois a concessão da liminar perseguida requer a conjugação inexorável do requisito específico atinente ao *periculum in mora* ou da defesa temerária. Sem essa conjugação dos requisitos genérico e específico, inadmissível a concessão da tutela antecipada com fulcro no artigo 273 do Código de Processo Civil". (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2007.029561-7, de Balneário Camboriú. Relator: Des. Joel Dias Figueira Júnior. Julgado em 20/04/2010. (SANTA CATARINA, 2012).

3.2.7 Abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório

O requisito em enfoque é aquele específico para configurar a tutela antecipada punitiva. É a situação em que se antecipa a tutela pretendida ante a atitude claramente despreziosa do réu na lide. Melhor dizendo, é quando o réu, sabendo que não restará vitorioso no embate, utiliza-se de meios que o sistema processual não admite, razão pela qual arcará com o ônus do tempo³⁷ durante a marcha do processo.

Não destoa deste entendimento, Vaz (2002, p. 152):

A atividade processual, a desenvolver-se com a atuação de todos os sujeitos vinculados ao processo, encontra-se submetida às regras de boa-fé e de lealdade, que pressupõe o respeito a um determinado padrão de moralidade que se identifica com a dignidade da justiça. [...] Abuso de direito de defesa e manifesto propósito protelatório podem, tranquilamente, adequar-se ao que se costuma qualificar de conduta temerária no processo, instituto que se evidencia quanto a parte litiga com plena consciência de sua falta de razão, desnaturando o direito de defesa ou contraditório, ou quanto obsta ou retarda o normal desenvolvimento do processo. São condutas que denunciam abuso de direito no processo: dolo, a temeridade, a fraude, a emulação, o mero capricho, o erro grosseiro, a violência, a protelação da lide, etc.

Apesar da abstração do termo utilizado pelo legislador, considera-se abuso de direito de defesa as hipóteses em que a parte, ao exercer sua defesa (contestação, impugnação, ou seja, atos processuais) furta-se de alegar matérias sabidamente infundadas, de não reconhecer fatos públicos e notórios ou ainda as situações descritas no artigo 17 do Código de Processo Civil³⁸, por exemplo. Já o manifesto propósito protelatório está relacionado a atos extraprocessuais, mas ligados ao processo, como ocultar provas, não atender determinadas diligências, simular doenças. (ZAVASCKI, 2005, p. 79). Vale lembrar, que cabível também a antecipação da tutela para atos realizados antes do processo, como quando a parte cria embaraços para a efetivação da citação. (BUENO, 2004, p. 41)

Imprescindível atentar, ainda, que aplicável também à tutela específica antecipada os conceitos de tutela punitiva, uma vez que, embora não haja expressa determinação legal no

³⁷ Neste aspecto, Marinoni (2008, p. 268) salienta: Quando o legislador instituiu a tutela antecipatória baseada em abuso de direito de defesa ou contra o manifesto propósito protelatório do réu, ele estava querendo evitar que o autor fosse prejudicado, e o réu conseqüentemente beneficiado, pelo tempo do processo. Assim, o legislador pensou no tempo do processo como um ônus, que deve ser repartido igualmente entre o autor e o réu.

³⁸ Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidentes manifestamente infundados. VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório. (BRASIL, 2008a).

artigo 461, §3º, tal imposição decorre da interpretação de todo o sistema processual e aplicação dos consagrados princípios constitucionais (ZAVASCKI, 2005, p. 171).

Logo, vislumbra-se que os atos realizados pelo réu, tanto durante o curso do processo (endo ou extraprocessualmente) quanto antes dele, são passíveis de motivar a antecipação da tutela genérica ou específica, desde que evidenciado o seu interesse em protelar indevidamente o andamento do feito ou restar claro que se utiliza de maneira abusiva do seu direito de defesa, impedindo imerecidamente, assim, a fruição do bem da vida pela parte autora³⁹.

3.2.8 Ausência de controvérsia

Neste tocante, o §6º do artigo 273 do Código de Processo Civil estabelece que: “A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.” (BRASIL, 2008a).

Percebe-se, pois, que o legislador incorporou no ordenamento jurídico pátrio uma hipótese de antecipação da tutela quando não mais se mostrarem controversos os pedidos ou parte destes. Essa é, então, a tutela antecipada de direito evidente, já que versa sobre pleitos indiscutíveis.

Doria (2004, p. 81), a qual, antes mesmo da edição da Lei 10.444 de 2002 que introduziu o supracitado §6º, já defendia a antecipação da tutela frente à parte incontroversa da demanda, assim define o requisito em análise:

Nas hipóteses de ausência de contestação ou de reconhecimento jurídico (parcial) do pedido não se vislumbra nenhuma controvérsia que justifique a continuidade do processo e o atraso na prestação jurisdicional. Em não existindo mais diversidade de posição em relação a esta ou aquela questão, obviamente não se faz mais necessário o ônus da espera pela decisão judicial. A pretensão deduzida por uma parte e aceita pela outra não precisa mais de nenhuma apreciação judicial. Então, por que não separar esta parte do litígio do restante que continua controverso? Por que não antecipar parcialmente a tutela pretendida pelo autor naquilo em que não houver

³⁹ AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE – DECISÃO QUE MANTEVE O INDEFERIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA DE MÉRITO – ABUSO DE DIREITO DA DEFESA E INTUITO PROTETÓRIO DO RÉU – ARTIGO 273, II, DO CPC – DECISÃO REFORMADA – IMISSÃO NA POSSE DEFERIDA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Evidenciada a verossimilhança das alegações constantes da inicial da ação de imissão na posse, provando os autores serem os titulares do domínio do imóvel objeto do litígio e ocupado pelos réus, os quais receberam a posse precária do anterior proprietário, mediante compromisso de venda e compra que foi rescindido em ação própria, com sentença confirmada pelo Tribunal, e aferindo-se das alegações constantes da defesa que a matéria deduzida caracteriza abuso do direito de defesa, tem cabimento a antecipação da tutela jurisdicional de mérito, para o fim de serem os autores imitados na posse do imóvel litigioso, o que se faz com fundamento no artigo 273, II, do CPC. Prevalece, no caso, a prova inequívoca da titularidade do domínio e dos poderes plenos ao mesmo inerentes, em detrimento da posse dos réus que não só era precária como também advinda de compromisso de venda e compra já rescindido judicialmente. Liminar deferida, com reforma da decisão profligada. Recurso conhecido e provido.(MATO GROSSO DO SUL, 2011).

oposição do réu? Foi exatamente isso o que percebeu o legislador ao introduzir no processo civil brasileiro o instituto da tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda.

É evidente que esta ausência de controvérsia apta a ensejar a antecipação da tutela só poderá ser sentida após o lapso temporal resguardado para a defesa do réu, quando então se verificará o reconhecimento ou não do pedido⁴⁰. Atenta-se, também, que o §6º faz menção a pedido incontroverso, e não a fatos incontroversos. Isso se dá porque nem sempre um fato incontroverso acarreta na ausência de discussão em relação a um pedido⁴¹. (VAZ, 2002, p. 130).

Além disso, necessário lembrar que nem sempre a ausência de controvérsia, por si só, conduz a verossimilhança das alegações. Logo, a essa modalidade de antecipação da tutela⁴², se aplicam todos os demais requisitos tangíveis ao regime geral das demais hipóteses, a exceção da irreversibilidade da medida⁴³ que, ante o alto grau de verossimilhança do direito que lhe fundamenta, é dispensável. (ZAVASCKI, 2005, p. 112).

Assim, verifica-se que, nos casos em que não houver discussão quanto a um pedido formulado, ou parcela deste, cabível a antecipação da tutela, já que, diante da evidência, não há razões para se postergar os efeitos práticos deste pedido⁴⁴.

⁴⁰ Nesse enfoque, pode-se dar ao conceito de pedido incontroverso um sentido amplificado, mais afinado com uma interpretação teleológica da norma: será considerado como incontroverso o pedido, mesmo contestado, quando os fundamentos da contestação sejam evidentemente descabidos ou improcedentes. Em outras palavras: quando não haja contestação séria. (ZAVASCKI, 2005, p. 109).

⁴¹ Ora, do ponto de vista prático, somente será possível aferir a ausência de controvérsia após o transcurso do lapso temporal para manifestação da outra parte. É inviável requerer a antecipação da tutela supondo-se que a defesa será insuficiente ou que sequer existirá. Essencial lembrar, ainda, que sobre um fato incontroverso não decorre, necessariamente, um pedido incontroverso. A título de exemplificação, imagina-se uma ação de reconhecimento de paternidade com pedido de alimentos. Poderá o pai – réu -, após regularmente citado, apresentar defesa onde reconhecerá a paternidade, oportunidade em que o fato será incontroverso, mas se negar ao pagamento de pensão alimentícia, quando, então, o pedido será controverso. Nessa hipótese, incabível antecipação da tutela com fulcro no artigo 273, §6º do Código de Processo Civil, já que ausente a evidência imprescindível.

⁴² Vale lembrar as críticas efetuadas por Bueno (2004, p. 47/55) e Marinoni (2008, p. 285/287) para os quais o §6º do artigo 273 não se trata de uma hipótese de antecipação da tutela, mas sim uma técnica de desmembramento de pedidos, ante a impossibilidade de cisão de pedidos no atual sistema processual, o qual guarda uma única oportunidade para o julgamento de mérito – a sentença. Nesse caso, a tutela antecipada se revestiria, procedimentalmente, de decisão interlocutória, mas, substancialmente, de sentença.

⁴³ Não é outro o entendimento de Dinamarco (2003, p. 97): Chega-se também à não-incidência do veto às antecipações de efeitos irreversíveis [...], pois "como a possibilidade de revogação da medida antecipatória é muito reduzida nesses casos, na mesma proporção reduzem-se os riscos inerentes à irreversibilidade.

⁴⁴ AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TUTELA ANTECIPADA. ARTIGO 273, 6º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PEDIDO INCONTROVERSO. REQUISITOS. INEXIGIBILIDADE DO PERICULUM IN MORA. NAO SUBMISSAO À NECESSIDADE DE REVERSIBILIDADE DA MEDIDA. TUTELA DE EVIDÊNCIA. Para o deferimento da tutela antecipada com fundamento no 6º do artigo 273 do Código de Processo Civil, necessário tão somente que o pedido ou parte dele seja incontroverso. RECURSO PROVIDO. (PARANÁ, 2012).

Neste caminhar, diante das considerações expostas neste capítulo, pode-se identificar a natureza jurídica deste instituto de agilidade processual, bem como os requisitos necessários e específicos, conforme a necessidade do caso concreto, para o seu deferimento.

E assim, com a necessidade destes requisitos, percebe-se que a tutela antecipatória consegue, em princípio, observar os preceitos constitucionais elencados na Constituição Federal, além de unir a agilidade e eficácia da prestação jurisdicional, sem, contudo, prejudicar a certeza e a segurança jurídica.

Não é outro o entendimento de Doria (2004, p. 144):

Nesse contexto, não é difícil imaginar a importância de um instituto como a antecipação de tutela. Trata-se de uma solução para o conflito que há muito vem afligindo os processualistas: a busca de certeza jurídica e o ideal de uma decisão judicial rápida, efetiva, com força executiva. Se o processo é longo e os jurisdicionados têm que conviver com essa espera, por que não oferecer antecipadamente alguns dos efeitos do provimento final (ou até mesmo todos eles) em determinadas situações especiais?

E arremata:

A tutela antecipatória possui a faculdade de satisfazer o desejo dos jurisdicionados em relação a um processo eficaz, na mesma medida em que garante a prudência e análise que devem anteceder a toda e qualquer sentença de mérito. O resultado, como se vê, é o melhor possível. O devido processo legal (com as garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa) sai ileso e, ao mesmo tempo, se atinge o ideal de celeridade. (DORIA, 2004, p. 144)

Assim, a aplicabilidade deste instituto tornou-se intensa na prática forense, procurando propiciar uma prestação jurisdicional mais eficaz e célere, condizente com os princípios constitucionais que lhe fundamentam.

Porém, fez-se necessária a elaboração de um novo Código de Processo Civil, o qual dedicará especial cuidado à tutela antecipada. O motivo desta reforma e as alterações promovidas neste provimento serão, alvo do próximo capítulo.

4 TUTELA ANTECIPADA NO ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Feito o suficiente embasamento acerca da origem da antecipação da tutela, dos seus fundamentos constitucionais, bem como sobre a natureza jurídica e requisitos imprescindíveis para a concessão da medida antecipatória, buscou-se propiciar uma consistente compreensão de como esse instituto é e como se desenvolve este método de agilização de justiça nos tempos atuais.

Nesta etapa, então, direciona-se este trabalho à uma análise da motivação para essencial edição de um Novo Código de Processo Civil, e, posteriormente, de como se comportará o instituto em estudo neste Anteprojeto (Projeto de Lei 8.046 de 2010).

4.1 DA NECESSÁRIA REFORMA DO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O legislador pátrio, em busca da solução de casos urgentes em que o prejuízo a ser sofrido pelo requerente fosse irreparável ou de difícil reparação, ou em que a atitude do demandado inspirasse uma imediata intervenção do Estado-Juiz, ou ainda em que parcela do direito se apresentasse incontroverso, instituiu no Código de Processo Civil de 1973 a tutela antecipada.

Todavia, vislumbra-se que mesmo com a utilização deste método de agilização da justiça, não se resolveu por completo o problema da letargia procedimental, uma vez que tal medida emergencial é exceção à regra. Por outro lado, com sua aplicação desenfreada, corre-se o perigo de banalizar o cabimento da tutela antecipada, a pretexto da precariedade da organização jurisdicional, acarretando em insegurança jurídica.

Nos ensinamentos de Vaz (2002, p. 45):

A universalização da tutela antecipada por certo não resolve todos os problemas da ineficiência da função jurisdicional. A tutela antecipada é medida de exceção; não é, portanto, regra geral. É concedida mercê de requisitos rígidos. Não pode ser prodigalizada, sob pena de ferimento aos mais mezinhos princípios do processo, de acarretar total insegurança jurídica. Como tutela jurisdicional provisória, precisa ser distribuída com muita cautela. Senão, compromete o próprio estado de direito

Logo, apesar da sua grande utilização na prática forense, tal instituto, dentre tantos outros, não logrou êxito em criar uma melhoria significativa para a efetividade e celeridade do processo suficientes para apaziguar os ânimos da sociedade, o que acarretou na necessidade de uma reforma integral no sistema processual pátrio.

Ora, é inviável que em tempos que cada vez mais se buscam respostas céleres para a resolução dos conflitos, apresente-se o Poder Judiciário em total descompasso com tal dinamismo. Isso tem promovido o seu natural afastamento da população. (FILARDI, 2011, p. 66).

Assim, com o objetivo precípua de retomar a credibilidade da justiça perante a sociedade, a Comissão de Juristas¹ instituída pelo Senado Federal elaborou o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, cujo intuito resta claro na exposição de motivos:

[...] chegara o momento de reformas mais profundas no processo judiciário, há muito reclamadas pela sociedade e especialmente pelos agentes do Direito, magistrados e advogados. Assim, avançamos na reforma do Código do Processo Penal, que está em processo de votação, e iniciamos a preparação de um anteprojeto de reforma do Código do Processo Civil. São passos fundamentais para a celeridade do Poder Judiciário, que atingem o cerne dos problemas processuais, e que possibilitarão uma Justiça mais rápida e, naturalmente, mais efetiva. (BRASIL, 2010a, p.3).

E ratifica este posicionamento, Fux (2010a, p. 27):

Esse balanceamento dos interesses em jogo, sufragados pela Academia e pelo povo nas audiências públicas, nos 120 mil e-mails recebidos, nas 600 sugestões advindas de diversos segmentos da sociedade, revela que era hora de mudar, sob pena de ficarmos “à margem de nós mesmos”, na feliz oração de Fernando Pessoa. O processo é instrumento técnico e ético. Por isso, chegada é a hora de darmos uma resposta a sociedade acerca da tão nefasta “morosidade judicial”.

Apesar desta imprescindibilidade encontrar eco em boa parte dos operadores do direito², é certo que causa também intranquilidade, insegurança e temor.

Afinal, quem decidiu que o atual deve ser revogado? Dado o interesse de que a medida se reveste, antes de se dar ao projeto, cujo conteúdo já se revelou polêmico, o Legislativo deverá discutir se a medida é oportuna e conveniente [...]. (PINTO, 2010, p. 52).

Grinover (2010, p. 33), integrante do Instituto Brasileiro de Direito Processual, referindo-se sobre a reforma do Código de Processo Civil, assim se posicionou:

¹ Esta Comissão é formada por: Luiz Fux, Teresa Wambier, Adroaldo Fabrício, Benedito Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Nunes, Humberto Teodoro Júnior, Jansen Almeida, José Miguel Medina, José Roberto Bedaque, Marcus Vinícius Coelho e Paulo Cezar Carneiro. (BRASIL, 2010a, p.4).

² Nesse sentido: “A convergência de ideais e ideias, na elaboração do anteprojeto, demonstra que os anseios da sociedade estavam na linha de pensamento da comissão de juristas. O tempo é agora. O Código é da nação brasileira, sem sombra de dúvidas.” (ALMEIDA, 2010, p. 54).

Ainda: “O Código de Processo Civil necessita de reformas urgentes. A comissão foi instituída pelo Senado em momento oportuno, para que os operadores do direito disponham posteriormente de um grande e adequado mecanismo para processar as demandas judiciais.” (MADALENA, 2010, p. 35).

E mais, Wald (2011, p. 46), referindo-se a reforma do Código de Processo Civil, diz que: “Do mesmo modo que alcançamos a institucionalização da estabilidade econômica, estamos conseguindo construir um novo Direito, eficiente e coerente, mediante a parceria entre os três Poderes, que pretende dar ao país segurança jurídica e rapidez nos julgamentos.”

Por derradeiro: “Parece-me que o ponto alto que poderíamos alcançar com a estrutura que tínhamos já foi alcançado, e, a partir daí, o volume de processos é superior às nossas forças. Agora, a solução é partir pra outra etapa, diferente, num outro patamar, como aconteceu com o Direito depois dos Códigos Napoleônicos.” (MARQUES, 2009).

Como o Instituto Brasileiro de Direito Processual se posicionaria? É certo que havia se manifestado contra a ideia de um novo código, mas é certo também que se encontrou diante de um fato consumado. A Comissão do Senado existe e o Instituto entendeu não poder ficar alheio a esse dado de fato, cabendo-lhe, mais uma vez, ser protagonista das reformas que seriam propostas pela Comissão.

Logo, conquanto as intranquilidades oriundas desta reforma e a divergência de alguns³, a edição de um novo Código de Processo Civil é inequívoca e essencial.

Assim, buscando acelerar e agilizar a prestação da tutela jurisdicional, extrai-se da exposição de motivos que o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil se orienta por três objetivos primordiais: a) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; b) imprimir maior grau de organização ao sistema; c) dar-lhe coesão. (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 55).

Sintetizando as principais alterações que provavelmente serão instituídas pelo no Código de Processo Civil, Wald (2011, p. 47), esclarece que:

O projeto de novo Código de Processo Civil, cuja tramitação no Senado Federal merece elogios pela rapidez e eficiência, além de simplificar o andamento processual e diminuir o número de recursos, criou incidente de resolução de demandas repetitivas, também chamado “incidente de coletivização”, para uniformizar a jurisprudência em matérias relevantes [...]. Por outro lado, o projeto estimula a conciliação, reduz as interrupções no andamento do processo, decorrentes de recursos interpostos pelas partes, e diminui os prazos de várias fases processuais. Estima-se que, com as novas medidas, a duração do feito poderá ser reduzido pela metade, dando maior eficiência ao Poder Judiciário. Criar-se-ia, assim, um círculo virtuoso em vez do círculo vicioso existente no passado, pois, com julgamentos mais rápidos, teremos menos processos em curso, permitindo, por sua vez, que o Judiciário adquira maior velocidade para decidir as questões pendentes.

Estas são algumas das inovações e aperfeiçoamentos que o Novo Código de Processo Civil possivelmente acarretará no mundo jurídico, o que, todavia, não é alvo deste trabalho.

Desta feita, revela-se curial a pretendida reforma no Código de Processo Civil, já que busca aprimorar o processo, simplificando-o e o enquadrando ao atual dinamismo social e, assim, propiciar a adequada pacificação dos conflitos, à luz dos princípios constitucionais da razoável duração do processo, da segurança jurídica, do acesso à justiça e da efetividade processual.

Neste momento, pois, orienta-se o estudo ao especial cuidado dispensado por esta nova codificação à tutela antecipatória, senão também a forma de como tal instituto se desenvolverá neste novo panorama.

³ Sobre o assunto: “Não precisamos de um Código de Processo Civil novo. Precisamos é de uma Justiça melhor para fazer o Código de Processo Civil funcionar. Ou alguém acha que, pelo simples fato de ter um código novo, uma petição vai deixar de levar seis meses para ser juntada, ou uma certidão vai deixar de levar oito meses ou um ano para ser expedida? Claro que não. O Projeto 166/2010, do Senado, é cheio de problemas graves. O texto dá poderes ditatoriais aos juízes de primeira instância.” (MACHADO, 2010, p.2).

4.2 ALTERAÇÕES DA TUTELA ANTECIPADA NO ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil procurou tratar da tutela antecipada em sua Parte Geral (Livro I), no Título Tutela de Urgência e da Evidência (Título IX), subdivididos em dois Capítulos (Capítulo I – Disposições Gerais; Capítulo II – Do Procedimento das Medidas de Urgência), sendo que no primeiro há três seções (Seção I – Das disposições comuns; Seção II – Da tutela de urgência cautelar e satisfativa; Seção III – Da tutela de evidência) e no segundo duas seções (Seção I – Das medidas de urgência requeridas em caráter antecedente; Seção II – Das medidas de urgência requeridas em caráter incidental), compreendendo do artigo 269 ao artigo 286.

Destas disposições, vislumbra-se que algumas alterações foram efetuadas no instituto em foco, o que se propõe a analisar neste momento, cujo desdobramento dar-se-á pela apuração das seções introduzidas no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.

Ressalta-se, por oportuno, que o presente estudo será feito com a averiguação do Relatório Geral efetuado pela Comissão Temporária da Reforma do Código de Processo Civil, de relatoria do Senador Valter Pereira, cuja elaboração contou com o apoio de uma Comissão Técnica formada por Athos Gusmão Carneiro, Cassio Scarpinella Bueno, Dorival Renato Pavan e Luiz Henrique Volpato Camargo e que, antes da sua remessa para a Câmara dos Deputados, alterou a ordem e o teor de alguns artigos.

Aliás, este Relatório Geral, depois de recebido pela Câmara dos Deputados e convertido em Projeto de Lei (nº. 8046 de 2010), encontra-se, ainda, em trâmite nesta Casa Legislativa, estando, portanto, sujeito à eventuais emendas e alterações.

Ademais, importante atentar que, conquanto o legislador ordinário tenha buscado dividir a tutela da urgência em duas espécies, satisfativa e cautelar, como mais detalhadamente se verá, neste trabalho monográfico se dedicará uma atenção maior ao provimento de urgência satisfativo, que se assemelha a atual antecipação de tutela, já que o escopo deste estudo é analisar como se dará o tratamento deste instituto no provável novo Código. Contudo, far-se-ão referências ao sistema atualmente adotado para as tutelas cautelares, sobretudo as disposições gerais do Livro III do atual Código de Processo Civil previsto entre os artigos 796 a 812, uma vez que ambas as tutelas, acautelatória e antecipatória, estão umbilicalmente ligadas pelo estado de urgência que procuram

sanar/precaver, o que motivou a incorporação de muitos destes instrumentos ao procedimento das tutelas de urgência e da evidência⁴.

4.2.1 Referencial histórico

De início, importante atentar que o sistema utilizado atualmente para a antecipação dos efeitos da tutela, que se localiza nos artigos 273, 461 e 461-A do atual Código de Processo Civil, foi importado do antigo direito romano, onde havia uma forte preocupação em distinguir as tutelas cautelares das tutelas satisfativas, cada uma com requisitos próprios. Neste novo cenário, que se pretende instituir com o novo código, aproximar-se-á do modelo alemão, onde há uma maior flexibilidade em relação às tutelas de urgência.

Neste diapasão, Araújo (2011, p. 36) esclarece que:

O modelo de tutela de urgência vigente, destarte, é bastante semelhante ao que vigora na Itália. [...] ao que parece, o projeto do novo Código de Processo Civil rompe com esse parâmetro, aproximando-se do modelo alemão. É que o projeto, além de não prever um título específico para o processo cautelar, tratando apenas da matéria de relance em um dos capítulos reservados ao título do processo de conhecimento, submete a tutela cautelar e a tutela antecipatória aos mesmos requisitos. Cuidou da matéria do mesmo modo que o Direito Alemão.

E conclui:

Ao contrário, portanto, do que ocorre na Itália, em que o deferimento da tutela cautelar está sujeito a requisitos diferentes que os necessários ao deferimento da tutela antecipatória, o projeto do novo Código de Processo Civil não fez essa distinção. [...] Na Alemanha não existe diferença substancial entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória. (ARAÚJO, 2011, p. 37).

Resta claro, pois, que a Comissão instituída para elaborar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil se inspirou na sistemática alemã. Vislumbra-se este propósito, sem sombra de dúvidas, nos artigos 269 e 276 do Anteprojeto, em que se enquadraram a tutela antecipada e a tutela cautelar do mesmo modo, sem qualquer distinção quanto aos requisitos, os quais serão apurados em posterior etapa deste estudo:

Art. 269. A tutela de urgência e a tutela da evidência podem ser requeridas antes ou no curso do processo, sejam essas medidas de natureza satisfativa ou cautelar.

Art. 276. A tutela de urgência será concedida quando forem demonstrados elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como o risco de dano irreparável ou de difícil reparação. (BRASIL, 2010b)

É certo que a doutrina, antes mesmo da pretendida reforma, tratava os provimentos cautelar e antecipatório como espécies do mesmo gênero, tutelas de urgência, tal

⁴ Neste sentir, é de se destacar que, a exemplo do que expõe Souza (2011), dada a fungibilidade prevista no §7º do artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973, sobretudo para os que defendem a fungibilidade de mão dupla (tanto provimento cautelar para antecipatório, quanto este para aquele), aplica-se, em algumas situações, o procedimento atualmente previsto para a tutela cautelar também nos casos de antecipação da tutela.

como adota hoje o projeto do Código de Processo Civil⁵, contudo diferenciando seus pressupostos.

Logo, da análise do *caput* do artigo 269 e do artigo 276 do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, extrai-se que o legislador tratou as duas formas de tutela diferenciada de maneira idêntica, avizinhando-se, pois, do direito alemão (ARAÚJO, 2011, p. 37).

4.2.2 Das disposições comuns

A Seção I, do Capítulo I (Disposições Gerais) do Título IX (Tutela de Urgência e da Evidência) versa sobre as disposições comuns tangíveis aos dois tipos de provimentos diferenciados dispostos neste Título. Analisá-la-á, neste instante.

Com efeito, a tutela antecipada, ao lado da cautelar, são as medidas diversificadas de urgência previstas no atual Código de Processo Civil. O Anteprojeto, todavia, preferiu abandonar esta divisão e enquadrar os institutos antecipatório e acautelatório como uma mesma espécie, qual seja tutela de urgência. Esta, em conjunto com a tutela da evidência, serão, pois, a nova sistemática adotada para os casos que necessitam de um provimento diferenciado, com base numa cognição sumária.

Esta nova opção fica evidente ao se denotar o artigo 269 e seus parágrafos⁶, donde se retira que as tutelas da evidência e de urgência poderão ser requeridas, antes ou no curso da demanda.

Neste viés, tem-se que a tutela de urgência suportará duas formas, tutela de urgência satisfativa (§1º do artigo 269 do Anteprojeto), que remonta a tutela antecipatória baseada no perigo (atualmente prevista no artigo 273, inciso I do Código de Processo Civil de 1973), e tutela de urgência cautelar (§2º do artigo 269 do Anteprojeto), que busca assegurar a futura satisfação, desde que respeitados os requisitos insculpidos no artigo 276, cuja apuração será alvo de tópico posterior.

⁵ Tratando sobre o assunto, Marinoni e Mitidiero (2010, p. 106) registram que: “Reconheceu-se, na esteira do que sustentamos há muito tempo, o fato de a tutela antecipatória fundada no perigo e de a tutela cautelar constituírem espécies do mesmo gênero, tutelas de urgência. Seguindo esta linha, o Projeto propôs a disciplina conjunta do tema.”

⁶ Art. 269. A tutela de urgência e a tutela da evidência podem ser requeridas antes ou no curso do processo, sejam essas medidas de natureza satisfativa ou cautelar. § 1º São medidas satisfativas as que visam a antecipar ao autor, no todo ou em parte, os efeitos da tutela pretendida. § 2º São medidas cautelares as que visam a afastar riscos e assegurar o resultado útil do processo. (BRASIL, 2010b).

Por sua vez, a tutela de evidência da forma proposta pelo Projeto abarcará os casos que independem de risco de dano irreparável ou de difícil reparação (Artigo 278 do Anteprojeto).

Para Carneiro (2011), as tutelas de urgência e a tutela da evidência no novo Código de Processo Civil são:

[...] as tutelas de urgência, aquelas que são baseadas na necessidade de uma satisfação prévia, uma cautela imediata, para impedir o prejuízo do direito material do demandante e, de outro lado, as tutelas da evidência, quando o direito do demandante apresentar um grau muito grande de verossimilhança, de probabilidade de uma sentença final de procedência, então o bem da vida do qual ele está desapossado possa lhe ser entregue desde logo, sem o prejuízo do devido processo legal.

Mais especificamente sobre a tutela de evidência, Marinoni e Mitidiero (2010, p. 106) destacam que:

Também na esteira do que sempre sustentamos, o Projeto procurou outorgar o devido valor ao tempo no processo e distribuí-lo de forma paritária entre as partes independentemente do requisito de urgência, fundando-se para tanto apenas na maior ou menor evidência da posição jurídica sustentada por uma das partes no processo. O Projeto regulou o tema a título de “tutela da evidência”.⁷

Ainda acerca do tema, Fux (2000, p. 01/02) esclarece que: “A expressão vincula-se àquelas pretensões deduzidas em juízo nas quais o direito da parte revela-se evidente, tal como o direito líquido e certo que autoriza a concessão do *mandamus* ou o direito documentado do exequente.”

Portanto, infere-se que o legislador pátrio optou por instituir novos modos de solução para os casos em que se espera uma atuação jurisdicional diferenciada, dividindo-as em tutela de urgência e em tutela da evidência, em detrimento das consagradas tutela antecipada e tutela cautelar previstas no atual Código de Processo Civil.

Outra inovação é a possibilidade de o “Juiz determinar as medidas que considerar adequadas quanto houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave ou de difícil reparação” (artigo 270 do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil). Ou seja, poderá então o magistrado, diante do caso concreto, se julgar prudente, conceder medidas que corrigirão o estado de insatisfação de direito.

Trata-se de um dispositivo inovador, porquanto institui um “poder geral de urgência” ao Estado-Juiz. Neste sentido, Rezende (2010), discorrendo sobre o artigo 278 do Anteprojeto do Código de Processo Civil, mas que em decorrência das alterações introduzidas no Relatório Geral pelo Senador Valter Pereira passou a ser tratado no artigo 270:

⁷ Neste aspecto, convém salientar que na atual sistemática prevista no Código de Processo Civil de 1973, já existe este tratamento diferenciado em que se oportuniza a distribuição do ônus temporal entre os litigantes sem o pressuposto da urgência, conforme artigo 273, inciso II e §6º. Todavia, o Anteprojeto buscou sistematizar este tema de maneira mais clara, dividindo-a em tutelas de urgência e da evidência.

Nesse direcionamento, o projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro registra em seu art. 278 o que se pode denominar de poder geral de urgência conferido aos magistrados, permitindo-lhes o deferimento de medidas emergenciais conservativas ou satisfativas, segundo se conclui da inserção topográfica do dispositivo em referência no capítulo afeto às disposições gerais do que denomina tutela de urgência.

Repara-se, portanto, que o legislador previu um meio em que poderá o magistrado conceder as medidas de urgência que julgar necessárias para fazer com que o ataque ao direito seja cessado.

Ademais, o *caput* do artigo supracitado faz menção às hipóteses de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, remetendo-se, pois, as tutelas de urgência, e não aos casos de tutelas de evidência, já que estas encontram seu fundamento nos incisos do artigo 278 do Anteprojeto.

Desta feita, evidencia-se mais uma alteração do atual sistema processual, já que hoje inexistente a possibilidade de o juiz conceder tutela antecipada (a partir de agora, com o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, prevista dentro das tutelas de urgência) de acordo com o caso concreto e sem o requerimento da parte⁸.

O parágrafo único do artigo 270, com redação idêntica do atual artigo 805 do Código de Processo Civil⁹, prevê, ainda, que “a medida de urgência 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 a lesão ou repará-la integralmente.” (BRASIL, 2010b).

Melhor dizendo, este dispositivo permite que o juiz modifique a tutela deferida ou a substitua por uma garantia, a fim de tornar a efetivação da medida concedida menos gravosa para a parte contra quem os efeitos incidirão, porém sem gerar prejuízo ao autor do pedido.

Ainda referente às disposições comuns (Seção I do Capítulo I), vislumbra-se que o disposto no artigo 271¹⁰ do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil não modifica o sistema hoje em vigência, porquanto retrata literalmente a previsão contida no atual §1º do

⁸ Conforme já esclarecido em outro tópico, mesmo contrariando expressamente o *caput* do artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973, é possível a concessão de tutela antecipada de ofício pelo magistrado, baseando-se nos princípios constitucionais da efetividade, da razoável duração do processo. Porém, tal medida é exceção, diferentemente do cenário que agora se apresenta com a provável edição de um novo Código de Processo Civil.

⁹ Art. 805. 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 a lesão ou repará-la integralmente. (BRASIL, 2008a).

¹⁰ Art. 271. Na decisão que conceder ou negar a tutela de urgência e a tutela da evidência, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. Parágrafo único. A decisão será impugnável por agravo de instrumento. (BRASIL, 2010b).

artigo 273¹¹. Logo, a obrigatoriedade de fundamentação da decisão que defere ou nega a concessão das tutelas de urgência, antiga tutela antecipada, ou de evidência continuará em vigor.

Noutro viés, as dúvidas referentes ao recurso cabível quando da antecipação dos efeitos da tutela, sobretudo quando concedida em sentença, como explanado em momento anterior, serão sanadas pelo provável novo sistema. Isso porque, o parágrafo único do artigo 271 estabelece, expressamente, que “a decisão será impugnável por agravo de instrumento”¹² (BRASIL, 2010b).

Prosseguindo a averiguação da seção em foco, expressa o artigo 272 que “a tutela de urgência e a tutela da evidência serão requeridas ao juiz da causa e, quando antecedentes, ao juízo competente para conhecer do pedido principal”. E, também, o seu parágrafo único estabelece que “nas ações e nos recursos pendentes no tribunal, perante este será a medida requerida.” (BRASIL, 2010b).

Isso se explica porque o procedimento cabível para as tutelas de urgência, conforme se averiguará posteriormente, poderá se dar de forma antecedente ou incidental. Assim, nos casos em que a medida for requerida antecedentemente, deverá a competência ser fixada de acordo com o juízo competente para conhecer o pedido principal. Em consequência, quando estiver pendente de recurso a ação, deverá o pleito de urgência ser formulado perante o Órgão Julgador¹³.

Outra confirmação do sistema atual é a disposição do artigo 273 do Anteprojeto, de cujo teor se extrai que “a efetivação da medida observará, no que couber, o parâmetro operativo do cumprimento da sentença definitivo ou provisório” (BRASIL, 2010b). Este é o mesmo propósito do §3º do artigo 273¹⁴ do atual Código de Processo Civil.

Pode-se compreender, então, que concretização dos efeitos da medida de urgência ou da evidência seguirá sistemática idêntica ao da atual tutela antecipada, já que para tanto poderão ser utilizados os instrumentos disponibilizados para a execução forçada da futura sentença de mérito, que se dará em caráter provisório ou definitivo. Aliás, neste particular,

¹¹§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. (BRASIL, 2008a).

¹²Contudo, para Peluso (2011, p. 66), tal artigo mereceria reparos, devendo constar em seu teor a hipótese de cabimento de recurso de apelação quando a decisão for concedida em sentença.

¹³Tais premissas já são adotadas no atual Código de Processo Civil, consoante artigo 800, *caput* e parágrafo único [Art. 800. As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal. Parágrafo único. Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal, (BRASIL 2008a)], porém é aplicada tão somente às tutelas cautelares.

¹⁴ § 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A (BRASIL, 2008a).

diz-se definitivo em virtude de que em algumas hipóteses de incidência de tutela de evidência os efeitos serão igualmente definitivos, como se observará em tópico posterior.

Possibilidade que inexistia, também, para o instituto da antecipação da tutela e que será incorporada pelo provável novo Código de Processo Civil é a hipótese de reparação, independentemente da responsabilidade por dano processual, imputável ao requerente pelo prejuízo que causar ao requerido em virtude da efetivação da medida de urgência ou da evidência (artigo 274¹⁵ do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil). Ou seja, trata de casos de reparação em que o autor responde independentemente da caracterização de culpa, melhor dizendo, objetivamente, a exemplo do que é previsto exclusivamente para a tutela cautelar no artigo 811 do atual Código de Processo Civil¹⁶.

Para tanto, o legislador elencou, nos incisos do referido artigo, os casos de incidência, quais sejam: I - a sentença no processo principal lhe for desfavorável; II - obtida liminarmente a medida em caráter antecedente, não promover a citação do requerido dentro de cinco dias; III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer dos casos legais; IV - o juiz acolher a alegação de decadência, ou da prescrição da pretensão do autor. Como determina o seu parágrafo único, a indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida. (BRASIL, 2010b).

Conforme atenta Souza (2011), trata-se de um caso de grande risco para parte, já que ao requerer uma tutela de urgência, seja cautelar ou satisfativa, e se ocorrer qualquer hipóteses destes incisos, ela terá que reparar danos pela efetivação da medida, de forma objetiva e nos mesmos autos. A parte, então, terá que ter muita certeza que seu pedido será reconhecido ao final, senão terá que reparar o prejuízo¹⁷.

¹⁵Art. 274. Independentemente da reparação por dano processual, o requerente responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a efetivação da medida, se:[...] (BRASIL, 2010b).

¹⁶Art. 811. Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida: I - se a sentença no processo principal lhe for desfavorável; II - se, obtida liminarmente a medida no caso do art. 804 deste Código, não promover a citação do requerido dentro em 5 (cinco) dias; III - se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no art. 808, deste Código; IV - se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (art. 810).Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar. (BRASIL, 2008a).

¹⁷Cabe salientar, neste particular, a visão de Marinoni e Mitidiero (2010, p. 110): Este é um ponto que merece ser pensado com maior vagar. Note-se que assim como está o autor responde objetivamente pela obtenção de tutela ao seu direito provável em detrimento da posição jurídica improvável do réu caso ao final se chegue à conclusão pela improcedência do pedido. De outro lado, se é negada a tutela de cognição sumária ao autor – o que significa na prática, que o órgão jurisdicional entendeu mais verossímeis as alegações do réu – e, exaurindo-se a cognição, chega-se à procedência do pedido do autor, não há qualquer previsão de responsabilidade objetiva por eventual dano por ele experimentado em face de não se encontrar fruindo, enquanto pendente o processo, do bem da vida que nele foi buscar. Ora, é evidente que aí há tratamento desigual entre as partes.

Logo, vislumbra-se que a possibilidade de indenização prevista no artigo em destaque possui o escopo de frear a formulação de pedidos de urgência infundados, sobretudo ante a flexibilidade de sua concessão, como se denotará futuramente.

Por derradeiro, como último dispositivo da Seção I (Das disposições comuns), o artigo 275 ordena que os processos em que se tenha concedido tutela de urgência ou da evidência, estes tramitarão preferencialmente, respeitando, porém, outras preferências legais.

Neste particular, importante salientar que Peluso (2011, p. 67) defende a supressão deste artigo, salientando que não há qualquer fundamento para a permissão de tramitação preferencial aos processos em que se tenha concedido medida liminar. Isso porque, se a situação de urgência já foi remediada, não há razão para o seu trâmite prioritário, não sendo legítima a alteração da ordem normal de julgamento dos processos em que não se solicitou a medida de urgência ou de evidência.

Apresenta-se correto este pensar, já que, sanada a situação de urgência que fundamenta o pedido liminar, a pretensão autoral não carece mais de uma prestação jurisdicional diferenciada, podendo aguardar o trâmite normal dos processos, sobretudo em relação àqueles em que não se solicitou uma tutela de urgência.

Estas são, portanto, as disposições comuns aplicáveis aos dois tipos de tutelas diferenciadas (de urgência e de evidência) previstas no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, respeitando-se, contudo, a particularidade de cada tipo de provimento, conforme a seguir será exposto.

4.2.3 Da tutela de urgência cautelar e satisfativa

Neste aspecto, cabe à Seção II do Capítulo I versar sobre as tutelas de urgência em suas duas espécies, cautelar e satisfativa.

Preambularmente, cabe salientar que, apesar de as tutelas de urgência, da forma como prevista no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, serem divididas em cautelar e satisfativa, dar-se-á neste trabalho um maior enfoque ao provimento de urgência satisfativo, que remonta o atual instituto antecipatório, como indicado no início deste Capítulo.

Com efeito, para a concessão da tutela de urgência, a qual pode ser cautelar ou satisfativa (artigo 269 do possível novo Código de Processo Civil), necessária a presença de

elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, consoante dispõe o artigo 276¹⁸ do Anteprojeto.

Por um lado, infere-se que o legislador optou por tornar maleável o cabimento da atual tutela antecipada de urgência (artigo 273, inciso I do Código de Processo Civil de 1973), agora denominada tão somente de tutela de urgência satisfativa (artigo 269 e 276 do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil).

Isso porque, neste novo panorama, não se exigem mais os requisitos que hoje são necessários para a antecipação da tutela de urgência, quais sejam verossimilhança das alegações, prova inequívoca e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, além de reversibilidade da medida.

Com o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, mostrar-se-á indispensável apenas a plausibilidade do direito, mantendo-se, contudo, o perigo de dano tal como definido no Código de 1973.

Nesta seara, o Deputado Miro Teixeira (2011), autor da Emenda Número 809/2011 na Câmara dos Deputados, em que sugere a utilização do termo verossimilhança no *caput* do dispositivo em destaque, salienta que:

A redação dada ao *caput* do art. 276 pelo projeto inova ao substituir por “plausibilidade” o termo “verossimilhança”, usado no Código de Processo Civil vigente para as medidas de natureza antecipatórias/satisfativas. A troca não é boa. “Plausível” é aquilo que é “razoável”, que “faz sentido”, o que se pode aceitar; enquanto “verossímil” é o que se assemelha à verdade. O “razoável” tem caráter subjetivo, enquanto a “verdade” deve ser buscada em sua objetividade. Adotar “plausibilidade” em lugar de “verossimilhança” é dar maior liberdade ao juiz para decidir, com critério lasso, se concede ou não a tutela pretendida.

Marinoni e Mitidiero (2010, p. 108), que não se mostraram adeptos ao termo plausibilidade, sugerem que o texto do referido artigo seja alterado, passando a constar: “o Juiz poderá prestar tutelas de urgência, sempre que houver elementos que evidenciem a verossimilhança do direito”.

Todavia, o Senador Valter Pereira, Relator Geral da Reforma do Código de Processo Civil no Senado Federal, defende o termo plausibilidade, argumentando que:

[...] a ideia do projeto é fazer com que a tutela de urgência seja concedida de forma mais ampla, sendo bastante para tanto a plausibilidade do direito alegado pela parte. O objetivo do projeto é justamente o contrário da emenda, já que ele pretende, de fato, tornar ligeiramente mais elásticas as hipóteses em que a tutela de urgência poderá ser concedida, de modo que a restrição proposta não se coaduna com o espírito do projeto. Registre-se, contudo, que essa elasticidade que se pretende conferir com o termo plausibilidade não é desmedida, e a disciplina do assunto no projeto, em seu conjunto, garante a necessária segurança jurídica que a matéria reclama. (BRASIL, 2010c).

¹⁸Art. 276. A tutela de urgência será concedida quando forem demonstrados elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como o risco de dano irreparável ou de difícil reparação. (BRASIL, 2010b).

Em relação à reversibilidade da medida, há também discordância por parte de Theodoro Junior (2010), o qual afirma que, questões como esta “não deveriam ser desprezadas quando se trata de antecipação de efeitos da futura sentença de mérito”.

Esta insurgência foi também alvo da Proposta de Emenda Número 33 no Senado Federal, cujo objetivo era introduzir no parágrafo único do artigo 277 do Anteprojeto proibindo a concessão de medidas de urgência ou evidência quando houver perigo de irreversibilidade.

O Senador Valter Pereira, em seu Relatório Geral, também refuta tal hipótese:

Rejeitamos a Emenda nº 33, considerando que o parágrafo único proposto contraria o espírito do *caput* do art. 277 do projeto, especificamente no que se refere à tutela satisfativa. Esse parágrafo único contém uma restrição das hipóteses de cabimento das tutelas de urgência e da evidência que, em última análise, pode acabar inviabilizando, por completo, a sua concessão, além de se verificar que a emenda pode representar uma quebra do sistema proposto. (BRASIL, 2010c).

Logo, embora a existência de críticas, vislumbra-se que a adoção de requisitos menos exigentes que aqueles essenciais ao deferimento da antecipação da tutela prevista no atual Código de Processo Civil, facilita a concessão das tutelas de urgência, privilegiando a parte que sofre com o risco de dano e possui razões plausíveis.

Noutro viés, evidencia-se também que o legislador ordinário preferiu submeter o deferimento do provimento de urgência cautelar e satisfativo aos mesmos pressupostos.

A propósito, Souza (2011) assevera que os termos verossimilhança das alegações, atualmente necessário para a antecipação da tutela, e *fumus boni iuris*, essencial para a tutela cautelar, terão o mesmo significado, qual seja plausibilidade do direito. Igualmente em relação ao perigo de dano irreparável e de difícil reparação, que englobará o *periculum in mora*. Aliás, não há mais a necessidade da existência de prova inequívoca, termo antes muito criticado pela doutrina, mas tão somente este dois requisitos, ou seja, unificaram-se os pressupostos. Isso ocorre porque a tutela de urgência não tem o objetivo de declarar o direito ou torná-lo certo, absoluto.

Trata-se, portanto, de uma inovação, já que enquadrrou ambas as tutelas, cautelar e antecipada (satisfativa), sob os mesmos requisitos, diferenciando-se do atual sistema adotado, em que tais institutos estão vinculados a pressupostos diversos, como salientado em tópico antecedente.

No entanto, salienta-se que parte da doutrina acredita que, embora o aludido anteprojeto não faça diferenciação quanto aos requisitos, haverá forte tendência doutrinária e jurisprudencial no sentido de recuperar esta distinção, aplicando-se ao caso concreto, conforme a necessidade e natureza do pedido.

Nesse sentido, Rezende (2010) referindo-se ao artigo 283 do Anteprojeto, que passa a figurar no artigo 276 em virtude das alterações introduzidas no relatório geral pelo Senador Valter Pereira, leciona que:

Assim, entende-se equivocada a compreensão de que existiria completa identidade entre tutela antecipada e tutela cautelar, confundindo-as em uma única espécie de prestação jurisdicional, como pode aparentar uma leitura descontextualizada do art. 283 do projeto do novo CPC. As diferenças desses dois provimentos foram objeto de salutar estudo por parte dos processualistas nacionais, não podendo ser categoricamente desconsideradas eis que, verdadeiramente, o discernimento é necessário para a consecução da tutela jurisdicional diferenciada.

Logo, não se pode perder de vista que as medidas conservativas voltam-se ao combate ao risco que diretamente incide sobre o processo como método para prestação jurisdicional e as medidas satisfativas, ao seu turno, destinam-se ao combate ao risco que imediatamente recai sobre o direito material. A diversidade do risco para cujo combate se destina cada medida de urgência irá determinar também os demais caracteres da espécie de provimento emergencial em voga.

Não divergem deste pensar Alves e Azevedo (2011):

Assim, ao que parece, os requisitos para a concessão das medidas urgentes persistem, mudando-se apenas a terminologia adotada, agora englobando tanto a verossimilhança das alegações, quanto à fumaça do bom direito, na expressão “plausibilidade do direito”, cabendo ao juiz distinguir, à luz do caso concreto, o grau de probabilidade para a concessão da tutela.

No entanto, majoritariamente, acredita-se que os institutos estarão vinculados aos mesmos requisitos, buscando flexibilizar a concessão da medida de urgência a fim de afastar o estado de insatisfação do direito quando da ocorrência de perigo de dano e as alegações forem plausíveis.

Sobre o assunto, oportunos os dizeres de Neves (2011), o qual obtempera que, embora os provimentos antecipatórios e cautelares agora estejam sujeitos aos mesmos requisitos, não significa que ambos tenham a mesma natureza jurídica. Não se muda natureza jurídica por lei. A tutela antecipada continua sendo uma medida satisfativa e provisória. Porém, o que pretende o legislador ao aproximar estas espécies de provimentos é facilitar a concessão da medida que carece de urgência. Não será mais necessário um esforço para saber se determinado pedido possuirá caráter cautelar ou satisfativo. Antes isso era necessário, já que, se tal pedido fosse cautelar, estaria sujeito a determinados requisitos, e se fosse satisfativo estaria atrelado a outros. Hoje isso não terá mais relevância, será uma mera questão de nomenclatura. A parte formulará seu pedido com base na situação fática e os efeitos práticos decorrentes.

Outrossim, não é mais o autor da demanda que elege a via a ser utilizada, cautelar ou antecipação de tutela, e sim a própria natureza da demanda que irá definir se é hipótese de cautelar ou antecipação. O Código privilegia a sistemática das tutelas de urgência, não dando margens para dúvidas objetivas das partes. (CATHARINA, 2011)

Neste viés, Bedaque (2011) salienta que:

No campo da tutela de urgência, a simplificação é visível. Em primeiro lugar, unificaram-se as duas espécies desse gênero. As medidas urgentes, independentemente do conteúdo conservativo ou satisfativo, estão reguladas por regras comuns, além de algumas específicas, destinadas a atender as peculiaridades de cada uma.

Admitindo esta unicidade de pressupostos, mas não concordando, Theodoro Junior (2010), referindo-se ao artigo 283, que, conforme salientado alhures, passa a se enquadrar no artigo 276 do Anteprojeto, percebe que:

O art. 283 arrola para a tutela cautelar (conservativa) e a tutela antecipatória (satisfativa) os mesmos requisitos, sem atentar para a diversidade de consequências práticas e jurídicas que advêm de uma medida neutra, como é a conservativa, e de uma medida de mérito, como é a de antecipação de tutela substancial. A experiência do atual Código, em seu art. 273, não deveria ter sido desprezada. As duas situações são substancialmente heterogêneas, de modo a não permitir tratamento processual homogêneo.

Desta feita, nota-se que a tutela antecipada e a tutela cautelar, como previstas no Código de Processo Civil de 1973, sofrerão curial alteração em relação aos seus pressupostos, porquanto estarão sujeitas a requisitos idênticos, cabendo ao magistrado, diante do caso concreto e dos embasamentos necessários, conceder a medida de urgência que melhor solucione o conflito de interesses, independentemente se o pedido formulado possui natureza acautelatória ou satisfativa. Trata-se, pois, de uma grande flexibilização entre estes dois institutos.

Há que se observar, ainda, que parágrafo único do artigo 276 do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil permite que, “na concessão liminar da tutela de urgência, o juiz poderá exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer, ressalvada a impossibilidade da parte economicamente hipossuficiente”¹⁹ (BRASIL, 2010b). É esta caução que será passível de substituição, consoante parágrafo único do artigo 270 já mencionado.

Referindo-se ao parágrafo único do artigo 283, alterado para o artigo 276, Rezende (2010) atenta que:

O projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro, seguindo a linha de disciplinar disposições gerais aplicáveis ao gênero medidas de urgência, também preconiza, no parágrafo único do art. 283, a possibilidade de contracautela. Todavia, acredita-se que a redação sugerida no projeto merece reparos ao denotar que o expediente da caução não se subsumiria a nenhum condicionante, sendo afastado apenas na hipótese de parte economicamente hipossuficiente. Ao contrário, a medida de contracautela se submete a parâmetros para sua determinação, cuja inobservância a impede, sob pena de até inviabilizar o direito fundamental à prestação jurisdicional

¹⁹Previsão semelhante ao previsto no artigo 804 do Código de Processo Civil em vigor: Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificção 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 (BRASIL, 2008a). Porém, o Anteprojeto trata o tema de forma mais isonômica, já que dispensa a parte hipossuficiente.

de urgência. Assim, a despeito de a determinação de contracautela poder ser estendida ao gênero das medidas de urgência, imperativo reconhecer que a exigência da caução não é incondicionada, ao revés, sujeita-se a requisitos objetivos para aferir sua necessidade no caso concreto, quais sejam: a probabilidade da tutela ressarcitória (que é inversamente proporcional ao juízo de probabilidade que ampara a medida de urgência concedida), bem como o perigo à efetividade do futuro provimento condenatório por perdas e danos. Ademais, constatados os requisitos para exigência de caução, a exceção prevista em caso de hipossuficiência econômica da parte deve ser encarada com a devida ponderação no caso concreto entre o direito do requerente à medida de urgência e o direito do requerido à eliminação do risco à efetividade da eventual tutela ressarcitória.

Assim, a necessidade de caução deverá ser fixada somente em casos excepcionais, não podendo ser encarada como regra geral, sob pena de inobservância dos princípios da efetiva prestação jurisdicional e razoável duração do processo. Melhor dizendo, primeiramente, há que se observar se a medida de urgência é apta a causar um dano e ensejar um futuro ressarcimento. Em sendo positivo, fixar-se-á caução, dispensando, todavia, a parte economicamente hipossuficiente.

O artigo 277 do Anteprojeto prevê que, “em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o juiz poderá conceder medidas de urgência de ofício”. (BRASIL, 2010b).

Sobre este tema, Marinoni e Mitidiero (2010, p. 108) esclarecem que: “[...] o Projeto admite, a título excepcional ou nos casos expressamente autorizados em lei, a prestação de tutelas de urgência de ofício. Trata-se de solução por nós já apontada mesmo diante do Código vigente”

Não se trata, pois, de uma novidade, mas sim da positivação de uma visão processual atrelada à Constituição Federal, já que atualmente, de maneira excepcional, é possível a antecipação de tutela de ofício, desde que em casos extremamente urgentes, como já exposto neste trabalho anteriormente.

É desta forma, portanto, que o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil trata as tutelas de urgência, uma das medidas diferenciadas previstas, em sua Seção II. Direciona-se, nesta etapa, à apuração da tutela da evidência.

4.2.4 Da tutela da evidência

A Seção III do Capítulo I do Título IX do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, em seu artigo 278 versa sobre a tutela da evidência.

O *caput* do referido dispositivo legal disciplina que, será concedida tutela de evidência, independentemente da demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação, nas seguintes hipóteses: I – ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido; II – um ou mais dos pedidos cumulados ou

parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva; III – a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; ou IV – a matéria for unicamente de direito e houver tese firmada em julgamento de recursos repetitivos, em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em súmula vinculante. (BRASIL, 2010b).

Preliminarmente, há que se pontuar que o termo “tutela da evidência” tem gerado certo desconforto por parte da doutrina, sobretudo Marinoni e Mitidiero (2010, p. 108) e Souza (2011), os quais acreditam ser imprecisa esta dicção, pois o objeto da prestação jurisdicional é o direito da parte e não a tutela diferenciada.

A Proposta de Emenda nº 32 do Senado Federal, de autoria do Senador Francisco Dornelles, procurou corrigir esta atecnia, sugerindo a alteração do termo “tutela da evidência” para a expressão “tutela de direito aparente”.

Todavia, tal empreitada não obteve sucesso:

Rejeitamos a Emenda nº 32, tendo em vista que a expressão adotada pelo projeto é adequada. A expressão “tutela da evidência” é consagrada pela doutrina como uma das espécies de tutela possíveis no processo civil, sendo apropriada para os casos em que o direito da parte revela-se evidente, tal como o direito líquido e certo. Dessa forma, não vemos razão para substituir uma expressão abalizada pela doutrina, até porque a expressão proposta não representa uma melhora significativa. (BRASIL, 2010c).

Portanto, prevalece a expressão tutela da evidência.

Noutro viés, da detida análise do artigo citado anteriormente, vislumbra-se que se trata de uma medida em que se concede o bem da vida, nas hipóteses expressamente descritas, dispensando-se a existência de perigo de dano.

Segundo Fux (2000, p. 01/02):

São situações em que se opera mais do que o *fumus boni juris*, mas a probabilidade de certeza do direito alegado, aliada à injustificada demora que o processo ordinário até a satisfação do interesse do demandante, com grave desprestígio para o Poder Judiciário, posto que injusta a espera determinada.

Não é outro o entendimento de Bedaque (2011):

Adotou-se ainda a denominada tutela da evidência, cuja finalidade é inverter os ônus da demora do processo, ainda que inexistente o perigo de dano. Prestigia-se de plano o direito altamente plausível, cabendo à parte contrária suportar os eventuais danos decorrentes do tempo necessário ao desenvolvimento do devido processo legal (ou constitucional).

Não se trata, pois, de uma completa inovação, já que o Código de Processo em vigor já versa sobre o tema, consoante artigo 273, §6º deste diploma legal. Na verdade, houve uma divisão mais clara do caso de tutela de evidência, que atualmente encontra-se prevista num dos parágrafos do artigo 273, dedicando um artigo, quatro incisos e um parágrafo, para tratar especificamente do tema.

Neste diapasão, Nogueira (2011) assim leciona:

Não há grandes novidades neste aspecto, pois, apesar de dividir em tutela de evidência, os casos de sua incidência continuaram as mesmas, como a doutrina já tratava. Ou seja, são hipóteses em que se concede o bem da vida sem a necessidade de reconhecimento da urgência, independe do prejuízo de dano.

Nas hipóteses de cabimento da tutela da evidência, retratadas nos incisos do artigo 278 do Anteprojeto, denota-se que existe tanto tutelas de cognição sumária, como aquelas previstas nos incisos I, III e IV, senão também de cognição exauriente, qual seja a do inciso II. (MARINONI; MITIDIERO, 2010).

Isso ocorre, porque nas hipóteses do inciso I, III e IV a solução será provisória, todavia, no inciso II, mormente pelo disposto em sua parte final, a solução será definitiva. Ratifica também esta opção a parte final do artigo 283²⁰ do Anteprojeto.

Conforme esclarece Neves (2011), este inciso II do artigo 278 encerra a discussão que existia na doutrina de que se a atual hipótese prevista no artigo 273, §6º do Código de Processo Civil de 1973, versaria sobre uma decisão definitiva ou provisória (como exposto anteriormente neste trabalho). Agora não haverá mais essa dúvida, trata-se de uma tutela definitiva, um julgamento antecipado parcial da lide. O recurso cabível será a apelação, o prazo da rescisória contará desta concessão, far-se-á coisa julgada material, além de não haver a necessidade de ser confirmada na sentença. Será, então, uma tutela de evidência definitiva.

A hipótese do inciso I remonta literalmente o caso de tutela antecipada punitiva, inserida no artigo 273, inciso II do atual Código de Processo Civil. Como já suficientemente explanado em momento anterior, cuida da circunstância em que o réu abusa do seu direito de defesa ou age com propósito claramente protelatório, inclusive em defesa inconsistente.

O inciso III, ao seu turno, estabelece a hipótese de concessão de tutela da evidência quando a inicial for instruída com uma prova tamanha, que sobre alegações do autor não pairam dúvidas. Porém, seu deferimento só pode se dar após a apresentação de defesa pelo réu, oportunidade em que se averiguará se o réu não desconstituiu as suposições do autor com uma prova inequívoca.

Nesse sentido, Marinoni e Mitidiero (2010, p. 109) destacam que:

Para que a hipótese do inciso III [...] tenha sentido dentro do sistema, ela só pode ser compreendida como hipótese de cognição sumária em que há prova inequívoca do direito do autor, mas ainda não suficiente para o julgamento de procedência sem indevida compreensão do direito de defesa do réu. Nessa perspectiva, aliás, o adjetivo irrefutável parece demasiado.

Dividindo o inciso em destaque em duas partes, Nogueira (2011) assim esclarece:

²⁰Art. 283. [...], exceto quando um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva. (BRASIL, 2010b).

São dois requisitos os previstos para a concessão da tutela de evidência, nas hipóteses do inciso III: “prova documental irrefutável do direito alegado” e “que o réu não oponha prova inequívoca”.

A prova documental irrefutável só pode ser compreendida com o mesmo rigor que se trata o chamado direito líquido e certo, requisito à concessão do mandado de segurança.

Realmente, a prova documental irrefutável tem que revelar o direito líquido e certo de quem a está a invocar. E, sabidamente, direito líquido e certo não é aquele que possui complexidade jurídica menor, mas sim aquele que está acobertado por prova documental pré-constituída. Em outras palavras, o autor consegue demonstrar o que alega por meio de prova documental, e sem necessidade de dilação probatória posterior.

E finaliza:

O requisito de que o réu não pode opor prova inequívoca àquela prova documental apresentada pelo autor torna a obtenção da tutela de evidência, em casos tais, mais difícil. O objetivo aí é o de vedar a concessão da tutela de evidência, caso o réu tenha prova clara e convincente que contrarie os fatos argüidos pelo autor. Neste contexto, pode-se dizer que o réu poderá apresentar esta prova inequívoca, por meio de documentos juntados à contestação. Ou seja, se o autor requerer a tutela de evidência depois da contestação em que o réu apresentar documentos com tamanha força probatória, deverá ser indeferida a medida pretendida [...].

A expressão “prova inequívoca” aqui usada tem o mesmo rigor que a doutrina empresta a ela, quando utilizada como requisito para a concessão da tutela antecipada (art. 273 CPC em vigor). Em outras palavras, se o autor apresenta robusta prova documental (“irrefutável”), mas o réu oferece elementos probatórios que neguem, peremptoriamente, o seu poder de convencimento, a tutela de evidência não poderá ser concedida. Ou, melhor dizendo, o réu terá que comprovar que, a rigor, será vitorioso ao final, razão pela qual ao juiz não convém conceder tutela de evidência ao autor. (ARAÚJO, 2011, p. 43)

Logo, conquanto a expressão prova irrefutável gere divergências, é possível evidenciar que, dentro do sistema proposto pelo Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, seu significado está atrelado à interpretação do magistrado diante do caso concreto, quando então, de posse dos fatos e provas expostos pelas partes, perceberá determinado direito mais evidente que outro, concedendo, nessa hipótese, a tutela da evidência.

Ao fim, dispõe o inciso IV que será possível o deferimento da tutela da evidência quando a matéria versada for unicamente de direito e houver tese firmada em julgamento de recursos repetitivos, em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em súmula vinculante.

Marinoni e Mitidiero (2010, p. 109), salientam que não se pode confundir esta hipótese com o caso de julgamento imediato do pedido, porque este tutela com base numa cognição exauriente e o inciso IV do artigo 278 com fulcro numa cognição sumária.

Ao final, dispõe o parágrafo único do artigo 278 do Anteprojeto que:

Independerá 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.

Como aponta Nogueira (2011), é oportuna esta previsão, uma vez que, consoante súmula vinculante do STF, não é viável mais a prisão civil do depositário infiel²¹. Se o afastamento desta medida (prisão) inibe a eficácia na busca do bem entregue em depósito, a previsão do projeto mitiga tal inibição, na medida em que, de forma expressa, prevê a viabilidade de imposição liminar, e sem a necessidade de comprovação de perigo de dano.

Desta feita, assim trata o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil da tutela da evidência, disponibilizando um instrumento apto a ensejar uma prestação jurisdicional diferenciada, mesmo nos casos em que ausente o perigo de dano.

Avaliadas as três Seções do Capítulo I que cuida das disposições gerais das tutelas de urgência e da evidência, passa-se, a seguir, à análise do desenvolvimento procedimental destes provimentos diferenciados, cuja matéria encontra-se regulada no Capítulo II do Título IX do Anteprojeto.

4.2.5 Do procedimento das medidas de urgência

O Anteprojeto do Novo Código dispõe de sete artigos para cuidar do procedimento dos provimentos de urgência. Nota-se, de plano, que o atual legislador buscou cuidar de forma mais detalhada das tutelas emergenciais, sobretudo em relação a tutela antecipada, que, no atual Código de Processo Civil, é regulada por apenas três artigos.

De início, cabe lembrar que o instituto da antecipação da tutela, no sistema processual em vigor, a despeito de particulares posições doutrinárias, pode se dar tão somente de forma incidental, no curso da chamada ação principal, conforme destacado em tópico anterior.

Todavia, adotando este entendimento diferenciado e remodelando a atual sistemática, o provável novo Código de Processo Civil procurou possibilitar a concessão das tutelas de urgência, incluindo, pois, a atual tutela antecipada, tanto em caráter antecedente, antes do pedido principal, quanto em caráter incidental, sendo que neste último caso serão aplicadas as mesmas disposições tangíveis à primeira hipótese, no que for possível.

Não é outra a interpretação que se pode dar aos artigos 279²², donde se extrai que a petição inicial da medida cautelar poderá ser requerida de forma antecedente, e 286²³, em que

²¹Súmula 25 STF – “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.” (BRASIL, 2009).

²²Art. 279. A petição inicial da medida de urgência requerida em caráter antecedente indicará a lide, seu fundamento e a exposição sumária do direito ameaçado e do receio de lesão. (BRASIL, 2010b).

²³Art. 286. As medidas de que trata este Capítulo podem ser requeridas incidentalmente no curso da causa principal, nos próprios autos, independentemente do pagamento de novas custas. Parágrafo único. Aplicam-se

se faculta a formulação do pedido incidentalmente, no curso da causa principal, nos mesmos autos, dispensando-se o pagamento de novas custas. Além disso, o parágrafo único do artigo 286 esclarece que aplicáveis aos casos de pedido incidental as mesmas regras dos pleitos antecedentes, no que couber.

Neste particular, importante atentar que, embora a expressão “medida cautelar” leve a interpretação de que somente a tutela de urgência, em sua espécie cautelar (artigo 269, §2º do Anteprojeto), poderá admitir o procedimento antecedente, deve-se considerar que ambas as formas de tutela, tanto cautelar quanto satisfativa, suportam o regramento disposto nesta Seção, sobretudo se se considerar que ela dispõe sobre o procedimento “das medidas de urgência requeridas em caráter antecedente”.

Com fulcro neste pensar, Peluso (2011, p. 69) sugeriu a alteração deste dispositivo, aconselhando a substituição do termo “medida cautelar” por “medida de urgência”.

Além disso, conquanto o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil deixe de cuidar especificamente sobre o procedimento destinado à tutela da evidência, vislumbra-se que serão aplicadas as mesmas disposições tangíveis às tutelas de urgência, no que for possível, sobretudo pelo disposto no artigo 272, que remete a possibilidade também da tutela da evidência em caráter antecedente.

Feitas estas ponderações, imperiosa a detida análise da concessão da medida em caráter antecedente, eis que, quando se der incidentalmente, aplicar-se-á as mesmas disposições daquela, no que for possível.

Determina o artigo 279 do possível novo Código de Processo Civil, que o pedido inicial indicará a lide, seu fundamento e a exposição sumária do direito ameaçado ou de difícil reparação, acaso o pedido for requerido antecedentemente²⁴.

Tal disposição se mostra indispensável num Código que busca escopo na Constituição Federal, porquanto viabiliza a concretização do contraditório e da ampla defesa. (ARAÚJO, 2011, p. 42).

Estando a exordial apta a veicular o requerimento autoral, dispõe o artigo 280²⁵ do Anteprojeto, que o requerido será citado para, no prazo de cinco dias, contestar o pedido e

às medidas concedidas incidentalmente as disposições relativas às requeridas em caráter antecedente, no que couber. (BRASIL, 2010b).

²⁴A exemplo do que versa o artigo 801 do atual Código de Processo Civil: Art. 801. O requerente pleiteará a medida cautelar em petição escrita, que indicará: I - a autoridade judiciária, a que for dirigida; II - o nome, o estado civil, a profissão e a residência do requerente e do requerido; III - a lide e seu fundamento; IV - a exposição sumária do direito ameaçado e o receio da lesão; V - as provas que serão produzidas. Parágrafo único. Não se exigirá o requisito do no III senão quando a medida cautelar for requerida em procedimento preparatório. (BRASIL, 2008a).

indicar as provas que pretende produzir, em cujo mandado conterà a advertência de que, não impugnada a decisão ou medida liminar eventualmente concedida, esta continuará a produzir seus efeitos, independentemente da formulação de pedido principal pelo autor (§1º do aludido artigo 280). O parágrafo segundo, também deste dispositivo legal, estabelece que o termo inicial para contagem do prazo de resposta para o réu será da juntada aos autos do mandado, ou de citação devidamente cumprido, hipótese prevista no inciso I, ou da intimação do requerido de haver-se efetivado a medida, quando concedida liminarmente ou após justificação prévia, circunstância prevista no inciso II.²⁶

Estas disposições decorrem também dos princípios constitucionais que norteiam o sistema processual pátrio, quais sejam do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Noutras palavras, este artigo, seguindo o rito previamente estabelecido em lei, disponibiliza que o réu se manifeste em relação ao pedido que contra si foi formulado, podendo se insurgir e impugnar tal pleito, oportunidade em que alegará sua versão dos fatos e indicará as provas que pretende produzir.

Como esclarecido anteriormente, o princípio do contraditório busca dar ciência à outra parte dos fatos que lhe foram imputados, sendo-lhe facultada sua impugnação. Em sintonia fina com estes dizeres, o Anteprojeto, em seu artigo 281²⁷, previu a hipótese em que o réu prefere não se insurgir contra o pedido formulado, momento em que será considerado aceito como verídico, cabendo ao juiz decidir em cinco dias.

Nesta hipótese (quando não existir impugnação do réu), em havendo concessão de medida liminar, após a efetivação desta, o juiz extinguirá o processo e conservará a eficácia da medida concedida, como determinada o §2º deste mesmo dispositivo.

²⁵Art. 280. O requerido será citado para, no prazo de cinco dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir. § 1º Do mandado de citação constará a advertência de que, não impugnada decisão ou medida liminar eventualmente concedida, esta continuará a produzir efeitos independentemente da formulação de um pedido principal pelo autor. § 2º Conta-se o prazo a partir da juntada aos autos do mandado: I - de citação devidamente cumprido; II - de intimação do requerido de haver-se efetivado a medida, quando concedida liminarmente ou após justificação prévia. (BRASIL, 2010b).

²⁶De maneira semelhante, sobre a tutela cautelar, trata o artigo 802 do Código de Processo Civil em vigência: Art. 802. O requerido será citado, qualquer que seja o procedimento cautelar, para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido, indicando as provas que pretende produzir. Parágrafo único. Conta-se o prazo, da juntada aos autos do mandado: I - de citação devidamente cumprido; II - da execução da medida cautelar, quando concedida liminarmente ou após justificação prévia. (BRASIL, 2008a).

²⁷Art. 281. Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo requerente presumir-se-ão aceitos pelo requerido como verdadeiros, caso em que o juiz decidirá dentro de cinco dias. § 1º Contestada a medida no prazo legal, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, caso haja prova a ser nela produzida. § 2º Concedida a medida em caráter liminar e não havendo impugnação, após sua efetivação integral, o juiz extinguirá o processo, conservando a sua eficácia. (BRASIL, 2010b).

E é neste particular que reside uma das grandes inovações do provável novo Código de Processo Civil, pois será permitido ao julgador estabilizar os efeitos da tutela concedida, sendo prescindível confirmação desta por ulterior decisão de mérito.

Neste sentido, Bauermann (2010, p.33) obtempera que:

Quando falamos em estabilização da tutela antecipada nos referimos à possibilidade de o sistema processual permitir conserve a medida antecipada sua eficácia independentemente de confirmação por decisão posterior de mérito, resolvendo de forma definitiva²⁸ a lide submetida à análise jurisdicional. O processo principal apenas será proposto se as partes tiverem interesse na obtenção de decisão definitiva sobre o direito controvertido, após cognição exauriente.

E justifica:

Tal opção teria por justificativa afastar o ônus da parte que obteve o acerto do seu direito pelo Judiciário de interpor outro processo no qual não possui interesse, com o objetivo único de manter a eficácia da decisão concedida de forma antecipada. Além disso, tem potencial para diminuir o número de processos e o tempo para julgamento das questões submetidas à apreciação judicial [...]. (BAUERMANN, 2010, p. 45).

Não é outra a finalidade encontrada por Grinover (2005, p. 36):

[...] o que se pretende, por razões eminentemente pragmáticas – mas não destituídas de embasamento teórico – é deixar que as próprias partes decidam sobre a conveniência, ou não, da instauração ou do prosseguimento da demanda e sua definição em termos tradicionais, com atividades instrutórias das partes e cognição plena e exauriente do juiz, com a correspondente sentença de mérito.

Trata-se, portanto, nos dizeres de Marinoni e Mitidiero (2010, p. 111), uma “tentativa de sumarizar formal e materialmente o processo, privilegiando-se a cognição sumária como meio para prestação da tutela dos direitos.”

Desta feita, percebe-se que a opção do legislador em disponibilizar aos jurisdicionados a possibilidade de se manter os efeitos da medida de urgência concedida liminarmente, quando da ausência de impugnação da parte contrária, proporciona a efetiva aplicação do princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal), com a observância do devido processo legal (art. 5º, LIV também da Constituição), porquanto resolve imediatamente a lide, desestimula a propositura de processos inertes e possibilita a obtenção de cognição plena sobre o objeto do processo, em assim desejando as partes²⁹. (BAUERMANN, 2010, p. 36).

Estabilizados os efeitos da tutela concedida, será facultada as partes a propositura de uma nova ação, a fim de discutir, por meio de cognição exauriente, o mérito da lide, nos

²⁸ Neste aspecto, melhor seria a utilização do termo “provisório”, já que a solução será definitiva apenas quando houver posterior confirmação por decisão de mérito na eventual ação em que se discuta o direito versado, caso queiram as partes.

²⁹ A fim de melhor ilustrar esta hipótese, Grinover (2011) esclarece que: “[...] Se as partes concordam com a antecipação, não há porque o processo principal se iniciar ou prosseguir. Imagine-se o caso de uma transfusão de sangue autorizada pelo juiz: depois de sua realização, não resta mais nada a discutir. Imagine-se uma sustação de protesto: é possível que nenhuma das partes tenha interesse na decisão sobre a validade do título de crédito: para que ajuizar ou prosseguir no processo principal?”

termos do §4º do artigo 282³⁰ do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Durante este lapso temporal, a eficácia dos efeitos perdurará até que seja concedida decisão de mérito na referida ação, a qual poderá ser proposta por quaisquer das partes. (§2º do artigo 283³¹ e § 2º do artigo 284³², ambos do Anteprojeto).

Importante salientar que a decisão que conserva os efeitos do provimento emergencial e extingue a ação não constituirá coisa julgada. É o que estabelece a parte inicial do §2º do artigo 284 do Projeto.

Cuida-se, diz Araújo (2011, p. 44), “do entendimento sufragado há muito pela doutrina, pela lei e pela jurisprudência quanto à provisoriedade e à revogabilidade da tutela de urgência, assim como a ausência de formação de coisa julgada material nos provimentos de urgência e no processo cautelar.”

Ainda, para Bauermann (2010, p. 44),

[...] melhor nos parece a opção de não revestir essa decisão com a força de coisa julgada, visto que viabilizando a interposição de processos principais no prazo de prescrição do direito material, ao invés de determinar prazo exíguo para tanto, pode incentivar a utilização do instituto pelo Poder Judiciário, que não deixaria de conceder medidas antecipatórias pelo receio de que as mesmas tendessem a ser acobertadas pelo manto da coisa julgada, bem como evitar que a parte contra quem a medida foi deferida, por receio de após algum tempo verificar que a opção por não interpor processo principal não foi bem refletida, propor o mesmo dentro do prazo previsto pela legislação para tanto simplesmente para afastar o perigo de não poder discutir aquela questão perante o Poder Judiciário posteriormente.

Assim, resta claro que a pretensão do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil é oportunizar às partes a imediata resolução da contenda, já que, no caso de concessão liminar da tutela de urgência e ante a ausência de impugnação do réu, poderá o magistrado extinguir a ação, mantendo, contudo, a eficácia dos efeitos desta medida. Porém, o legislador não encoberta tal decisão sob o manto da coisa julgada, a qual só será obtida numa posterior ação, que será de legitimidade de qualquer das partes, tanto autor quanto réu, em que se discutirá o mérito da lide e, ao final, revogará a medida ou lhe atribuirá efeito definitivo.

Por outro lado, o Anteprojeto previu também a hipótese em que, formulado o pedido de tutela de urgência em caráter antecedente, prefere o réu se manifestar, impugnando-o. Nesta circunstância, diz o §1º do artigo 281, que “contestada a medida no prazo legal

³⁰Art. 282. [...] § 4º Na hipótese prevista no § 3º, qualquer das partes poderá propor ação com o intuito de discutir o direito que tenha sido acautelado ou cujos efeitos tenham sido antecipados. (BRASIL, 2010b).

³¹Art. 283 [...] § 2º Nas hipóteses previstas no art. 282, §§ 2º e 3º, as medidas de urgência conservarão seus efeitos enquanto não revogadas por decisão de mérito proferida em ação ajuizada por qualquer das partes. (BRASIL, 2010b).

³²Art. 284 [...] §2º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revogar, proferida em ação ajuizada por uma das partes. (BRASIL, 2010b).

[cinco dias], o juiz designará audiência de instrução e julgamento, caso haja prova a ser nela produzida.³³ (BRASIL, 2010b).

Ademais, prevê o artigo 282³⁴ do possível novo Código de Processo Civil que, em sendo impugnada a medida de urgência, deverá o autor, no prazo de trinta dias ou em outro fixado pelo magistrado, formular o pedido principal da demanda. Aliás, este pedido principal será feito independentemente do pagamento de novas custas processuais (§1º do aludido dispositivo). Isso ocorre porque, inicialmente, o requerente havia feito tão somente um esboço sumário de sua pretensão apto a fundamentar o pleito emergencial.

Salienta-se que o legislador cuidou de utilizar o termo pedido principal, e não demanda principal, como menciona o artigo 806 do atual Código de Processo Civil³⁵, pois não será necessária a propositura de uma nova ação, apenas o seu incremento. (SOUZA, 2011).

Este dispositivo, na lição de Araújo (2011, p. 43)

[...] confere ao juiz grande poder discricionário, ao permitir que ele fixe o prazo em que deverá ser ajuizada ação principal³⁶. Cuida-se de medida que propicia melhor condução do procedimento, em vista do direito material discutido em juízo. Além disso, merece encômios o quanto disposto no §1º, pois, ao dispensar a parte do pagamento de novas custas processuais [...] favorece o acesso ao Poder Judiciário.

Em decorrência disso, como o pedido principal será formulado nos mesmos autos em que se formulou o pedido de urgência, onde já houve a regular citação do réu, nos termos do artigo 280 do Anteprojeto, deverá este ser apenas intimado por seu procurador, caso haja a devida representação processual, ou pessoalmente, sem a necessidade de novo ato citatório, como estipula o §2º do artigo 282³⁷.

Por certo que o autor será dispensado de apresentar o pedido principal quando não houver a impugnação da liminar pelo réu, à luz do §3º também do artigo 282, porque nesta hipótese haverá a estabilização dos efeitos da tutela, nos moldes anteriormente colocados.

³³ Igualmente versa o parágrafo único do artigo 803 do Código de Processo Civil de 1973: Art. 803 [...] Parágrafo único. Se o requerido contestar no prazo legal, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, havendo prova a ser nela produzida. (BRASIL, 2008, b).

³⁴ Art. 282. Impugnada a medida liminar, o pedido principal deverá ser apresentado pelo requerente no prazo de trinta dias ou em outro prazo que o juiz fixar. § 1º O pedido principal será apresentado nos mesmos autos em que tiver sido veiculado o requerimento da medida de urgência, não dependendo do pagamento de novas custas processuais quanto ao objeto da medida requerida em caráter antecedente. § 2º A parte será intimada para se manifestar sobre o pedido principal, por seu advogado ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação. § 3º A apresentação do pedido principal será desnecessária se o réu, citado, não impugnar a liminar. [...] (BRASIL, 2010b).

³⁵ Art. 806. Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório. (BRASIL, 2008a).

³⁶ Na sistemática proposta pelo Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, o termo correto a ser utilizado seria “pedido principal”, já que não haverá nova ação a ser proposta, como ensina Souza (2011).

³⁷ Alteração semelhante se deu no âmbito do procedimento previsto para o cumprimento de sentença, com o advento da Lei 11.232 de 2005 que, entre outros, introduziu o §1º do art. 475-J com a seguinte redação: § 1º Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias. (BRASIL, 2008a).

Nesta esteira, seguindo o processo com impugnação da liminar pelo requerido e respectiva apresentação do pedido principal pelo autor, a demanda continuará seu curso. Durante o prosseguimento do feito, neste caso, reza o artigo 283³⁸ do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, que a medida de urgência conservará sua eficácia, podendo, porém, a qualquer tempo, por decisão fundamentada, ser revogada ou modificada, salvo no caso previsto no artigo 278, inciso II, quando a solução será definitiva. De igual maneira acontecerá durante o tempo em que a demanda, eventualmente, for suspensa, salvo se houver decisão judicial em sentido contrário (§1º do artigo 283 do Anteprojeto).

Ora, não seria prudente que o juiz, diante de um caso concreto em que se necessita a imediata prestação da tutela jurisdicional, seja para acautelar o resultado útil ou satisfazer o bem da vida, verifique a presença dos requisitos e conceda a tutela de urgência e, mesmo que impugnada a medida, julgue necessário manter os seus efeitos, mas que, por determinação legal, tivesse que cessar a eficácia da medida após a formulação do pedido principal.

Logo, a exemplo do que dispõe sobre a tutela cautelar o artigo 807³⁹ do Código de Processo Civil de 1973, mostra-se acertada a manutenção dos efeitos também durante o curso da demanda, inclusive na hipótese de suspensão do feito, exceto se as peculiaridades do caso demonstrem o contrário, oportunidade em que o juiz se manifestará por decisão.

Por sua vez, o artigo 284⁴⁰ do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, cujo texto, dedicado ao provimento acautelatório, se assemelha ao artigo 808⁴¹ do atual Código de Processo Civil, elenca um rol de hipóteses em que a medida concedida em caráter antecedente perderá sua eficácia, quais sejam: I - tendo o requerido impugnado a medida liminar, o requerente não deduzir o pedido principal no prazo do *caput* do art. 282; II - não for efetivada dentro de um mês; III - o juiz julgar improcedente o pedido apresentado pelo

³⁸ Art. 283. 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 um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva. § 1º Salvo decisão judicial em contrário, a medida de urgência conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo. [...] (BRASIL, 2010b).

³⁹ Art. 807. 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. Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a medida cautelar conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo. (BRASIL, 2008a)

⁴⁰ Art. 284. Cessa a eficácia da medida concedida em caráter antecedente, se: [...] (BRASIL, 2010b)

⁴¹ Art. 808. Cessa a eficácia da medida cautelar: I - se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no art. 806; II - se não for executada dentro de 30 (trinta) dias; III - se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento do mérito. Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a medida, é defeso à parte repetir o pedido, salvo por novo fundamento (BRASIL, 2008a).

requerente ou extinguir o processo em que esse pedido tenha sido veiculado sem resolução de mérito.⁴² (BRASIL, 2010b).

Além disso, o §1º do citado artigo 284, estabelece que, “Se por qualquer motivo cessar a eficácia da medida, é vedado à parte repetir o pedido, salvo sob novo fundamento.” (BRASIL, 2010b).

E ainda, o §3º diz que “qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida para instruir a petição inicial da ação referida no *caput*”. (BRASIL, 2010b).

Parece adequado este regramento, já que, se o legislador, nos termos anteriormente expostos, permitiu que quaisquer das partes pudessem requerer ou a revogação da medida liminarmente concedida, ou a sua confirmação definitiva, oportuno que possibilite também que qualquer delas possa desarquivar os autos em que foi concedida esta tutela.

Ao final da Seção I do Capítulo II do Título IX, determina o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, em seu artigo 285 que: “o indeferimento da medida não obsta a que a parte deduza o pedido principal, nem influi no julgamento deste, salvo se o motivo do indeferimento for a declaração de decadência ou de prescrição.” (BRASIL, 2010b).

Ora, assim como estipula o artigo 810⁴³ do Código de Processo Civil em vigor, se a parte não logrou êxito em convencer o magistrado por meio de uma cognição sumária, não pode o Anteprojeto deixar de oportunizar à parte que utilize da cognição exauriente para tanto, salvo se o pedido foi indeferido porque, ou a ação apta a veicular o pedido prescreveu ou se o direito alegado tenha decaído.

Desta feita, evidencia-se que o legislador ordinário inovou em relação ao processamento do provimento antecipatório, porquanto no atual Código de Processo Civil não se permite, de regra, a sua concessão em caráter antecedente, tampouco a estabilização dos seus efeitos em caso de não haver impugnação pela parte requerida. Além disso, não versa

⁴² Neste sentido, vale salientar que, na circunstância prevista no inciso I, cuida-se do momento em que o juiz concede a liminar e fixa o prazo de 30 dias, ou outro que julgar conveniente, para que o autor formule o pedido principal. Porém, por razões variadas, prefere o autor não observar este prazo, oportunidade em que deverão cessar os efeitos da medida. Outro caso, previsto no inciso II do artigo em análise, é quando, mesmo concedida a medida liminarmente, deixa o autor de efetivar, de utilizar, de gozar dos efeitos da tutela deferida. Logo, se não usufruir num prazo de um mês, a medida não produzirá mais efeitos. Por fim, no inciso III do referido dispositivo, versa da hipótese em que, embora concedida a medida num juízo sumário, após uma apuração mais profunda do feito, o juiz julga improcedente o pedido principal ou extingue o feito sem análise de mérito. Mostra-se conveniente esta proposta, uma vez que não haveria razões para a medida continuar produzindo efeitos, quando a razão principal de sua lide não merecer prosperar, ou, ainda, que o feito não agrupa condições necessárias para seu regular prosseguimento.

⁴³ Art. 810. O indeferimento da medida não obsta a que a parte intente a ação, nem influi no julgamento desta, salvo se o juiz, no procedimento cautelar, acolher a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor. (BRASIL, 2008a).

sobre a possibilidade de, nos casos de estabilização, extinguir-se o feito, facultando às partes a propositura de posterior ação para se discutir o mérito da lide.

É desta forma, portanto, que o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil cuida do procedimento das tutelas de urgência e da evidência.

Diante do que foi exposto neste Capítulo, vislumbra-se que as alterações introduzidas pelo legislador infraconstitucional trataram da tutela antecipatória com um maior cuidado, flexibilizando sua imediata aplicação, ganhando pouca relevância para efeitos procedimentais ou em termos de pressupostos, se a medida postulada é cautelar ou satisfativa.

Nos dizeres de Fux (2010b), diante do pedido de urgência, cautelar ou satisfativa, o juiz terá que prestar a Justiça, então não pode deixar que a justiça se frustrate. Ele tem de dar uma solução que permita evitar que quando ele for decidir não haja mais possibilidade de obter-se um resultado útil.

Sintetizando as alterações relativas ao instituto da tutela antecipada, sem deixar de compará-la ao provimento cautelar, Bedaque (2011) afirma que, com o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil,

[...] do ponto de vista procedimental, não há diferença entre elas. Também os requisitos necessários à concessão de cada uma são os mesmos. Além disso, eliminaram-se as cautelares nominadas. Verificados o risco de dano e a verossimilhança do direito, compete ao juiz adotar a medida mais adequada à preservação da efetividade da tutela final e do provável direito da parte. Previu-se também a possibilidade de estabilização da tutela antecipada obtida antes da propositura da demanda principal. Se as partes se conformarem com a tutela de urgência, dispensa-se a definitiva e aquela adquire estabilidade, mas não imutabilidade. A coisa julgada é reservada, em regra, às tutelas precedidas de cognição exauriente.

Portanto, estas novidades incrustadas no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil possuem o nítido propósito de oportunizar uma prestação jurisdicional mais simplificada e célere, com a observância dos princípios do contraditório, da ampla defesa, do acesso à justiça, da razoável duração do processo, do devido processo legal.

Compartilha deste pensar, Medina (2010):

Em suma, a Comissão concluiu nas diversas proposições por dotar o processo e, *a fortiori*, o Poder Judiciário, de instrumentos capazes, não de enfrentar centenas de milhares de processos, mas antes, de desestimular a ocorrência desse volume de demandas, com o que, a um só tempo, salvo melhor juízo, sem violação de qualquer comando constitucional, visou tornar efetivamente alcançável a duração razoável dos processos, promessa constitucional e ideário de todas as declarações fundamentais dos direitos do homem, de todas as épocas e continentes, e, ainda, propiciar maior qualificação da resposta judicial, realizando o que Hans Kelsen expressou ser o mais formoso sonho da humanidade; o sonho de justiça.

Outro também não é o entendimento de Alves e Azevedo (2011):

[...] verifica-se que o Projeto favorece os princípios da celeridade processual e da duração razoável do processo, eis que simplifica o procedimento anteriormente adotado, prevendo a possibilidade de conversão do pedido principal nos autos da

cautelar preparatória⁴⁴, bem como a ultratividade dos efeitos da medida de urgência concedida antes do pedido principal, modificações que denotam coerência com as propostas formuladas na exposição de motivos do referido Projeto.

Por outro lado, não se demonstraram sérias as alterações realizadas em relação à natureza jurídica da tutela antecipada. O que se fez, na realidade, foi uma nova diferenciação doutrinária em relação a esse instituto, enquadrando-a, com o advento desse novo ordenamento jurídico, em tutela de urgência e tutela da evidência, sistematizando adequadamente, assim, as inovações já existentes.

Nesta alheta, nas necessárias palavras de Alvim (ESCRITÓRIO..., 2011):

A tutela de urgência e da evidência estão, sem dúvida alguma, entre os desafios contemporâneos atinentes à simplificação do processo e à efetividade. E, como se disse, a simplificação dessa modalidade de tutela – voltada para a necessidade de conferir soluções mais céleres e adequadas ao direito material versado no litígio – teve início nas sucessivas reformas a que se submeteu o sistema atual, desde 1994, com a instituição da tutela antecipada, até os dias atuais, com a previsão de fungibilidade entre medidas cautelares e antecipatórias e da tutela antecipada da parte incontroversa.

Na realidade, relativamente às tutelas de urgência e de evidência, o que o Projeto de Novo Código de Processo Civil fez foi aprimorar as inovações inseridas no Código de Processo Civil vigente, e sistematizá-las de maneira mais abrangente e correta, seguindo antiga sugestão do Presidente da Comissão responsável por sua elaboração, o Min. Luiz Fux, feita em tese de concurso.

E acrescenta:

O Projeto de Novo Código de Processo Civil não se pretende revolucionário – no sentido de negar a sistemática vigente – mas se propõe, ao contrário, a utilizar de maneira adequada e ordenada do que nela se revele útil aos desígnios contemporâneos do processo civil. (ESCRITÓRIO..., 2011).

Assim sendo, evidencia-se que o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, em harmonia com os ditames da Constituição Federal, tratou, não só da tutela antecipada, mas como também das medidas de agilização da justiça, de uma forma mais simples e flexível, numa sistematização coerente e lúcida destes institutos.

E isso se dá em decorrência da aplicação do princípio do acesso à justiça, já que flexibiliza sua aplicação pelos operadores do direito, bem com a sua compreensão por parte dos tutelados jurisdicionalmente, avizinhandos-os, pois, de instrumentos eficazes, justos e céleres de pacificação social.

Por derradeiro, há que se salientar que durante o trâmite do Projeto de Lei 8.046 de 2010, que versa sobre a reforma do atual Código de Processo Civil, na Câmara dos Deputados foi emitido, no dia 09 de maio de 2012, o Relatório Parcial de autoria do Deputado Federal Efraim Filho, o qual ficou responsável pela análise do Livro I, em cujo bojo se

⁴⁴Parece correta a utilização do termo “medida de urgência preparatória”, já que o Anteprojeto admite tanto a tutela de urgência cautelar, quanto satisfativa, em caráter antecedente.

encontra o Título IX (Tutela de Urgência e Tutela da Evidência), do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.

Em seu parecer, o referido Deputado Federal sugeriu a alteração da sistemática que se expôs durante este trabalho. Além de criticar os termos utilizados originalmente no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, indicando a adoção de expressões como “tutela antecipada cautelar”, a pretexto de que tal instituto, a tutela antecipada, está consolidado na justiça brasileira, não podendo ser desconsiderada para a elaboração de um novo código processual; também deixa de considerar a estabilização dos efeitos da tutela de urgência concedida quando não houver impugnação por parte do requerido. (FILHO, 2012).

Portanto, importante destacar que tais sugestões não foram consideradas para a elaboração deste estudo monográfico, primeiro, porque estão sujeitas a aprovação pelo Plenário da Câmara dos Deputados e, em caso positivo, por votação no Senado Federal; segundo, porque rompem com toda a sistemática proposta pela Comissão de Juristas nomeada pelo Senado Federal; terceiro, porque tratam os institutos da tutela antecipada e tutela cautelar de uma forma pouco técnica, o que, com base em todo o estudo que foi realizado e autores em cuja sustentação teórica se fundou, acarretará, possivelmente, na sua refutação pelo Congresso Nacional.

5 CONCLUSÃO

Ao mesmo tempo em que as trocas de informações e os desenvolvimentos tecnológicos evoluem numa escala progressiva, o que intensifica o aumento no número de litígios, ao que tudo parece, mostra-se inversamente proporcional a capacidade do Estado em, diante do monopólio da jurisdição, pacificar as lides que se apresentam.

Diante deste cenário, a insatisfação da sociedade mostra-se cada vez maior, donde se extrai a necessidade de alterações que sejam aptas a dotarem o Poder Judiciário de celeridade, eficácia e simplicidade na prestação da tutela jurisdicional.

Com este escopo, de recuperar a crença dos cidadãos, que o legislador pátrio importou, em meados de 1994, o instituto da tutela antecipada para o Código de Processo Civil de 1973.

Contudo, mesmo com a adoção deste método, além de outras alterações instituídas, continua presente nos processos judiciais a letargia de outrora. A prática forense brasileira mostra que a lentidão da marcha processual é uma realidade ainda mais acentuada nos tempos atuais.

Esta demora da entrega do bem da vida ao jurisdicionado está relacionado não apenas a um processo arcaico, mas como também a todo um exagerado formalismo processual, mau planejamento logístico, agentes pouco motivados e uma ineficaz estruturação organizacional.

Procurando solucionar parte deste nó górdio, foi designada uma Comissão de Juristas para a elaboração de um novo Código de Processo Civil, o qual procurará garantir e propiciar uma pacificação social mais ágil e célere e, por consequência, diminuir os efeitos do tempo na eliminação dos conflitos.

Nesta esteira, o presente trabalho monográfico se propôs a analisar o cuidado dispensado à antecipação da tutela pelo atual Código de Processo Civil, bem como averiguar as alterações ou confirmações tangíveis a este instituto no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei n. 8.046 de 2010).

Em síntese, após o término deste estudo, as conclusões a que se chegam são:

a) o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil buscará propiciar um processo em sintonia fina com a Constituição Federal, o que se permite pontuar que os princípios constitucionais atinentes à tutela antecipada atualmente, como prevista no Código Civil de 1973, serão os mesmos tangíveis às tutelas da urgência e da evidência;

b) assim como a tutela antecipada, resguardada suas peculiaridades, as medidas de urgência e da evidência do provável novo Código de Processo Civil, também buscarão, sem prejudicar o regular andamento do processo, prestar célere solução à insatisfação do direito (princípio do devido processo legal); visarão propiciar meios eficazes, adequados e tempestivos para prestação jurisdicional (princípio do acesso à justiça); objetivarão reestabelecer, imediatamente, a paz social, como meio de agilização processual (princípio da instrumentalidade do processo); procurarão combater a letargia processual, propiciando a prestação jurisdicional num prazo adequado (princípio da razoável duração do processo); têm em vista permitir o alcance de um resultado útil (princípio da efetividade do processo); mirarão resgatar a crença dos jurisdicionados na resolução de lides pelo Estado-Juiz, distribuindo o ônus do tempo de maneira adequada (princípio da segurança jurídica); almejando tudo isso, sem, contudo, importar em óbice para a posterior efetivação dos princípios do contraditório e da ampla defesa;

c) o provimento antecipatório, neste novo panorama que se pretende instituir, embora deixe de assim ser denominado, seu intuito restará presente, tanto na tutela de urgência satisfativa quanto na tutela da evidência, fato este que permite observar que a sua natureza jurídica continuará vigente;

d) as medidas de urgência satisfativa e da evidência serão, portanto, o que se observa agora de maneira mais clara, quanto à perspectiva do dano, tanto uma tutela de urgência, punitiva ou de evidência. Quanto ao momento, serão liminares, por meio de decisão interlocutória, sendo a liberdade judicial ou discricionária ou vinculada, mas sempre fundamentada, como no atual cenário. Serão medidas satisfativas, com eficácia mandamental-executiva, formada à base de uma cognição igualmente sumária.

e) todavia algumas alterações se efetuarão, sem, contudo, alterar profundamente sua natureza jurídica. Assim, ao invés de ser, em regra, incidental, poderão ser ou incidental ou antecedentemente; sua cognição não será fundada num juízo de verossimilhança, mas de plausibilidade. Seus efeitos serão provisórios, mas poderão ser estabilizados, momento em que terão sua eficácia perdurando por tempo indeterminado.

f) em relação aos requisitos da atual tutela antecipada, percebe-se que o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil procurará facilitar o cabimento das tutelas de urgência satisfativa. Ora, a verossimilhança comprovada por meio de prova inequívoca necessárias para a antecipação serão satisfeitos com a mera plausibilidade das alegações. O requerimento da parte, que é, numa visão estritamente processualista, imprescindível, passará a ser dispensável, já que poderá o juiz, em casos excepcionais, conceder as medidas também

de ofício, assim como também a reversibilidade da medida. Manter-se-á, contudo, os pressupostos do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, para concessão da tutela de urgência, identidade dos pedidos, quando do caso de tutela de urgência satisfativa. Para a tutela da evidência, quando dispensável a caracterização do *periculum in mora*, continuará sendo necessário o abuso de direito de defesa ou manifesto caráter protelatório e ausência de controvérsia.

E, em assim sendo, infere-se que as tutelas de urgência e da evidência servirão, no provável Novo Código de Processo Civil, ao mesmo escopo a que se destina a tutela antecipada hoje, qual seja, combater a letargia processual como remédios para agilização da Justiça.

Ressalta-se, por derradeiro, que o presente trabalho não tem a pretensão de apontar se, com as alterações promovidas pelo Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, a prestação jurisdicional se tornará mais ou menos célere. Isso, só o tempo dirá.

Todavia, as alterações promovidas cuidam das tutelas diferenciadas de uma maneira mais sistematizada, tornando sua aplicação mais flexível e mais acessível aos jurisdicionados. Ora, se tais modificações procuram facilitar a aplicação destes institutos, por certo o faz sob os ditames do princípio do acesso à justiça, porquanto propicia, tanto aos cidadãos, quanto aos operadores do direito, uma interpretação mais coerente e clara, buscando aproximá-los, portanto, de meios adequados para uma prestação jurisdicional mais justa, tempestiva e útil.

Por outro lado, o que se pode salientar é que o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, mesmo com esse objetivo precípuo de acelerar a marcha processual, não será o único responsável pelo combate à morosidade, pois, além da otimização dos instrumentos processuais tendentes a tornar a tutela dos direitos mais célere e efetiva, outras medidas são também fundamentais, como, por exemplo, a organização judiciária adequada para o volume de serviços judiciários, o aprofundamento das pesquisas sobre as causas da litigiosidade e o incentivo às formas alternativas de solução dos conflitos de interesses, judicial ou extrajudicial. (VAZ, 2002, p.46).

Os Tribunais e Fóruns estão abarrotados de processos. Os Juízes não conseguem superar a enormidade de demandas a serem julgadas. A deficiência estrutural da Justiça Brasileira e a falta de modernização prejudicam sobremaneira a prestação jurisdicional. Como ficará este cenário, então, com a provável edição de um Novo Código de Processo Civil? Por ora, não há como responder a esta pergunta, porém já é possível vislumbrar uma luz ao fim do túnel.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Jansen Fialho de. O novo CPC - uma lei popular. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, DF, v. 19, n. 321, Jun. 2010.

ALVES, Gabriela Pellegrina; AZEVEDO, Júlio Camargo de. **As tutelas de urgência como meio de realização do princípio do acesso universal à justiça**. 2011. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/54-v2-n-1-janeiro-de-2012/162-as-tutelas-de-urgencias-como-meio-de-realizacao-do-principio-do-acesso-universal-a-justica>>. Acesso em 13 maio 2012.

ALVIM, Arruda. Tutela antecipatória (algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas). In: ALVIM, Arruda et al. **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tutela antecipada**. 5. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2009.

ARAÚJO, Alexandre Mota Brandão de. A tutela de urgência e o novo código de processo civil. **Revista Jurídica – Doutrina Civil**. Fev. 2011. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20120119183207.pdf>. Acesso em 16 jun. 2012.

ARENHART, Sérgio Cruz. A antecipação de tutela e as alterações da Lei 10.444/2002. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

BAHIA. Tribunal de Justiça da Bahia. **Agravo de instrumento n. 0006619-19.2009.805.0000 – 0 (24507-5/2009), de Salvador**, Relatora: Des^a Maria do Socorro Barreto Santiago. Data decisão: 12 jan. 2010. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev2/files/JUS2/TJBA/IT/AI_661912009_BA_1266645137224.pdf>. Acesso em 15 abr. 2012.

_____. Tribunal de Justiça da Bahia. **Agravo interno n. 0009055-14.2010.805.0000-1 no Mandado de Segurança n.0009055-14.2010.805.0000-0**, Relator Des^o José Cícero Landin Neto. Data da decisão: 17 set. 2010. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev5/files/JUS2/TJBA/IT/AGV_905512010_BA_1306534305311.pdf> Acesso em 15 abr. 2012.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de processo civil**. 2 ed., rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 2.

BAUERMAN, Desirê. Estabilização da tutela antecipada. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Patr). **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Volume VI. Periódico da Pós- Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_6a_edicao.pdf>. Acesso em 16 maio 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Novo CPC: expectativa favorável**. 2011. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=7877>>. Acesso em 13 maio 2012.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. **Código de defesa do consumidor**. In: VADE Mecum. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008c.

_____. **Código de processo civil**. In: VADE Mecum 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008a.

_____. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de processo civil: anteprojeto**. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010a.

_____. **Constituição federal**. In: VADE Mecum. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008b.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Brasília: Congresso Nacional 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em 10 maio 2012.

_____. **Emenda constitucional nº 45**, de 30 de dezembro de 2004. Brasília: Congresso Nacional, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm> Acesso em 10 maio 2012.

_____. Lei 10.444, de 7 de maio de 2002. **Altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10444.htm#art273§6> Acesso em 12 mar. 2012.

_____. Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994. **Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8952.htm#art273>. Acesso em 12 mar. 2012.

_____. **Projeto de lei 8.046 de 2010**. Código de Processo Civil. 2010b. Disponível em:<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em 09 abr. 2012.

_____. Senado Federal. Comissão Temporária Da Reforma Do Código De Processo Civil. **Relatório geral do senado federal**. 2010c. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84495&tp=1>>. Acesso em 13 maio 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 282.727 – MS (200/0105375-2), Relator Min. Gilson Dipp. Data da decisão: 19 fev. 2001. In: VAZ, Paulo Afonso Brum. **Manual da tutela antecipada: doutrina e jurisprudência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 88.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 524017/MG**, Relator Min. Paulo Medina, Data decisão 16 set. 2003. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/19236/tutela-antecipada-deferida-na-sentenca/2#ixzz1x94oaw2m>>. Acesso em 13 abr. 2012

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº. 25**. DOU: 23 dez. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_31.pdf>. Acesso em 13 maio 2012.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. **Mandado de segurança n. 11.126.838**, Relator: Desº Herácio Pena Junior. Data decisão: 1990. Disponível em <http://processoemdebate.files.wordpress.com/2010/09/medidas_cautelares_liminares_satisfativas.pdf>. Acesso em 23 mar. 2012.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação cível n. 2001.04.01.085202-9**, Relatora Desª Vânia Hack de Almeida. Data da decisão: 12 set.2005. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=841410&hash=455087f292432de7ef8de24ba64555e6> Acesso em 15 abr. 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 3. ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. **A origem romana da tutela antecipada**. 1ª edição. São Paulo: Editora LT, 2001.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Seminário novo código de processo civil e lançamento do debate online do código de processo civil**. Salão Negro, Ministério da Justiça, 12 de Abr. de 2011. Parte 14 - Mesa sobre Tutela de urgência e tutela de evidência, continuação da palestra de Athos Gusmão Carneiro. Vídeo: duração: 15:00.

CARNELUTTI, Francesco. **Direito e processo**. Napoli: Morano, 1958

CHATARINA, Alexandre. **Artigo sobre tutelas de urgência no novo CPC**. Disponível em: <<http://profalexandrecatharina.blogspot.com.br/2011/01/artigo-sobre-tutelas-de-urgencia-no.html>>. Acesso em 13 maio 2012.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos – **Pacto de San José**. São José: Estados Americanos, 1969. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em 10 maio 2012.

CORSI, Heitor Cavagnolli. **A origem da tutela antecipada e o seu tratamento nos países estrangeiros**. Vox forensis, Espírito Santo do Pinhal, v. 1, n. 1, p. 190-198, jan./jun. 2008. Disponível em: <http://www.unipinhal.edu.br/ojs/voxforensis/index.php/Vox_2007/article/view/11/33>. Acesso em 14 maio 2012.

COUTE E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do artigo 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito

Público da Bahia, nº 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível na internet em: <<http://www.direitoestado.com.br>> . Acesso em 30/03/2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. **Introdução ao direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTR, 2001.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. 4. ed. Vol 1. Salvador: Juspodivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido R. **A reforma da reforma**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **A reforma do código de processo civil**. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Nova era do processo civil**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Agravo de instrumento n. 2003.00.2.003860-9, da Capital**, Relator Desº Vasquez Cruxên. Data decisão: 25 out. 2004. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7870716/agravo-de-instrumento-ag-38603820038070000-df-0003860-3820038070000-tjdf>> Acesso em 27 abr. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Agravo de instrumento n. 2004.00.2.003580-3, da Capital**, Relator Desº Fernando Habibe. Data decisão: 16 maio 2007. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6759938/agravo-de-instrumento-ai-35803320048070000-df-0003580-3320048070000-tjdf>> Acesso em 26 abr. 2012.

DORIA, Rogéria Dorri. **A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda**. 2 ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ESCRITÓRIO ARRUDA ALVIM. **Notas sobre o projeto de novo código de processo civil**. 2011. Disponível em: <<http://www.arrudaalvimadvogados.com.br/visualizar-artigo.php?artigo=2&data=14/03/2011&titulo=notas-sobre-o-projeto-de-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em 16 maio 2012.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Míniaurélio: o dicionário da língua portuguesa**. 7. ed., rev. e atual. Curitiba: Positivo, 2009.

FILARDI, Hugo. Motivação e celeridade – princípios processuais inconciliáveis? **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, DF, v. 15, n.º 348, Jul. 2011.

FILHO, Efrain. **Relatório parcial**. 09/05/2012. Disponível em: <http://www.sinprofaz.org.br/s/images/stories/pdfs/relatorio_parcial_parte_geral_efrain.pdf>. Acesso em 26 maio 2012.

FUX, Luiz. A caserna e a caverna. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, DF, v. 14, n.º 333, Dez. 2010a.

_____. **A tutela dos direitos evidentes.** Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, ano 2, número 16, p. 23-43, abril de 2000. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/894/A_Tutela_Dos_Direitos_Evidentes.pdf?sequence=1> Acesso em 20 maio 2012.

_____. **Anteprojeto do novo CPC prevê recurso único.** 2010b. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-24/anteprojeto-cpc-preve-recurso-unico-fim-acao-cautelar>>. Acesso em 19 maio 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral**, São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A reforma do código de processo civil. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, DF, v. 14, n.º 314, Fev. 2010.

_____. **Ada Pellegrini comenta projeto do novo CPC.** 2011. Escola Superior da Magistratura de Goiás. Disponível em: <<http://processoemdebate.wordpress.com/2011/07/13/ada-pelegrini-comenta-projeto-do-novo-cpc/>>. Acesso em 15 maio 2012.

_____. **Tutela jurisdicional diferenciada:** a antecipação e sua estabilização. *Revista de Processo*, n. 121, mar. 2005.

KOCHE, José Carlos. **Fundamentos de metodologia científica:** teoria da ciência e prática da pesquisa. 14. ed. rev. Petrópolis: Vozes, 2001.

LIPPMANN JÚNIOR, Edgard. **Aspectos do agravo de instrumento contra antecipação de tutela concedida em sentença definitiva.** *Revista de Direito Processual Civil* 9, Curitiba: Genesis, 1998.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Novo CPC dá poder ditatorial ao juiz.** *Jornal Tribuna do Direito*, ano 16, n.º 188, Dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.professorcostamachado.com/wp-content/uploads/2012/01/Costa-Machado.jpg>>. Acesso em 13 maio 2012.

MADALENA, Pedro. Novo CPC sucesso em risco. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, DF, v. 14, n.º 314, Fev. 2010.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica.** 5ª Ed. São Paulo: Atlas S.A., 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela.** 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Efetividade do processo e tutela antecipatória. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **O processo civil contemporâneo**, Curitiba: Juruá, 1994.

_____. **Efetividade do processo e tutela cautelar.** Porto Alegre: Fabris, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **O projeto do CPC: críticas e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Luiz Guilherme. **Agilização da Justiça Cível no Brasil**. Jus Navegandi, Teresina, ano 5, nº 48, Dezembro de 2000. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=242>>. Acesso em 13 maio 2012.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. **Agravo de Instrumento n.2011.021634-6, de Campo Grande**, Relator Desº Dorival Renato Pavan. Data decisão: 06 set. 2011. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/cjosg/pcjoDecisao.jsp?OrdemCodigo=2&tpClasse=J>> Acesso em 30 abr. 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Avanços do Anteprojeto do CPC**. 2010. Disponível em: <<http://professormedina.com/2010/02/24/avancos-do-anteprojeto-de-cpc/>>. Acesso em 16 maio 2012.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sérgio Fabrim: 1998.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 2.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Temas atuais em direito processual civil: Tutela de urgência – Código atual e projeto do CPC**. Salão Nobre da AASP, 01 de agosto de 2011. Vídeo: Duração: 01:32:01.

_____. Tutela Antecipada Sancionatória. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, 2006, n 43.

NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão. **O projeto do novo CPC e a tutela de evidência**. Disponível em: <http://www.valladao.com.br/o-projeto-do-novo-cpc-e-a-tutela-de-evidencia/#_ftn2>. Acesso em 13 maio 2012.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. **Agravo de Instrumento n. 824669-7, de Curitiba**, Relatora Desª Vilma Régia Ramos de Rezende. Data decisão: 25 jan. 2012. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21368116/8246697-pr-824669-7-acordao-tjpr/inteiro-teor>> Acesso em 01 maio 2012.

PELUSO, Cezar. **Propostas de emenda ao projeto de Lei nº. 8.046/2010**. 2011. Disponível: <<http://s.conjur.com.br/dl/propostas-ministro-cezar-peluso-cpc.pdf>>. Acesso em 13 maio 2012.

PINTO, Almir Pazzianotto. Um novo código. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, DF, v. 14, n.º 325, Ago.2010.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 7. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2008.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1994. Revista Jurídica, nº 301, 2002. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Teori%20Zavascki\(2\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Teori%20Zavascki(2)%20-formatado.pdf)>. Acesso em 18 abr. 2012.

REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. **Tutela antecipada e medida cautelar no projeto do novo CPC**. 2010. Disponível em: <<http://www.htj.com.br/noticias.php?ac=detalhes&id=192>>. Acesso em 13 maio 2012.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Agravo de instrumento n.596620720118190000 RJ 0059662-07.2011.8.19.0000**, Relator Des. Fernando Foch Lemos. Data decisão: 11 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20769233/agravo-de-instrumento-ai-596620720118190000-rj-0059662-0720118190000-tjrj>> Acesso em 20 abr. 2012

ROCHA, Carmen Lucia A. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRIGUES, Horácio Wanderley. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

ROSAS, Roberto. **Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social: princípios de direito político**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de instrumento n. 2011. 068228-4, da Capital**. Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato. Florianópolis. 28 de fev.2012. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000JYAB0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=4215900&pdf=true>>. Acesso 15 abr. 2012.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de instrumento n. 2009.009418-3, de Capinzal**, Relator: Des. Pedro Manoel Abreu. Data da decisão: 26 abr. 2011. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000DL5U0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=3261255&pdf=true>> Acesso em 15 abr. 2012.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de instrumento n. 2004.004023-7, de Barra Velha**, Relator Des. José Volpato de Souza. Data decisão: 07 maio 2004. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=verossimilhan%E7a%20tutela%20antecipada%20alta%20probabilidade&id=AAAbmQAAAAAOMprAAA&categoria=acordao>> Acesso em 29 abr. 2012.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de instrumento n. 2003.017860-0, da Capital**, Relator Des. Sérgio Roberto Baasch Luz. Data decisão: 12 jul. 2005. Disponível em: <

<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=tutela%20antecipada%20efeitos%20executivos%20mandamentais&id=AAAbmQAAAAAOFQBAAD&categoria=acordao>> Acesso em 28 abr. 2012.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de instrumento n. 2011.009180-9, de Gaspar**, Relator Des Ronei Danielli. Data da decisão: 21 jul. 2011. Disponível em: <
<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=0100018J40000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=3581223&pdf=true>.> Acesso em 15 abr. 2012.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de instrumento n.2011.002434-1, de Ipumirim**, Relator Des. Guilherme Nunes Born. Data decisão: 23 abr. 2012. Disponível em: <
<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=tutela%20antecipada%20irreversibilidade%20da%20medida&id=AAAbmQAABAALIKKAAd&categoria=acordao>> Acesso em 29 abr. 2012.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de instrumento n. 1996.003742-0, de São João Batista**, Relator Des. Trindade dos Santos. Data decisão: 04 fev. 1997. Disponível em: <
<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=prova%20inequ%EDvoca%20aus%EAncia%20de%20d%FAvidas%20tutela%20antecipada&id=AAAbmQAABAAAtn2AAA&categoria=acordao>> Acesso em 28 abr. 2012.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de instrumento n. 2011.002629-7, de Chapecó**, Relator Des. Guilherme Nunes Born. Data decisão: 18 jan. 2012. Disponível em: <
<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=tutela%20antecipada%20dano%20irrepar%Elvel%20periculum&id=AAAbmQAABAAGA3SAAA&categoria=acordao>> Acesso em 30 abr. 2012.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de instrumento n.2008.077290-9, de Campos Novos**, Relator Desº Victor Ferreira. Data decisão: 26 maio 2009. Disponível em: <
<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=%202005.001085-5&id=AAAbmQAABAAGA4EAAB&categoria=acordao>> Acesso em 29 abr. 2012.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de instrumento n. 2011.000196-5, de Balneário Camboriú**. Relator Des. Stanley da Silva Braga. Data decisão: 10 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20204384/agravo-de-instrumento-ai-1965-sc-2011000196-5-tjsc/inteiro-teor>> Acesso em 22 abr. 2012.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação cível n.2007.050292-1 (Acórdão), de Joinville**, Relator Des. Ronei Danielli. Órgão Julgador Primeira Câmara de Direito Civil. Data decisão: 08 jun. 2011. Disponível em:
<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=tutela%20antecipada%20fungibilidade&id=AAAbmQAAAAPIYDAAD&categoria=acordao>> Acesso em 12 maio 2012.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação cível n. 46.135, de Criciúma, Relator Des. Nilton Macedo Machado. Data Decisão: 06 set.1994. In: **JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE**. Florianópolis: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina,1973-. Trimestral. Índice acumulado.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina: **Planilha de indicadores**, 2009. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br/institucional/assessorias/asplan/planejamento_estrategico/indicadores.pdf>. Acesso em 15 abr. 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de instrumento n. 099.766-4/9, Relator Des. Ênio Santarelli. Data decisão: 02 fev. 2002. In: MOREIRA, Angela Burgos. **Análise da tutela antecipada inaudita altera parte à luz dos princípios do contraditório e ampla defesa**. Brasília : 2009. Disponível em: <http://www.fesmpdf.org.br/arquivos/Angela_burgos.pdf>. Acesso em 15 abr. 2012.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de instrumento n. 7279918500, da Capital**, Relator Des. Manoel Ricardo Rebello Pinho. Data decisão: 07 jan. 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2597485/agravo-de-instrumento-ag-7279918500-sp-tj-sp>> Acesso em 28 abr. 2012.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de instrumento n. 990093182939**, Relator Des. Rocha de Souza. Data decisão: 22 mar. 2010. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8406321/agravo-de-instrumento-ag-990093182939-sp-tj-sp>> Acesso em 28 abr. 2012.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SOUZA, Artur César de. **Seminário de processo civil: o projeto do novo CPC**. Plenário do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 18 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=Ee236gYrOV0>>. Acesso em 18 maio 2012.

TEIXEIRA, Miro. **Emenda nº. 809 de 2011**. 2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=533376>>. Acesso em 15 maio 2012.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **As inovações no código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. **Curso de direito processual civil**. v.1, 44 ed., Rio de Janeiro: 2006.

_____. **Tutela cautelar e antecipatória em matéria tributária**. Revista Jurídica, vol. 245, Porto Alegre: Ed. Síntese, 1998.

_____. **Primeiras observações sobre o projeto do novo código de processo civil**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, nº. 36, Maio/Jun, 2010.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Sobre a razoável duração do processo na europa comunitária. In: **Revista Magister de Direito Processual Civil e Processual Civil**, Porto Alegre: Magister, Setembro/Outubro 2011. Bimestral.

VARGAS, André. **Cai o número de processos em 2010, aponta CNJ**: Conselho Nacional de Justiça aponta queda de um milhão nos processos em tramitação, em relação a 2009. Resultado é meta do Judiciário. Disponível em <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/cai-o-numero-de-processos-em-2010-aponta-cnj>> . Acesso em 06 jul. 2011.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **Manual da tutela antecipada**: doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

WALD, Arnaldo. Um novo direito – justiça renovada. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, DF, v. 15, n.º 344, Maio 2011.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 8. ed. rev., ampl.e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. In: GRINOVER, Ada Pelegrini et al. (coord.). Participação e processo. São Paulo: Ver. Tribunais, 1988.

_____. **Reforma do código de processo civil - obra coletiva**, Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira, Editora Saraiva, São Paulo, 1996.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão dos direitos fundamentais. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.) **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre liminares**. São Paulo: RT, 1995.

_____. **Antecipação da tutela em face de pedido incontroverso**.

_____. **Antecipação da tutela**. 4. ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.