

FACER- FACULDADES
UNIDADE RUBIATABA

CURSO DE DIREITO

RÔMULO SIQUEIRA CORREA

**TUTELAS DE URGÊNCIA: MECANISMOS DE
DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA DEMORA DO PROCESSO E
DE ACESSO À JUSTIÇA – SOB O ENFOQUE DO PROJETO
DE REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

RUBIATABA – GO
2015

RÔMULO SIQUEIRA CORREA

**TUTELAS DE URGÊNCIA: MECANISMOS DE
DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA DEMORA DO PROCESSO E
DE ACESSO À JUSTIÇA – SOB O ENFOQUE DO PROJETO
DE REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Facer
Faculdades, Unidade de Rubiataba, como requisito
parcial para a conclusão do Curso de Graduação em
Direito.

Orientador: Prof. Ms. Márcio Lopes Rocha.

De acordo e recomendado para a banca.

Mestre Marcio Lopes Rocha

RUBIATABA – GO
2015

**TUTELAS DE URGÊNCIA: MECANISMOS DE
DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA DEMORA DO PROCESSO E
DE ACESSO À JUSTIÇA – SOB O ENFOQUE DO PROJETO
DE REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Rubiataba, ____ de _____ de 2015.

Banca Examinadora:

Márcio Lopes Rocha _____ FACER _____

Assinatura

Nota

Professor _____ FACER _____

Assinatura

Nota

Professor _____ FACER _____

Assinatura

Nota

*Dedico o presente trabalho à minha família em primeiro plano,
Minha mãe Terezinha de Jesus Siqueira, à minha esposa Ione Vieira dos Santos,
E aos meus filhos Edson Pereira dos Santos Neto e Vinícius dos Santos Siqueira,
Que sempre me apoiaram, deram suporte e serviram de esteio,
Pois, se consegui chegar até aqui, eles são os responsáveis.
Dedico ainda este trabalho, a todos aqueles que de alguma forma
Contribuíram para minha formação pessoal e intelectual.*

AGRADECIMENTO

*Agradeço ao meu orientador Márcio Lopes Rocha pela confiança depositada,
E por permitir que este trabalho fosse possível e
Pelo simples fato de ser uma pessoa extraordinária e profissional invejável
Obrigado pelo exemplo!*

*Agradeço ainda aos meus amigos verdadeiros pelo apoio e incentivo e
Querer sempre ser uma pessoa melhor.
Por fim, agradeço a Deus pela vida que me foi dada,
E por proporcionar este momento e realização de um sonho.*

RESUMO: O interesse dessa pesquisa consubstancia em entender e analisar as tutelas de urgência, representadas pela tutela cautelar e pela antecipação dos efeitos da tutela. Mais que isso busca demonstrar a importância desses institutos dentro da processualística moderna e como os mesmos são garantidores de Acesso à Justiça aos litigantes e têm o condão de distribuir o ônus da demora do processo entre as partes tornando o processo, no geral, mais célere. Devido à sua importância e magnitude dentro da nossa legislação, é objeto de alterações dentro do Novo Código de Processo Civil que se aproxima, visto isso, estudamos as modificações no projeto de reforma relacionadas às tutelas de urgência, melhorias, possíveis equívocos e a principal mudança: a adoção de um regime unificado para as tutelas satisfativas e cautelares com a extinção do processo cautelar autônomo.

Palavras-chave: Tutelas de urgência, Novo CPC, Satisfatividade, Ônus da Demora.

ABSTRACT: The interest of this research consubstantiate in understand and analyze the urgent relief, represented by the preventive injunction and by the effects of the interlocutory injunction. More than that tries to demonstrate the importance of these institutes inside the modern processualistic and how they are guarantors of access to justice for litigants and have the power to allocate burdens from the waiting of the process among people, making the process in general , speedy, faster. By its importance and magnitude in our legislation, is object of change inside the New CPC that approaches, said that, we study the changes in the reform project related to urgent relief, improvement, possible misunderstanding and the main change: the adoption of a single unified regime for the satisfactory and preventive injunction with the extinction of the preventive autonomous process

KEYWORDS: Urgent Relief, New CPC, Satisfactory Nature, Burdens from the Waiting

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art.: Artigo

CPC: Código de Processo Civil

i.e: id est

v.g: verbi gratia

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO I: AS TUTELAS DE URGÊNCIA NO CPC/73: MEDIDA CAUTELAR E ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELAR.....	12
1.1 Tutelas de Urgência Conceitos Gerais.....	12
1.2 Medida Cautelar.....	14
1.2.1 – Conceitos e Características.....	14
1.2.2 – Poder Geral de Cautela e Fungibilidade.....	17
1.2.3 – Requisitos Específicos – <i>Fumus boni juris</i> e <i>Periculum in mora</i>	19
1.2.3.1 – <i>Fumus boni júris</i>	19
1.2.3.2 – <i>Periculum in mora</i>	20
1.3 – Antecipação dos Efeitos da Tutela.....	21
1.3.1 – Breve Histórico do Instituto.....	21
1.3.2 – Conceitos e Características.....	23
1.3.3 – Fungibilidade.....	26
1.3.4 – Possibilidades e Requisitos Específicos.....	27
1.3.5 – Diferenças entre Antecipação dos Efeitos da Tutela e Cautelar.....	30
1.4 Liminar.....	31
CAPÍTULO II: IMPORTÂNCIA, EFICÁCIA DA TUTELA DE URGÊNCIA E COMO SE CONFIGURA EM MECANISMO DE DIMINUIÇÃO DA MOROSIDADE DO SISTEMA E GARANTE ACESSO À JUSTIÇA.....	33
CAPÍTULO III - AS TUTELAS PROVISÓRIAS NO CPC DE 2015 – LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015: TUTELA DE URGÊNCIA E TUTELA DE EVIDÊNCIA.....	43

2.1. Tutela Provisória	43
2.1.1. Tutela de Urgência.....	45
2.1.2. Tutela de Evidência.....	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
REFERÊNCIAS.....	52

INTRODUÇÃO

O trabalho que aqui se inicia versará sobre as tutelas de urgências no direito processual civil pátrio. Esse tema foi escolhido por sempre ter despertado muito interesse e estar inserido na área do direito que é de suma importância, o direito processual civil.

Isto se deve ao fato de que, o processo é a própria consecução do direito material, como os direitos de cada cidadão podem ser efetivados através do Judiciário, e isto constitui a própria essência do Curso de Direito. Ou seja, manusear o direito material, de modo a entender as formas de resolução dos litígios e buscar a paz no convívio social.

O veículo de transmissão do direito material é o direito formal, é o Processo. E o desiderato final do Direito considerado amplamente é o de tutelar o direito dos jurisdicionados. Todavia, conforme é cediço, o Judiciário é muito moroso na prestação da tutela jurisdicional, e isto ocorre por diversos motivos, que serão elencados no desenvolver do trabalho, e entre eles estão as falhas no processo.

O processo ordinário está imerso em formalismos, alguns desnecessários e outros fundamentais para a garantia de direitos das partes na resolução do litígio, como a ampla defesa e o contraditório. Logo, o tempo é um mal necessário para garantia dos direitos das partes no processo.

Acumulada essas garantias com problemas de ordem estrutural do próprio Judiciário, a lentidão se agrava, e quem sempre arca e sofre com essa demora é a parte hipossuficiente, o autor que alega e demonstra de maneira mais contundente ser titular do bem ou direito exposto e mesmo assim tem que aguardar, sem ter condições para isto, o fim do processo e de todas as vias recursais para poder usufruir do objeto da disputa. Ainda, havia a possibilidade de que ao final do processo, não fosse possível dar ao autor merecedor do mesmo, o bem ou o direito que se deteriorou ou que já não possui mais valor em virtude do tempo ou de ações ou omissões do réu.

Posto isto, surgiram as tutelas diferenciadas, mecanismos para dar maior celeridade aos processos. Incluso nesse rol de tutelas diferenciadas temos as tutelas de urgência, gênero do qual são espécies a antecipação dos efeitos da tutela e a medida cautelar.

Basicamente, a antecipação dos efeitos da tutela concedem antes o que seria deferido somente ao final, após transitada em julgado a sentença; concede no todo ou em

parte o que o autor alega ter direito. A tutela cautelar por sua vez, cautela, protege, assegura, bens, objetos ou pessoas para que ao chegar ao fim o direito ou o bem esteja intacto para ser entregue. Em outras palavras, a medida cautelar assegura o resultado útil do processo sem fornecer o próprio direito postulado (antecipação).

E nesse intuito, surgiu a motivação para a confecção deste trabalho!

Primeiramente (Capítulo I), delinearemos os traços gerais desses dois institutos: medida cautelar e antecipação dos efeitos da tutela. Traremos o conceito, as diferenças entre os mesmos, quais são os requisitos autorizadores de cada, estrutura, as semelhanças. Estudaremos também os princípios norteadores dos institutos, falaremos sobre o Princípio da Fungibilidade e sobre o significado de Liminar. Mais que isso, estudaremos como essas tutelas de urgência estão dispostas na Legislação e como funcionam na prática forense.

Em seguida (Capítulo II), saindo da parte conceitual da disciplina, analisaremos a importância e a eficácia dos institutos, como a sua inclusão e uso no Processo Civil brasileiro interfere nas relações judiciais e que efeitos geram aos litigantes. Explicaremos como a antecipação dos efeitos da tutela configura um mecanismo de Acesso à Justiça. Elucidaremos a diferença entre Acesso à Justiça e Acesso ao Judiciário, bem como entre provimento jurisdicional e tutela jurisdicional. E o mais fundamental, estudaremos como que a antecipação dos efeitos da tutela funciona como melhor distribuição do ônus da demora do processo.

Encerrando (Capítulo III), faremos uma análise sobre as alterações do projeto de reforma do Código de Processo Civil pátrio dando enfoque àquelas pertinentes ao tema objeto de análise nesse trabalho. Conforme ficará explicado, devido a sua grande importância o tema passou por alterações, inovações e evolução. Estudaremos o que foi discutido, como ficou o tema e como poderá repercutir na prática.

CAPÍTULO I: AS TUTELAS DE URGÊNCIA NO CPC/73: MEDIDA CAUTELAR E ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA.

1.1 Tutelas de Urgência - Conceitos Gerais

O processo, conforme as lições do doutrinador Misael Montenegro Filho¹, é uma sequência de atos interligados de modo que a relação jurídico-processual apresenta um início, um meio e um fim. O início do processo é marcado pela sua formação, a distribuição da petição inicial em juízo, momento este em que ocorre a angularização da relação (existência do processo entre juiz e autor), e após a citação do réu, formaliza-se a triangularização do processo, ou seja, sua formação por completo (autor – juiz – réu).

O meio do processo, por sua vez, é marcado por atos instrutórios, em que são produzidas provas em juízo, para que o magistrado se convença a quem pertence o direito, para ao final prolatar sentença e fundamentar sua decisão de acordo com o convencimento e com base nas provas produzidas nessa etapa do processo.

O fim da relação processual é marcado basicamente pela prolação da sentença por parte do magistrado, que possibilita o término do processo, com a pacificação do conflito de interesse, lembrando que a sentença deve sempre ser fundamentada, sob pena de ser considerada nula, conforme o que preceitua o inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal.

Desta feita, percebemos que o processo reclama uma sequência de atos, que vai desde a distribuição da peça exordial, passando pelos atos instrutórios até chegar à prolação de sentença, a maioria destes atos originada das partes, outros do magistrado e dos auxiliares da justiça. Nessa sequência de atos para se conseguir um provimento jurisdicional, é necessário um tempo mínimo, para que, além de que todos os atos possam ser praticados com perfeição, sejam às partes garantida a aplicação de princípios constitucionais de considerada importância, tais como, o contraditório, a ampla defesa, a motivação das decisões judiciais, o juiz natural, entre outros.

¹ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil*. 7ª ed. V. 3. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2011, p. 6-8

Corroborando para o aqui dito, interessante o ensinamento de Fredie Didier Jr.² citando Luiz Guilherme Marinoni, o tempo é um mal necessário para a boa tutela dos direitos.

Assim, percebe-se que é impossível a solução de um litígio sem que transcorra um razoável intervalo de tempo, decorrente da própria necessidade de prática de atos processuais e garantias às partes. Entra-se, no entanto, em um conflito de valores, de um lado a necessidade de rápida solução do litígio tendo em vista que justiça tardia é sinônimo de injustiça e pode trazer prejuízos irreparáveis às partes, e por outro lado a necessidade de se observar requisitos processuais de validade do processo e garantias de princípios fundamentais às partes durante todo o trâmite processual, como por exemplo o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

É notório que o procedimento comum ordinário não é capaz de satisfazer a todo e qualquer tipo de demanda e lhes garantir efetividade diante da diversidade de situações que são postas ao Judiciário. Isso principalmente ocorre porque o procedimento ordinário é muito moroso e exige do magistrado uma cognição exauriente, e muitos desses litígios não suportam essa demora do processo. E mais que isso, não bastasse a demora do próprio procedimento, verifica-se diversos empecilhos para a rápida entrega da atividade jurisdicional, tais como a grande quantidade de processos para o número de magistrados e o volume de serviços judiciais para poucos servidores.

Todavia, várias medidas vêm sendo adotadas pelo legislador no intuito de minimizar os efeitos da demora do processo e de até mesmo tornar mais ágil a prestação jurisdicional, bastando citar a criação do procedimento sumaríssimo, o esforço para se tentar a conciliação, as alterações com relação ao recurso de agravo (que agora, em regra, é retido).

Ao lado dessas alterações procedimentais, verifica-se a permissibilidade e maior facilidade de concessão de Medidas de Urgências, utilizadas nos casos em que o autor não pode conviver com a morosidade de tramitação do processo, sob o risco de sofrer prejuízos graves ou de difícil reparação, o que exige um posicionamento enérgico do Estado-juiz. Nesses casos, as medidas de urgências, gênero do qual são espécies a tutela de urgência e medida cautelar, servem para distribuir o ônus da demora do processo, e dar maior acesso à Justiça à parte que demonstra ser detentora do direito e não pode arcar com esses ônus.

Passamos a uma análise mais aprofundada dessas duas espécies/institutos do direito processual civil, que se mostram no cenário atual como alguns dos maiores efetivadores de direitos.

² DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 5ª ed. V. 2. Salvador: Juspodivum, 2010, p.458.

1.2 Medida Cautelar

1.2.1 Conceito e características

O Código de Processo Civil pátrio reserva o Livro III ao processo cautelar. Entretanto, depois de numerosas transformações no âmbito das tutelas de urgências, outros dispositivos fora deste Livro, referem-se ou mantêm relação com a tutela cautelar e são de grande valia para o instituto e para o estudo sobre o tema, de modo que se torna impossível as reflexões sobre o assunto sem citar o princípio da fungibilidade entre antecipação dos efeitos da tutela e medida cautelar, declinado no artigo 273, § 7º, do CPC. E mais ainda, se torna inviável o estudo e entendimento do tema sem analisar a antecipação da tutela.

Sobre a tutela cautelar, interessante a lição de Marcus Vinicius Rios Gonçalves³.

Vejam os:

A tutela cautelar foi o mecanismo inicialmente criado para afastar ou minorar os riscos decorrentes da demora no processo. Mais tarde, a ela veio se juntar a tutela antecipada, que também pode ser de urgência.

De duas maneiras a lei processual busca afastar os riscos da demora no processo: pela tutela cautelar e pela tutela antecipada, ambas espécies do gênero tutelas de urgência.

De início, conceituaremos a medida cautelar e posteriormente vamos nos ater à diferenciação entre as espécies de medidas de urgência.

A medida cautelar tem como finalidade afastar uma situação de perigo ou prevenir uma ameaça com intuito de garantir um resultado útil de um processo, seja de conhecimento ou de execução.

O processo em si é instrumento do direito material, ou seja, é o caminho, a ferramenta para a concretização dos direitos. Nem por isso o processo é um fim em si mesmo, é um instituto que possui autonomia e que se preza pela instrumentalidade. Em razão dessa sua função, em conluio com a morosidade do Poder Judiciário no exercício da atividade jurisdicional é que deve se prevalecer o fim em detrimento dos meios e deve se desprestigiar as formas e formalidades e se valorizar a entrega do direito.

E é nesse sentido, que grande parte dos processualistas brasileiros, afirmam ser o processo cautelar instrumento do instrumento, ou instrumentalidade ao quadrado, tendo em vista que o processo cautelar resguarda o resultado útil do processo principal. Tem a função

³ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil Esquematizado*. São Paulo. Saraiva, 2011, p. 689.

de proteger e resguardar a eficácia do principal, ou seja, cautela-se o bem ou direito em litígio, permitindo que permaneça íntegro e que possa ser disputado na ação principal.

Exemplificando a situação para tornar mais claro o conceito de medida cautelar, imagine-se já no curso de um processo, que o bem em litígio está correndo risco de perecimento porque o réu não toma atitudes necessárias para a conservação do mesmo. Desta feita, pode o autor requerer o sequestro cautelar do bem, com entrega a um depositário, que ficará responsável pela sua manutenção e preservação até o resultado final do processo.

O processo cautelar pode ser preparatório ou incidental, dependendo do momento em que é proposto. Se a situação é de tamanha urgência que não possa aguardar a propositura da ação principal e necessite resguardar o bem ou direito, e assim, for a cautelar proposta anteriormente à principal, estaremos diante de um processo cautelar preparatório. Em outro vértice, se durante o trâmite do processo de conhecimento (processo principal) surge uma situação de urgência e houver a necessidade de se acautelar o resultado final do processo, e nesse momento (durante o curso do processo de conhecimento) procede-se o ajuizamento de uma cautelar, estamos diante de um processo cautelar incidental.

Originariamente, a tutela cautelar só poderia ser concedida em processo próprio e autônomo, e nunca dentro do processo de conhecimento, mesmo quando incidental. Todavia, com as alterações na legislação, a criação da antecipação da tutela concedida de modo genérico e principalmente pelo princípio da fungibilidade estampado no artigo 273, § 7º do Código de Processo Civil, passou-se a autorizar a concessão das medidas cautelares dentro do processo principal, sem necessidade de processo autônomo, representando uma economia processual. Claro que isto só é possível quando tratar-se de uma cautelar incidental.

Este assunto será mais aprofundado em tópico específico sobre o princípio da fungibilidade. Reservamos nossas atenções, nesse momento ao processo cautelar autônomo.

Segundo Misael Montenegro Filho⁴, a ação cautelar possui 4 (quatro) princípios básicos. O primeiro é a instrumentalidade, conforme já explicado no presente trabalho, o processo cautelar serve à demanda de conhecimento ou execução, protegendo o resultando útil do processo principal, resguardando o direito e/ou o bem sujeito a perecimento em detrimento do tempo (morosidade da prestação jurisdicional) ou de ação ou omissão do réu. Portanto trata-se de instrumento da ação principal.

Em segundo lugar, temos a provisoriedade. A tutela cautelar possui caráter provisório, uma vez que possui existência definida, perdendo a eficácia assim que for extinta

⁴ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil*. 7ª ed. V. 3. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2011, p. 56-59

a ação principal. A sentença que julga e põe termo ao processo de conhecimento substitui, revogando ou confirmando, o que foi definido na ação cautelar.

Em seguida, temos uma característica de suma importância das cautelares, que é a sua revogabilidade. Sempre que o magistrado verificar a ausência de um dos requisitos autorizadores da medida cautelar, ou seja, que ocorrer uma alteração fática do que possibilitou sua concessão poderá revogar a medida. É a inteligência do artigo 807, que assim preceitua:

“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.”

A revogabilidade pode se manifestar também pela substituição, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, por prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, conforme aduz o artigo 805 do CPC.

Por derradeiro, temos o princípio da autonomia do processo cautelar em relação ao processo principal. Todavia não se trata de uma autonomia absoluta, tendo em vista o caráter de acessoriedade que mantém com a ação de conhecimento ou de execução. Quer com esse princípio, aduzir que sempre que houver processo cautelar autônomo, haverá uma nova relação processual, fazendo necessária a citação do réu, sentença distinta daquela proferida no processo principal, a peça inicial deve conter os requisitos declinados no art. 282 do CPC, etc.

Alguns outros princípios ou características da tutela cautelar merecem também nossa atenção. A cautelar, além de seu caráter provisório e de revogabilidade, de acordo com o artigo 808 do Código Processual Civil, pode perder sua eficácia em três hipóteses, quais sejam: A) quando deferida preparatoriamente, se o autor não intentar a ação principal no prazo de trinta dias; B) se concedida, não for executada no prazo de trinta dias; C) quando o juiz declara extinto o processo principal, com ou sem julgamento de mérito.

Alguns esclarecimentos sobre essas situações se fazem necessários. O prazo de 30 (trinta) dias para intentar a ação principal é contado a partir do momento em que a medida é executada e não do momento em que as partes são intimadas ou que o juiz concede a medida. Assim que concedida, a medida cautelar tem que ser executada no prazo de 30 (trinta) dias, percebe-se que só ocorrerá a perda da eficácia nessa situação B, quando não for executada em virtude de omissão do autor, que não poderá ser punido caso a não execução da ação seja decorrência da ação ou omissão de um auxiliar da justiça, ou pela morosidade que lhe é peculiar.

Cumpramos aqui, ainda, ressaltar antes de passarmos para outro tópico, que a coisa julgada material, instituto que gera a impossibilidade de discussão posterior, em outro

processo, da sentença judicial prolatada⁵, quando não couber mais recursos contra ela, é incompatível com a tutela cautelar. É de clareza tal assertiva, uma vez que, conforme ficará melhor explanado quando tratarmos dos requisitos autorizadores e sobre a concessão da medida cautelar, só há coisa julgada material quando a sentença é confeccionada com base em cognição exauriente e não em mera plausibilidade ou verossimilhança do direito. Não havendo mais recursos contra a sentença, haverá coisa julgada formal, que simplesmente impedirá a rediscussão da sentença dentro do próprio processo e a repositura da mesma ação fundada no mesmo pedido, causa de pedir e com a mesma fundamentação. Notório isto, sendo que a cautelar não julga mérito, o juiz ao conceder ou não a tutela, verifica apenas o *periculum in mora*⁶ e o *fumus boni juris*⁷, e ao fazer isso não entra no direito controvertido, e apenas assegura o resultado útil do processo que será proposto.

1.2.2 Poder Geral de Cautela e Fungibilidade

São dois institutos indispensáveis à compreensão do tema tutelas de urgência.

O poder geral de cautela foi uma inovação trazida pelo CPC. Primeiramente, cabe destacar que o Capítulo II do Livro III do CPC, é dedicado aos procedimentos cautelares específicos, todavia, não há um rol taxativo das medidas cautelares que podem ser deferidas. O legislador ao perceber a impossibilidade da lei ser sensível às diversas situações de urgência dos casos concretos, atribuiu ao Judiciário, o poder de conceder a medida provisória que julgar mais adequada para afastar a situação de perigo. É a correta interpretação do artigo 798 do Código Processual Civil pátrio:

Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Sobre a fungibilidade, significa que o juiz pode conceder uma tutela cautelar diferente da postulada, sem que a decisão seja *extra petita*⁸. Contudo, o que tem um valor maior e motivo de divergências doutrinárias, é o § 7º do artigo 273, introduzido pela Lei nº 10.444/2002, que estendeu a fungibilidade entre as tutelas de urgência. Senão:

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil – Processo de conhecimento*. 10ª ed. V.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p 630-631

⁶ *Periculum in mora* = Perigo na demora

⁷ *Fumus boni juris* = fumaça do bom direito.

⁸ *Extra petita* = Fora do pedido.

Art. 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:

(...)

§ 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.

Pela leitura do artigo, poderia se entender que somente quando autor ingressa com ação pleiteando a tutela antecipada, quando seria o caso de formulação do pedido liminar de cunho cautelar, o magistrado com base nesse dispositivo legal poderia conceder a cautelar mesmo tendo o autor requerido a antecipação, e que o inverso não poderia ser aceito. Alguns doutrinadores, como Misael Montenegro Filho⁹ por exemplo, possui esse entendimento, segundo o mesmo, somente pode conceder a cautelar quando for pedido antecipação, mas não se pode antecipar os efeitos da tutela quando o autor requer cautelar dentro do processo principal.

Com a inovação trazida em 1994 que permitiu a concessão genérica da antecipação da tutela em processos de conhecimentos e posteriormente com a introdução do § 7º do artigo 273 do CPC, ficou pacificado na doutrina e nos tribunais a possibilidade de pleitear tutela cautelar dentro do próprio processo de conhecimento sem necessidade de processo autônomo. Seguindo o raciocínio, essa corrente defende que, como os requisitos para a concessão dessas duas espécies de tutelas de urgências são diferentes e que os da antecipação são considerados mais rigorosos que os exigidos para a cautelar, quem pode mais (antecipação) pode menos (cautelar), mas quem pode menos (que no caso requereu cautelar) não pode mais (antecipação).

Contudo, filio-me de outra corrente doutrinária defendida por Luiz Guilherme Marinoni¹⁰ e Marcus Vinicius Rios Gonçalves¹¹, segunda a qual as tutelas são fungíveis entre si, uma vez que os requisitos autorizadores são muito próximos e em determinados casos podem se confundir gerando interpretações diferentes. Por ser amoldável ao aqui exposto, lição de Marinoni¹² sobre o tema:

⁹ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil*. 7ª ed. V. 3. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2011, p.42-43

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil – Processo de conhecimento*. 10ª ed. V.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.224-225

¹¹ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil Esquematizado*. São Paulo. Saraiva, 2011, p. 684-685

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil – Processo de conhecimento*. 10ª ed. V.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.225

Em uma primeira interpretação poderia se dito que o § 7º do art. 273 pretendeu somente viabilizar a concessão, no bojo do processo de conhecimento, da tutela cautelar que foi chamada de antecipatória. Entretanto, aceitando-se a possibilidade de requerimento de tutela cautelar no processo de conhecimento, é correto admitir a concessão de tutela de natureza antecipatória ainda que ela tenha sido postulada com o nome de cautelar. Nesse caso, não existindo erro grosseiro do requerente, ou, em outras palavras, havendo dúvida fundada e razoável quanto a natureza da tutela, aplica-se a idéia de fungibilidade, uma vez que seu objetivo é evitar maiores dúvidas quanto ao cabimento da tutela urgente (evidente de natureza nebulosa) no processo de conhecimento.

Passamos agora, aos requisitos específicos autorizadores da medida cautelar, e algumas especificidades com relação à inicial e propositura da ação.

1.2.3 Requisitos Específicos – *Fumus boni juris* e *Periculum in mora*

Quando do ajuizamento de um processo cautelar autônomo, o autor deve preencher as condições da ação, as mesmas exigidas para um processo de conhecimento, quais sejam: legitimidade das partes, interesse em agir e possibilidade jurídica do pedido.

Há autores, que consideram o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* como condições específicas das cautelares e caso o juiz considere que os requisitos não foram preenchidos seria o caso de extinção da ação sem resolução do mérito. Todavia, apesar da indicação em abstrato da existência destes requisitos ser necessária para comprovar o interesse em agir e conseqüentemente fundamental para que o magistrado receba a inicial da cautelar, a sua efetiva existência constitui requisito para acolhimento do mérito da ação cautelar. Resumindo, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* são requisitos que devem ser indicados em abstrato para o recebimento da inicial e devem ser comprovados em concreto para que o magistrado defira a tutela.

1.2.3.1 *Fumus Boni Juris*

O *fumus boni juris*, conhecido também como “fumaça do bom direito”, trata-se na verdade, de o autor alegar que é titular do direito, que as suas alegações aparentem ser verdadeiras. É requisito, conforme precisa lição de Misael Montenegro Filho¹³, que se assemelha muito ao direito líquido e certo exigido no mandado de segurança e à verossimilhança das alegações, exigido para a concessão da antecipação. Segundo esse autor,

¹³ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil*. 7ª ed. V. 3. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011, p.53-54

esses três institutos dizem respeito à qualidade e profundidade da prova. Caso estejamos diante de prova robusta, sólida que trará certeza do direito, estamos diante de direito líquido e certo; sendo prova que confere certo grau de certeza ao juiz estamos diante de verossimilhança; e quando estamos diante da possibilidade de que alegações sejam verdadeiras, fala-se em *fumus boni juris*. Assim, há uma hierarquia entre os institutos, sendo o direito líquido e certo o mais rigoroso, a verossimilhança um degrau abaixo e o *fumus boni juris* um decréscimo a mais.

Todavia, na dinâmica forense é muito complicado, na maioria dos casos, distinguir quando se trata de uma ou outra dessas figuras, causando fundadas dúvidas no autor e nos próprios intérpretes do direito, um dos motivos para se permitir a fungibilidade entre as tutelas.

Para maior clareza sobre o assunto, utilizamos dos ensinamentos de Marcus Vinicius Rios Gonçalves¹⁴:

Para que o juiz possa conceder a tutela cautelar, é preciso que o requerente aparente ser o titular do direito que está sob ameaça, e que esse direito aparente merecer proteção. Nas medidas cautelares, a cognição é sempre sumária, feita com base em juízo de mera probabilidade, de plausibilidade. A efetiva existência do direito sob ameaça será decidida no processo principal, em cognição exauriente. Sempre que o juiz aprecia a tutela cautelar, seja ao conceder a liminar em processo cautelar, seja ao proferir a sentença. A sentença cautelar não é dada em cognição exauriente, nem se revestirá da autoridade da coisa julgada material. Ao proferi-la, o juiz se contentará em verificar a plausibilidade, a verossimilhança do alegado.

Sem controvérsias, o fato de que para deferir a tutela em estudo, o magistrado apenas se contente em verificar a plausibilidade do direito (*fumus boni juris*), estará decidindo baseado em cognição sumária e não exauriente e que por isso a sentença não se reveste da coisa julgada material.

1.2.3.2 *Periculum in Mora*

O *periculum in mora* representa a urgência da situação, significa que caso o magistrado não tome determinada medida pode acarretar o perecimento do direito ou do bem em litígio. A cautelar é sempre uma medida de urgência. Posto isto, se não houver urgência

¹⁴ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil Esquematizado*. São Paulo. Saraiva, 2011, p. 704

não há que se falar em cautelar. Sobre o tema, Marcus Vinicius Rios Gonçalves¹⁵ muito bem aduz: “A tutela cautelar é sempre de urgência. Só poderá ser deferida se houver risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Se alegação, em abstrato, da existência de perigo, não há interesse nesse tipo de tutela. E sem a verificação em concreto, o juiz não a concederá.”

1.3 Antecipação dos Efeitos da Tutela

1.3.1 - Breve Histórico do Instituto

Precipuamente, antes de adentrar propriamente no instituto da antecipação dos efeitos da tutela, iremos fazer uma abordagem histórica sucinta, mas que tenha o condão de esclarecer como, e em que meio surgiu a tutela de urgência, ora em estudo, bem como a sua evolução até o estágio em que se encontra, para que posteriormente possamos passar à análise do tema e mais adiante ainda refletir sobre a sua importância e eficácia na prática forense.

O nosso sistema antes do Código de 1973, já contemplava algumas hipóteses de antecipação dos efeitos da tutela, mas reguladas em procedimentos especiais, como, *v.g.*¹⁶, a que trata da Liminar no Mandado de Segurança, tratada na Lei nº 1.533/1951, revogada pela Lei nº 12.016/2009.

Mesmo com o advento do atual Código de Processo Civil pátrio em 1973, a antecipação da tutela só era permitida em algumas ações de procedimentos especiais, tal como nas ações possessórias de força nova e nas de alimentos, mediante liminar. O Código também previu um livro dedicado ao Processo Cautelar, com finalidade de ser um instrumento de garantia do próprio processo, qual seja, garantir, assegurar o direito pleiteado em um processo principal, de conhecimento ou de execução. O processo cautelar pode ser considerado um instrumento do instrumento, uma vez que o processo principal já é instrumento que serve para tutelar o direito material, e o cautelar tem o escopo de garantir a eficácia deste principal. O Código de Defesa do Consumidor também já havia previsto, no âmbito das relações de consumo, a possibilidade dessa antecipação nas obrigações de fazer e de não fazer.

Contudo, em determinado momento, percebeu-se que o cidadão evitava o Judiciário e tentava resolver seus problemas ou lesões à direitos por si ou deixava por isso

¹⁵ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil Esquematizado*. São Paulo. Saraiva, 2011, p. 705

¹⁶ *v.g.* = Por exemplo.

mesmo, sem buscar a tutela devida. E isso devia-se ao fato de que a Justiça civil era elitista, cheia de falhas e muito morosa.

E é justamente nesse contexto e em virtude dessas necessidades que passou a se utilizar as chamadas cautelares inominadas com cunho satisfativo para responder e satisfazer a esses anseios, entretanto, distorcia a natureza desse instituto visto que alterava a natureza de preservação e concedia o direito em si.

A existência das cautelares satisfativas se explica por razões históricas e por deficiências em nossa legislação. Antes da possibilidade de concessão genérica de antecipação da tutela, esta só era permitida, conforme supracitado, por meio de liminares em ações de rito especial. Entretanto, havia situações em que o autor necessitava de determinado provimento de cunho satisfativo, mas com urgência, valia-se do processo cautelar pois neste, havia a possibilidade de liminar, para conseguir desde logo o que estava sendo postulado. Assim, tratava-se de falsas cautelares, que na verdade eram processos de conhecimento que se revestiam da natureza de cautelar para obter provimento definitivo. Isto é, eram falsas cautelares, pois não tinham nada de acessoriedade, nem intuito de cautelar ou assegurar o resultado útil do processo principal, até mesmo porque uma vez concedida esse tipo de cautelar o autor não tinha mais interesse em propor ação principal alguma.

Os exemplos mais claros eram as ações de busca e apreensão ajuizadas pela genitora guardiã em face do pai que não devolvia os filhos menores, esgotado o período de visita.

No objetivo de corrigir tal distorção surgiu o instituto da antecipação dos efeitos da tutela, que nos dizeres de Humberto Theodoro Junior¹⁷ “são reclamos de justiça que fazem com que a realização do direito não possa, em determinados casos, aguardar a longa e inevitável demora da sentença final”.

A possibilidade de concessão de tutelas antecipatórias de modo genérico foi introduzida em nosso sistema processual com a Lei nº 8.952/1994, que reformou o CPC de 1973 e deu nova redação ao artigo 273. Desta feita, desde que preenchidos os requisitos necessários, a tutela poderia ser concedida antecipadamente de maneira superficial (não exauriente), em qualquer processo de conhecimento de procedimento ordinário. Frise-se que não foi a Lei nº 8.952/1994 que introduziu a antecipação de tutela no nosso ordenamento, mas

¹⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. V.II - Processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência, p. 376-379.

simplesmente estendeu sua concessão a qualquer ação. Nesse sentido, preciso os dizeres de Marcus Vinicius Rios Gonçalves¹⁸:

Diz-se, com frequência, que foi a partir da Lei n. 8.952/94, que deu nova redação ao art. 273 do CPC, que a tutela antecipada foi introduzida em nosso ordenamento jurídico. A assertiva não é verdadeira, porque antes da lei já havia numerosas medidas judiciais que tinham essa natureza, embora não fossem chamadas por esse nome. O que a lei fez foi estender a possibilidade de concedê-las em qualquer ação, desde que preenchidos os requisitos genericamente estabelecidos em lei.

Após a lição que esclareceu por completo o assunto, passamos as conceitos e características da antecipação dos efeitos da tutela.

1.3.2 Conceitos e características

Fredie Didier Jr.¹⁹ ensina que, “antecipar os efeitos da tutela significa adiantar no tempo, acelerar, os efeitos da futura sentença favorável”.

Portanto, a antecipação dos efeitos da tutela consiste basicamente na possibilidade do magistrado conceder antes aquilo que só seria deferido ao final com a prolação de sentença. Antecipam-se os efeitos da sentença para um estágio anterior ao que normalmente tais efeitos seriam produzidos. Isto é, a presente tutela, antecipa a satisfação do autor, que passa a conviver com os efeitos que só seriam produzidos por uma sentença de mérito favorável.

Exemplificando, para que torne mais nítida a natureza dessa tutela, imagine-se que o autor promova uma ação de cobrança e devido ao grave risco de não receber a quantia, desde logo, requer antecipação da tutela, que lhe permitirá, promover *ab initio*, a execução do valor em caráter provisório, alcançando assim, os efeitos que só seriam produzidos ao final do processo pela sentença condenatória. Frise-se que a execução terá caráter provisório.

Assim, como na cautelar, apesar de exigir requisitos mais rigorosos, a antecipação dos efeitos da tutela é concedido por meio de cognição sumária, e por isso não pode ser um provimento definitivo, que só poderá ser concedido com cognição exauriente por sentença fundamentada e embasada nas provas produzidas nos autos. A tutela antecipada terá sempre caráter provisório e deverá ser substituída por um provimento definitivo (sentença). Conforme

¹⁸ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil Esquematizado*. São Paulo. Saraiva, 2011, p. 671.

¹⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 5ª ed. V. 2. Salvador: Juspodivum, 2010, p. 480.

os dizeres de Didier Jr.²⁰, a tutela antecipada é sempre provisória e “é marcada por duas características essenciais: a sumariedade de cognição e a precariedade.”

Cognição sumária, pois é fundada em análise superficial do objeto, em um juízo de probabilidade. Precariedade, pois pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo.

Existem no ordenamento jurídico atual três tipos de processos, os de conhecimento, os de execução e os cautelares. Nos processos de conhecimento, os provimentos podem ter natureza condenatória, constitutiva ou declaratória.

Controvérsias existiram sobre a possibilidade da concessão da referida tutela nos casos de demandas constitutivas e declaratórias. Todavia, essa divergência já se encontra pacificada no sentido da permissibilidade de tutela antecipadas em tais processos. Nos explica Didier Jr.²¹:

A antecipação que se opera não é a da declaração ou da constituição/desconstituição (efeito jurídico formal), vez que estas serão sempre definitivas – só assim serão úteis para a parte; o que pode ocorrer é a antecipação dos efeitos fáticos, práticos, palpáveis da tutela declaratória ou constitutiva.

Quanto à tutela condenatória, não há dúvidas sobre a possibilidade de deferimento da medida, uma vez que é o campo de maior atuação do instituto.

Nos processos de execução, como há somente atos instrumentais para a satisfação do direito da parte, de início não haveria que se falar em antecipação da tutela, pois não se quer condenar, constituir ou declarar qualquer situação. Entretanto, em casos excepcionais, o juiz pode antecipar providências satisfativas ao direito do autor como, v.g. o arresto de bens do executado, em casos de urgência.

No caso do processo cautelar, por ser de sua essência não postular medida satisfativa e muito menos disputar qualquer direito ou bem, não cabe antecipação da tutela. Entretanto, diante do princípio da fungibilidade, já mencionado quando tratado sobre cautelar e que será novamente abordado em tópico específico, há de se considerar a possibilidade de o magistrado conceder a antecipação da tutela em processo cautelar, desde que verifique que ela seja mais adequada para afastar a situação de perigo.

Ainda sobre o tema, destaca-se que em ações de rito especial a antecipação de tutela se dá mediante liminar e preenchimento de requisitos próprios, como é o caso da liminar nas ações de alimentos em que deve se comprovar o parentesco; e no caso de ações

²⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 5ª ed. V. 2. Salvador: Juspodivum, 2010, p. 456.

²¹ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 5ª ed. V. 2. Salvador: Juspodivum, 2010, p. 481.

possessórias de força nova em que se deve provar o esbulho, ameaça ou turbacão há menos de ano e dia.

A antecipacão da tutela pode ser concedida em duas hipóteses que configuram seus requisitos específicos, mais a frente melhor explanados, quais sejam: A) haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparacão e; B) fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. E isso desde que haja prova inequívoca e o juiz se convença da verossimilhança das alegaçoes. Com isto percebe-se que só há urgência na hipótese A.

A concessão da tutela pode ser deferida liminarmente, inclusive sem a oitiva do réu. O deferimento de plano da antecipacão, por liminar, só pode ocorrer nos casos de urgência, sendo que as situacões da hipótese B somente podem ser verificadas após a resposta do réu. Quando necessário, o juiz pode designar audiência de justificacão para colheita de mais elementos para formacão de sua convicção, o réu deverá ser citado, salvo se disso puder criar risco à eficácia da medida postulada, esta é a inteligência o § 3º do art. 461 que se estende às hipóteses do art. 273, ambos do Diploma Processual Civil.

A tutela antecipada pode ainda ser concedida em qualquer fase do processo, desde que preencha os requisitos genéricos para tanto, inclusive em sede de sentença há essa possibilidade. Estranha a afirmacão que há a possibilidade de antecipacão da tutela em fase de sentença, tendo em vista que o magistrado ao proferir tal ato, o faz embasado em cognição exauriente e em caráter definitivo. Todavia, caso o recurso cabível contra a sentença proferida seja dotado de efeito suspensivo, o juiz poderá antecipar os efeitos da tutela que na verdade equivalerá a afastar o efeito suspensivo de possível recurso, e que assim a sentença possa produzir efeitos desde já.

Caso haja deferimento de antecipacão da tutela em fase anterior à sentença, este ato confeccionado pelo magistrado pode confirmar ou revogar a tutela conferida, caso seja de procedência ou improcedência respectivamente.

Quando a tutela for de improcedência ou extinta sem julgamento do mérito, automaticamente será revogada a tutela antecipada, mesmo que o juiz não tenha determinado na sentença. Ora, não há como uma decisão embasada em verossimilhança e plausibilidade permanecer diante de uma decisão definitiva e fundada em cognição exauriente. Seria irrazoável.

Importante mesmo ressaltar que, caso a sentença seja de procedência, a tutela concedida será confirmada e eventual recurso não terá efeito suspensivo em virtude do disposto no preceito legal do art. 520, inciso VII da Cartilha Processual Civil.

Da decisão que defere ou denega a antecipação dos efeitos da tutela caberá agravo de instrumento. Caberá ao réu, caso a medida tenha sido deferida, postular efeito suspensivo e caberá ao autor postular efeito ativo caso a tutela pleiteada tenha sido denegada.

1.3.3 - Fungibilidade

O princípio da fungibilidade já foi tratado no presente trabalho ao se falar da medida cautelar. Todavia vale aqui ressaltar sinteticamente, a divergência de interpretação entre doutrinadores e a nossa posição.

A fungibilidade trata-se da possibilidade, de quando houver dúvidas objetivas sobre qual medida processual cabível ou mais adequada e existir o risco de prejuízo ao litigante o juiz conceder cautelar ao invés de antecipada e vice-versa.

O princípio encontra-se encrustado no inciso 7º do art. 273 do CPC que assim preceitua:

Art. 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.

(...)

§ 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.

Assim, pela leitura do parágrafo 7º do artigo supra, poderia levar o entendimento de que se autor requer antecipação de tutela poderia ser concedida a cautelar, mas que o inverso não seria possível. Partiria da ideia de que, como a antecipação requer requisitos mais exigentes com relação às provas e convencimento do magistrado do que a cautelar, quem pode mais pode menos e quem pode menos (cautelar) não pode mais (antecipação).

Todavia tomamos partido da corrente que defende a chamada fungibilidade de mão dupla, segundo a qual o juiz tem a liberdade de conceder uma medida de urgência pela outra independentemente da pleiteada, desde que o juiz verifique a presença dos requisitos e julgue ser mais adequada ao autor.

1.3.4 Possibilidades e requisitos específicos

A antecipação dos efeitos da tutela está declinada no artigo 273 (com nova redação dada pela Lei nº 8.952/1994) e no artigo 461, §3º, ambos do CPC. Passaremos a uma análise mais esmiuçada dos referidos artigos para compreendermos os requisitos necessários para sua concessão. Para tanto colacionamos o primeiro deles:

Art. 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.

Para a concessão dessa modalidade de tutela são necessários dois requisitos gerais, que sempre devem estar presentes em comunhão com mais um dos dois requisitos alternativos prescritos nos incisos I e II. São esses requisitos o requerimento do autor e a prova inequívoca da verossimilhança da alegação do autor.

O requerimento do autor está expresso no *caput*²² do artigo e nada mais é do que a exigência que o mesmo requeira ao magistrado a antecipação da tutela, na inicial ou em qualquer fase do processo quando verificar a necessidade e houver a existência de todos requisitos.

O segundo requisito geral, existente igualmente no *caput* do art. 273 do Diploma Processual Civil é a existência de prova inequívoca da verossimilhança da alegação do autor.

Tal requisito se assemelha ao *fumus boni juris* (que também se trata de uma verossimilhança da plausibilidade do alegado) exigido para a cautelar, entretanto nota-se uma diferença de gradação entre os dois tipos de requisitos, sendo que a prova inequívoca da verossimilhança da alegação requer um grau de certeza maior do juiz acerca do direito pleiteado.

A doutrina em geral (como por exemplo, Misael Montenegro Filho e Marcus Vinicius Rios Gonçalves, entre outros) critica a utilização da expressão prova inequívoca. São contraditórios os termos prova inequívoca e verossimilhança, não há necessidade de prova robusta, cabal para que o magistrado defira a medida à parte autora, até mesmo porque essa tutela tem por característica a provisoriedade e a sua concessão em cognição superficial.

²² *Caput* = Cabeça do artigo.

Desta feita, percebe-se que o legislador utilizou o termo em destaque para marcar com mais rigor a verossimilhança exigida na antecipação para com aquela necessária para a cautelar. Vejamos o que diz Montenegro Filho²³ acerca do tema:

Nenhuma prova é inequívoca, o que nos faz concluir que o legislador foi infeliz no emprego da expressão contida no caput do art.273 da Lei de Ritos. (...) Entendemos que a interpretação deve partir da premissa da exigência de uma prova robusta da existência do direito afirmado pelo autor, não mera *fumaça de bom direito*, como na ação cautelar (*fumus boni juris*).

Simplificando, esse requisito é plausibilidade do direito alegado, é necessário que o autor aparente ser o detentor do direito alegado por provas que consigam conferir certo grau de certeza.

Presentes esses dois requisitos, sempre necessários à concessão da antecipação (pressupostos cumulativos), há de se verificar o preenchimento de mais uma das duas hipóteses (pressupostos alternativos) estampadas nos incisos I e II do artigo em comento.

O inciso I, trata da hipótese de antecipação dos efeitos da tutela em caso de urgência, que se assemelha à cautelar. Esse requisito em muito se assemelha, para não dizer que se equivale, ao *periculum in mora*, exigido na cautelar e igualmente já estudado neste trabalho.

Esse requisito, em essência, é a urgência em satisfazer o autor sob o risco de que venha a perecer o direito material envolvido no processo, bem como que posteriormente a sentença não tenha força suficiente para satisfazê-lo. Enriquecendo o conhecimento, as palavras de Didier Jr.²⁴:

O receio de dano irreparável ou de difícil reparação, mencionado no art. 273, CPC, que justifica a antecipação de tutela assecuratória é aquele risco de dano: *i) concreto* (certo), e, não, hipotético ou eventual, decorrente de mero temor subjetivo da parte; *ii) atual*, que está na iminência de ocorrer, e enfim, *iii) grave*, que tem aptidão de para prejudicar ou impedir a fruição do direito.

Assim, percebe-se que não é qualquer tipo de risco de dano que enseja a antecipação. O dano irreparável ao qual se refere o legislador é aquele irreversível e o de difícil reparação é aquele que provavelmente não será revertido.

Por fim, o último dos pressupostos alternativos (inciso II do art. 273, CPC) é o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório. Frise-se que para a

²³ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil*. 7ª ed. V. 3. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011, p. 25-26

²⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 5ª ed. V. 2. Salvador: Juspodivum, 2010, p. 496.

concessão da tutela em tela é necessário a existência de ambos os requisitos cumulativos e mais um dos requisitos alternativos.

Interessante notar que as hipóteses desse inciso consistem em conceitos abertos e indeterminados, abrindo margem para o magistrado analisar o seu preenchimento à luz de cada caso concreto.

Esse último requisito alternativo assemelha-se aos casos de litigância de má-fé, e tem por escopo principal a melhor distribuição do ônus da demora do processo, assunto abordado no segundo capítulo deste trabalho.

Finalizando sobre os requisitos ou pressupostos para concessão da antecipação dos efeitos da tutela, temos a necessidade de não irreversibilidade dos efeitos do provimento. Isto é, para a concessão da antecipação o magistrado deve verificar que seus efeitos não sejam irreversíveis. Isto deve-se ao fato de que a tutela de urgência é sempre provisória, havendo a possibilidade de revogação e que caso isso aconteça, o réu possa ser restituído ao *status quo ante*.

Todavia, a situação nem sempre será assim facilmente resolvida. Haverá casos do que se chama na doutrina de irreversibilidade de mão dupla, ou seja, caso conceda a antecipação seus efeitos serão irreversíveis ao réu, mas a não concessão igualmente trará consequências irreversíveis ao autor. Nestas situações, o magistrado deve-se valer do princípio da proporcionalidade e conceder ou não a tutela de acordo com a proteção do bem ou direito mais relevante, afastando o risco mais grave e danoso.

Há ainda duas outras possibilidades de concessão da antecipação. Uma é aquela descrita no § 6º do art. 273 do CPC, que trata da incontrovérsia. “A tutela poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”. Não havendo controvérsia sobre o alegado pelo autor, não haverá mera verossimilhança, mas forte presunção de veracidade o que permite a concessão do direito antes da fase de sentença, não sendo necessário verificar nesse caso a irreversibilidade dos efeitos da tutela.

O art. 461, § 3º e 461-A §3º, tratam da antecipação da tutela nas obrigações de fazer ou não fazer e de entrega de coisa. São antecipações em caso de urgência que apesar dos dispositivos serem diferentes e divergirem levemente da escrita do artigo 273, os requisitos são basicamente os mesmos, não nos exigindo maiores detalhes, uma vez que o tema foi esgotado em linhas passadas.

1.3.5 Diferenças entre antecipação dos efeitos da tutela e cautelar

Após a conceituação de ambos os institutos, definindo as suas características e requisitos, torna-se mais fácil uma comparação entre essas tutelas de urgência.

Os dois tipos de tutela se assemelham bastante, tendo em vista que ambas podem ser úteis para afastar uma situação de perigo, são dadas em cognição não exauriente, cognição superficial deferida de acordo com a plausibilidade, a verossimilhança do direito alegado, e sempre envolvem uma situação de urgência (excluindo-se as hipóteses de antecipação contidas no inciso II do art. 273, CPC). Tem em comum também a provisoriedade. Em função disto, às vezes são confundidas. Em fato, em alguns casos há dúvidas objetivas sobre qual a melhor medida a ser aplicada e em virtude disto há o princípio da fungibilidade. O que não pode acontecer é a confusão entre a natureza, a essência dos institutos. A sua distinção é evidente!

A diferença entre a tutela cautelar e a antecipação reside na relação que mantem com o provimento final (futura sentença). Caso a medida concedida tenha cunho assecuratório, tenha por finalidade prevenção, ou seja, uma medida que vise assegurar, garantir o resultado útil do processo, garantir que caso a sentença seja de procedência, possa surtir os efeitos suficientes a satisfazer o autor, terá sido concedida uma cautelar.

A contraponto, caso a medida concedida, forneça ao autor todos os efeitos daquilo que foi pedido e que só seriam concedido com a sentença, ou parcela destes pedidos, estaremos diante de uma tutela antecipada. Trata-se de satisfazer o autor.

Resumindo, para diferenciar uma tutela da outra basta relacioná-las com a pretensão final. Aquela que concede a pretensão final em si, que satisfaz a pretensão do autor, concede de início o que seria concedido somente ao final, será uma antecipação. Quando a tutela tem por fim resguardar o que foi pedido, proteger o direito ou bem em litígio para após a sentença conseguir satisfazer seu direito será uma tutela cautelar.

Portanto, a palavra-chave para distinguir as tutelas é SATISFATIVIDADE. A antecipação de tutela tem como característica inerente à sua natureza a satisfatividade do direito do autor enquanto a cautelar não. A cautelar tem finalidade assecuratória.

Por fim, tomamos do exemplo citado por Marcus Vinicius²⁵ em sua obra de Direito Processual Civil, para tirar qualquer dúvida acerca da diferença entre as tutelas de urgência.

Imagine-se, por exemplo, que o autor corra grave risco de não receber determinado valor. A tutela antecipada lhe concederá a possibilidade de, desde logo, promover a execução do valor, em caráter provisório, alcançando-se os efeitos almejados, que normalmente só seriam obtidos com a sentença condenatória.

Já por meio de tutela cautelar, o autor poderia arrestar bens do devedor, preservando-os em mãos de um depositário para, quando obtiver sentença condenatória e não houver recurso com efeito suspensivo, poder executar a quantia que lhe é devido. A tutela cautelar não antecipa os efeitos da sentença, mas determina uma providência que protege o provimento, cujos efeitos serão alcançados ao final.

Cumpra ainda destacar que apesar de as duas tutelas exigirem cognição sumária, o requisito para comprovar a plausibilidade do direito e do que foi alegado são distintos. O *fumus boni juris*, exigido na cautelar possui menos rigor do a “prova inequívoca da verossimilhança do alegado”, exigido para a concessão da antecipação, necessitando de prova mais concreta que dê um certo grau de certeza ao magistrado. Todavia tal tópico já foi discutido em páginas passadas, sem a necessidade de retomarmos o assunto aqui sob pena de sermos repetitivos.

1.4 Liminar

Questão que gera grandes confusões e equívocos na prática forense, a liminar é utilizada em muitos casos de forma errônea desvirtuando seu significado. Faremos uma breve explicação para tornar nítido o assunto.

A liminar segundo o conceito de Didier Jr.²⁶ :

Por liminar deve-se entender medida concedida *in limine litis*, *i.e.*, no início da lide, sem que tenha havido ainda a oitiva da parte contrária. Assim tem-se por liminar um conceito tipicamente cronológico, caracterizado apenas por sua ocorrência em determinada fase do procedimento, qual seja, o seu início. *Liminar* não é substantivo – não se trata de instituto jurídico. Liminar é a qualidade daquilo que foi feito no início (*in limine*). Adjetivo, pois.

²⁵ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil Esquematizado*. São Paulo. Saraiva, 2011, p. 673.

²⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 5ª ed. V. 2. Salvador: Juspodivum, 2010, p. 477

Destarte, percebe-se que liminar simplesmente traduz a ideia de algo que é deferido no limiar no processo antes que a parte contrária se manifeste ou tenha conhecimento. A origem da palavra, segundo Marcus Vinicius Rios Gonçalves²⁷, vem do latim (*liminare* – da soleira), e significa algo que é posto de início, à entrada, como aquilo que antecede algo.

Portanto, a Liminar é veículo de transmissão, de concessão de uma tutela de urgência. Isto deve-se ao fato do surgimento da fungibilidade e da possibilidade da concessão de antecipação da tutela de maneira genérica que permite o deferimento tanto da cautelar como da antecipação dentro do processo de conhecimento.

Posto isto, a expressão liminar nada revela sobre a natureza da tutela concedida, uma vez que pode ser cautelar ou antecipada, dependendo da relação que guarde com o provimento final. Se a liminar conceder medida satisfativa que coincida com o que foi pedido ao final ou parcela deste pedido, estaremos diante de uma liminar que antecipa os efeitos da tutela. Em outro vértice, caso o provimento seja deferido antes da oitiva do réu e tenha por finalidade assegurar, acautelar o resultado útil do processo ao final, estamos diante de uma liminar de cautelar.

Conclui-se que o fato de requerer uma liminar ou dizer que foi deferida uma liminar torna impossível saber do que se trata, se de um provimento antecipatório ou cautelar. Frise-se que essas tutelas podem ser deferidas a qualquer fase do processo e que somente quando concedidas *inaudita altera parte*²⁸ será via liminar ou liminarmente.

²⁷ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil Esquematizado*. São Paulo. Saraiva, 2011, p. 694

²⁸ *Inaudita altera parte* = Sem ouvir a outra parte.

CAPÍTULO II: IMPORTÂNCIA, EFICÁCIA DA TUTELA DE URGÊNCIA E COMO SE CONFIGURA EM MECANISMO DE DIMINUIÇÃO DA MOROSIDADE DO SISTEMA E GARANTE ACESSO À JUSTIÇA

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni:

Ela (tutela antecipatória) vem sendo utilizada cotidianamente na prática forense como forma de conferir maior prontidão à realização dos direitos e, ao mesmo tempo, desestimular o abuso do direito de defesa. Não há como se negar, assim, a sua importância para a efetividade da tutela jurisdicional; trata-se, sem dúvida alguma, do instituto processual que mais tem colaborado para o aperfeiçoamento da justiça.²⁹

É com essa lição que iniciamos o presente capítulo. As medidas de urgência no âmbito da processualística moderna têm sido fundamentais para a efetivação da jurisdição, e maior acesso ao judiciário e mais que isso, de acesso à justiça.

O processo civil moderno se constitucionalizou. O advento da Constituição Federal de 1988 trouxe uma nova hierarquia normativa e princípios que devem permear e nortear toda legislação infraconstitucional. Todavia, ocorre, como é sabido, que a maioria de nossas leis e codificações são anteriores à Carta Fundamental, e inclusive, se inclui nesse rol o Código de Processo Civil que é de 1973. Desta feita, foram desenvolvidos sem a devida correlação com o texto constitucional.

O direito processual civil deve hodiernamente ser visto sob a ótica constitucional, uma vez que o Código de Processo Civil e igualmente leis extravagantes sobre o tema não são suficientes para a compreensão do processo civil moderno, pois se deve interpretá-lo a partir do modelo constitucional.³⁰

Assim, verifica-se a existência de um modelo constitucional de processo civil, com vários princípios e institutos processuais declinados na letra da Constituição Federal.

Dentre os princípios garantidos na constituição, está implicitamente garantido o princípio do acesso á justiça, princípio este que justifica a necessidade de todos os outros. Outrossim, é este princípio que gera a necessidade da existência de tutelas diferenciadas para

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da Tutela. 12.ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011,

³⁰ MANDALITI, Reinaldo Luís Tadeu Rondina. A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA COMO MECANISMO DE ACESSO À JUSTIÇA. In: http://www.conpedi.org.br/anais/36/13_1446.pdf - Acesso em 28/04/2015

diversos tipos de litígios postos em juízo, e nestes tipos de tutelas diferenciadas encontram-se as tutela de urgência, objeto do presente estudo.

Passaremos à análise do princípio do acesso à justiça e das tutelas diferenciadas como garantidoras do mesmo.

Inicialmente, cumpre-nos diferenciar acesso ao poder Judiciário e acesso à Justiça, uma vez que é frequente a confusão entre as duas figuras.

O acesso ao poder Judiciário está insculpido no inciso XXXV do art. 5º da Lei Maior que assim prescreve: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Esse inciso traduz ainda a ideia de inafastabilidade do poder jurisdicional e simplesmente significa que a todos é possível levar um litígio ou exigir um direito frente ao Estado-juiz. Ou seja, significa que todos têm direito a uma resposta do Estado, quando lhe é posto um litígio. Essa resposta do Estado trata-se de um provimento jurisdicional, que pode se traduzir ou não na efetiva justiça.

O indivíduo ao fazer uso do princípio do acesso ao Poder Judiciário e assim movimentando a máquina judicante, ele pode receber, v.g, uma resposta que não julga o mérito da ação, uma sentença sem resolução do mérito fulcrada no art. 267 do Diploma Processual Pátrio. Assim, é notório que o autor não teve a efetiva justiça, e a ele foi dado um simples provimento jurisdicional.

E aí encontra-se a principal diferença entre o acesso ao Poder Judiciário e o acesso a Justiça. O primeiro garante o direito de todo e qualquer cidadão de buscar o Judiciário para compor um litígio e receber do mesmo um provimento jurisdicional. Agora o Acesso à Justiça trata-se, na verdade da efetiva concretização dos direitos. Somente quando o Judiciário realmente tutela o direito posto em juízo, é que houve acesso à Justiça, pois foi dada uma tutela jurisdicional e não mais um simples provimento jurisdicional. O direito foi tutelado.

Todavia, destaca-se ainda, que o acesso à Justiça pode ou não ser alcançado pelo acesso ao Judiciário. Não é necessária a intervenção do Órgão Judiciário para que o direito possa ser tutelado, mas talvez por simples ações de políticas públicas.

Reinaldo Luís Tadeu Rondina Mandaliti³¹ em artigo publicado sobre o tema, utiliza-se de um exemplo que demonstra com clareza essa distinção entre os princípios, e desta feita, por ser amoldável ao tema, faço uso do mesmo:

³¹ MANDALITI, Reinaldo Luís Tadeu Rondina. A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA COMO MECANISMO DE ACESSO À JUSTIÇA. In: http://www.conpedi.org.br/anais/36/13_1446.pdf - Acesso em 28/04/2015

Logo, o acesso à justiça, por vezes, não depende do acesso ao Poder Judiciário. A concretização dos direitos fundamentais sociais, por exemplo, largamente elencados em nosso texto constitucional, pode se dar através de eficazes políticas públicas patrocinadas pelas esferas de governo. Quando um município consegue oferecer educação de qualidade a todos seus habitantes em idade escolar, esses cidadãos experimentam verdadeiro acesso à justiça sem precisar, contudo, ingressarem no poder judiciário para ver seus direitos realizados.

Por outro lado, se o Estado não é capaz de fornecer medicamentos à população, embora a saúde seja um direito constitucional garantido a todos os brasileiros, e mesmo diante desse dever se nega a fazê-lo, será preciso que o cidadão em primeiro plano faça valer o seu direito de acesso ao poder judiciário para, em seguida, ter um efetivo acesso à justiça.

E com esse exemplo, distinguimos mais nitidamente a diferença entre acesso à Justiça e acesso ao Poder Judiciário.

Neste diapasão, quando para se ter acesso à Justiça, obrigatoriamente tenha que passar pelo acesso ao Judiciário (que é o mais frequente) o jurisdicionado receberá um provimento jurisdicional conforme supracitado, todavia esse provimento terá que tutelar efetivamente o direito posto em juízo, deverá ocorrer a concretização do direito e deste modo estaremos diante de uma tutela jurisdicional.

Com isto, percebe-se que a tutela e provimento jurisdicional não se confundem e igualmente acesso ao Judiciário e acesso à Justiça. Claro também a conceituação de que o acesso à justiça é, de maneira resumida, a efetiva concretização dos direitos do jurisdicionado e quando esse princípio é atingido por intermédio do Poder Judiciário ocorre por meio de uma tutela jurisdicional. E são esses conceitos que irão embasar a importância das tutelas diferenciadas e evidenciar como elas são garantidoras da efetividade do acesso à Justiça e do processo em si.

Para o acesso à Justiça pela máquina judiciária, é necessária a utilização do processo. O processo é instrumento do direito material, meio de fazer valer o mesmo, de concretização dos direitos e consequentemente de se obter uma tutela jurisdicional.

O processo em sua evolução passou por três etapas desde seu surgimento. Inicialmente ele não possuía autonomia, era totalmente vinculado ao direito material, e não se considerava a relação jurídica de direito processual, processo se confundia com procedimento e por essas razões essa fase foi chamada de sincretista. Logo após, devido a estudos em relação ao processo, este adquiriu total autonomia do direito material, o processo passou a ser estudado de forma autônoma, nessa fase surgiram estruturas, conceitos e teorias que formaram o processo de hoje como uma ciência. Todavia, em decorrência dessa fase o

processo, foi tomado pelo tecnicismo e formalismo e assim o processo não possuía efetividade e não garantia justiça aos litigantes.

Contudo, hodiernamente, na sua atual fase fala-se em instrumentalidade. É o termo em voga, pois busca-se uma maior efetividade e celeridade do processo para uma melhor prestação jurisdicional, para ter como resultado o restabelecimento da paz no convívio social, que era perturbada por um litígio entre partes ou por ausência de um direito do cidadão. Isso não significa dizer que o processo não seja dotado de autonomia, e nem que seja um fim em si mesmo, conforme já foi defendido aqui, mas tão somente que ele é o instrumento que o Estado-juiz utiliza para concretização do direito material, para a resolução dos conflitos sociais, que ele seja dotado de efetividade para que a tutela jurisdicional seja prestada de modo a melhor satisfazer os litigantes.

E para cumprir esse desiderato, necessária a utilização e criação de novos procedimentos, institutos e mecanismos que possuem o condão de aprimorar essa relação direito material e processual culminando uma melhor tutela dos direitos por intermédio do processo. E os mecanismos mais eficazes que se mostraram nesta tarefa são as tutelas diferenciadas, mais precisamente as de urgência.

Reinaldo Luís Tadeu Rondina Mandaliti³² em seu artigo, citando Donaldo Armelin, aduz que dois posicionamentos podem nortear a tutela diferenciada. O primeiro seria aquela tutela diferenciada que visa a si mesma, que tem por fim oferecer uma tutela específica ao direito material ali postulado. Como exemplo desse tipo de tutela temos as ações de procedimentos especiais, *v.g.*, as ações possessórias e as ações de alimentos. Outro tipo de tutela diferenciada é aquela que se caracteriza pela sua cronologia processual, ou seja, por quando é concedida na ordem dos atos praticados no procedimento. A título de exemplo dessa tutela diferenciada temos a antecipação dos efeitos da tutela que se diverge do procedimento comum ordinário e depende de cognição sumária, em contraponto da cognição exauriente exigida pelo procedimento tradicional.

É de perceber-se que o procedimento comum ordinário não possui condições de satisfazer a todo e qualquer tipo de demanda e lhes garantir efetividade diante da diversidade de situações que são postas ao Judiciário. Isso decorre precipuamente porque o procedimento ordinário é muito moroso e exige do magistrado uma cognição exauriente, e muitos desses

³² MANDALITI, Reinaldo Luís Tadeu Rondina. A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA COMO MECANISMO DE ACESSO À JUSTIÇA. In: http://www.conpedi.org.br/anais/36/13_1446.pdf - Acesso em 28/04/2015

litígios não suportam essa demora do processo. É neste contexto que surge a necessidade de tutelas jurisdicionais diferenciadas para atender demandas diferenciadas.

Conclui-se, que para ter real acesso à justiça, um procedimento padrão não é suficiente para atender todo direito postulado em juízo. Destarte, para garantir esse real acesso à justiça e uma forma de minimizar os danos gerados pelo tempo, que é fundamental e inerente no processo, inclusive como garantia de direitos aos jurisdicionados, eis que surge a antecipação dos efeitos da tutela, o mecanismo de maior efetividade, garantidor da real justiça e tutela de direitos.

Conforme já aduzido no primeiro capítulo deste trabalho, o nosso sistema antes do Código de 1973, já contemplava algumas hipóteses de antecipação dos efeitos da tutela, mas reguladas em procedimentos especiais, como, *v.g.*, a que trata da Liminar no Mandado de Segurança, tratada na Lei nº 1.533/1951, revogada pela Lei nº 12.016/2009. Mesmo com o advento do atual Código de Processo Civil pátrio em 1973, a antecipação da tutela só era permitida em algumas ações de procedimentos especiais, tal como nas ações possessórias de força nova e nas de alimentos, mediante liminar. O Código também previu um livro dedicado ao Processo Cautelar. O Código de Defesa do Consumidor também já havia previsto, no âmbito das relações de consumo, a possibilidade dessa antecipação nas obrigações de fazer e de não fazer.

Todavia, em um determinado momento, conforme Marinoni explicita, percebeu-se que a Justiça civil era elitista, cheia de falhas e carecia de melhoras. A população evitava o Judiciário e tentava resolver seus problemas ou abusos de direitos por si só ou deixava por isso mesmo, não buscando a tutela merecida. O problema estava e ainda está, no acesso à Justiça e principalmente, em algo que sempre é destacado e cobrado na seara da prestação jurisdicional, que é a morosidade do sistema judiciário, o grande número de processos para um pequeno quantitativo de magistrados. Daí, pergunta-se: sobre quem recai o peso, as consequências da demora de um processo? É notório que a parte hipossuficiente aceita transacionar sobre seus direitos por não suportar a lentidão do curso do processo, o que, por outro lado, não lesiona ou afeta o réu ou classe dominante.

Note-se, todavia, que não estamos pregando aqui que o processo deve ser rápido, *a contrario sensu*³³, conforme os ensinamentos de Fredie Didier Jr.³⁴ citando Luiz Guilherme Marinoni, o tempo é um mal necessário para a boa tutela dos direitos. Para se garantir o devido processo legal, o contraditório e demais direitos assegurados às partes, é fundamental

³³ *A contrario sensu* = Em sentido contrário.

³⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 5ª ed. V. 2. Salvador: Juspodivum, 2010, p. 458.

um lapso temporal razoável. Trata-se de garantia de segurança jurídica. O que, criticamos agora, e que não é um problema atual, é a demora irrazoável, o abuso do tempo.

Deste modo, resumidamente, pois este escorço histórico da antecipação já foi aludido anteriormente e, por isso, sob pena de ficar prolixo, foi nesse contexto que passou a se utilizar as chamadas cautelares inominadas com cunho satisfativo no intuito de resolver as situações em que a emergência era tal que demandava a rápida entrega do direito sob a ameaça de perecimento do bem ou perda do direito, e igualmente, para, na medida do possível, igualar os polos da ação, entretanto, distorcia a natureza desse instituto, visto que alterava a natureza de prevenção, proteção e determinava um caráter de satisfatividade à cautelar.

E justamente com fim de retificar essa desvirtuação da medida cautelar surgiu o instituto da antecipação dos efeitos da tutela, atendendo as necessidades de determinados casos que não podiam esperar o longo caminho de um processo até a prolação da sentença ao final.

Mas como, configuram as tutelas de urgência em um dos maiores garantidores de efetividade do processo, acesso e promoção de justiça? Isto se dá pelo fato de que essas tutelas (precipuamente a antecipação) se constituem remédios contra os males do tempo do processo, distribuem o ônus da demora do processo, *i.e.*³⁵, dividem o tempo do processo entre as partes em litígio de acordo com a evidência do direito alegado ou da fragilidade da parte.

Isto ocorre em virtude de que a morosidade do sistema, a lentidão do processo pelos inúmeros motivos já elencados neste texto, acabam trazendo maiores prejuízos àqueles que tem menos condições financeiras e em virtude disto, igualmente, menos condições de suportar o curso processual, o que se coincide na maioria esmagadora dos casos na figura do autor.

Sem a antecipação dos efeitos da tutela, o ônus da demora do processo incumbiria sempre ao autor, e o réu se sentiria estimulado a protelar a ação, esgotando todos os mecanismos e vias recursais no intuito de atrasar a prolação de sentença, conservando a situação de lesão ou de injustiça.

Desta feita, nessas condições, verificando o magistrado a plausibilidade das alegações e preenchidos os requisitos necessários, pode conceder antes o que só seria concedido com a sentença. A partir deste momento, o ônus da demora do processo passa a ser

³⁵ *i.e.* = isto é, ou seja.

do réu, que adquire grande interesse na resolução final do litígio, sendo que sua esfera patrimonial ou algum direito foi invadido.

O direito processual pátrio admite uma gama imensa de formas de defesas, o que está explícito mais claramente pelos recursos. São inúmeros os recursos existentes e assim decorrem prazos para interposição e que conseqüentemente demandam tempo para serem julgados, e muitos desses recursos são dotados de efeito suspensivo, que faz com que, além de retardar o fim do processo (recursos contra decisões), pode impedir a produção de efeitos da sentença até o julgamento e esgotamento das vias recursais (recursos contra sentença e acórdãos).

Luiz Guilherme Marinoni³⁶ sobre o tema:

A preocupação exagerada com o direito de defesa, fruto de uma visão excessivamente comprometida com o liberalismo, não permitiu, por muito tempo, a percepção de que o tempo do processo não pode ser um ônus somente do autor. (...) O abuso do direito de defesa é mais perverso quando o autor depende economicamente do bem da vida perseguido, hipótese em que a protelação acentua a desigualdade entre as partes, transformando o tão decantado princípio da igualdade em uma abstração irritante.

Esse mesmo autor, com maestria, nos explica o que ele diz ser a verdadeira realidade do processo civil, e por ela nos ajuda a compreender como o tempo do processo se traduz em problemas para o jurisdicionado.

Assim, de acordo com Marinoni³⁷, sempre que é colocado um litígio perante o Estado-juiz para a resolução e restabelecimento da paz social, “o autor pretende uma modificação da realidade empírica e o réu deseja a manutenção do *status quo*³⁸”. Sempre que há um processo civil há demandantes em situações opostas disputando um direito ou um bem. E essa disputa judicial, por exigir tempo (instrução probatória, garantias processuais, formação do convencimento do magistrado), só tem o condão de prejudicar o autor que tem razão e beneficiar o réu que não tenha.

O tempo gasto na resolução da demanda representa a permanência do bem ou direito em disputa na esfera do réu, o que gera mais prejuízos ao autor por quanto mais tempo prolongar.

Em função disto, desde que o autor aparente ser o titular do direito, ou seja, que o juiz verifique a plausibilidade das alegações por meio (na antecipação de tutela) de prova

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 271.

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 272.

³⁸ *Status quo (ante)* = na situação em que se encontrava anteriormente

“inequívoca” da verossimilhança das alegações, desde que a requerimento do autor, e que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, I, CPC); ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, II, CPC); bem ainda no caso de pedido incontroverso (art. 273, § 6º, CPC), o juiz pode conceder a antecipação e transferir o ônus ao réu.

Com isso, que fique claro que, não estamos pregando aqui que esse mecanismo (antecipação) que distribui o ônus da demora do processo seja concedido em toda e qualquer ação, até mesmo porque ele não pode ser concedido sem nenhum fundamento e com facilidade. Trata-se de uma medida de risco, dada em cognição sumária em que não há a garantia de que o autor seja realmente o detentor do direito.

Percebe-se, portanto, que a tutela antecipatória configura-se em uma técnica de distribuição do ônus da demora do processo. E isso é fundamental na nossa atual conjectura do Processo Civil, pois possuímos um sistema processual que privilegia o direito de defesa e que sempre há a necessidade de confirmação de sentença para a efetiva concessão do direito ou do bem. A partir do momento que adota-se esse posicionamento, torna-se necessário uma preocupação maior com o abuso desse direito, sob pena de sempre se prejudicar os menos favorecidos e tornar a Justiça algo cada vez mais elitista, tornando totalmente ineficaz o tão defendido entre nós princípio da igualdade. Senão, o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni³⁹:

Um sistema que consagra, quase de forma absoluta, a necessidade da confirmação da sentença para a realização dos direito, deve considerar atentamente a problemática do abuso do direito de defesa. A crise da justiça civil está aos olhos de todos; é preciso que os tribunais aceitem a obviedade de que não pode haver efetividade sem riscos. O que importa é saber se vale a pena corrê-los ou se é melhor permanecer paralisado pelo medo, na imparcialidade da ordinariedade, onde imaginam os ingênuos que o juiz não causa prejuízo algum.

Portanto, as medidas de urgência, possuem a característica de adequar o processo (direito formal) à situação fática (direito material). Deve-se isto ao fato de que dependendo da urgência ou de o direito aparentar ser do autor, ou até mesmo quando for incontroverso, o juiz já concedê-lo ao seu provável titular. Com isto, ambas as partes passam a ter interesse no término da demanda, o autor para ter o direito ou o bem em definitivo, e o réu para reavê-lo. Entretanto, por ser uma medida de risco, só poderá ser concedida provisoriamente, podendo ser revogada a qualquer instante e não poderá ser irreversível (excluindo a hipótese de irreversibilidade recíproca, já explicada neste trabalho).

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 273.

Além disso, quando o juiz concede a antecipação dos efeitos da tutela ao autor, ele está conferindo o direito em si, e mesmo que sendo o provimento provisório e havendo a necessidade de ser confirmada pela sentença para ser definitivo, o autor quase que imediato (quando deferida liminarmente) pode conviver e usufruir dos efeitos de uma sentença de procedência transitada em julgado. E isto gera uma sensação de Justiça, pois há uma rápida solução que surte efeitos e que faz com que o réu também tenha interesse no término do processo. Trata-se de um mecanismo tão justo que quando o detentor do direito o recebe *in limine*⁴⁰, e posteriormente vê a antecipação sendo confirmada em decisão definitiva de procedência, possível apelação não pode ser dotada de efeito suspensivo (art. 520, VII, CPC).

Com isto a sociedade ao buscar o Judiciário para tentar resolver seus conflitos de interesses, pode ter seus direitos efetivados pela antecipação da tutela, o que antes não tinha por ser a Justiça elitista e lenta. Não que a antecipação tenha resolvido todos os problemas, mas consegue minimizá-los e fazer com o Judiciário seja menos desacreditado e instrumento das classes dominantes.

Com isto percebe-se a importância do instituto, que deve ser amplamente utilizado, todavia, com as devidas cautelas, pois apesar de seus benefícios, existem riscos, conforme já aqui aduzido. Entretanto há necessidade que o juiz corra esse risco para se ter efetividade processual, sob pena de não corrê-lo e sua omissão gerar prejuízos e portanto se tornar igualmente um risco a falta de agir.

Nesse sentido, precisa as palavras de Marinoni⁴¹(p 196-197, curso):

É preciso que os operadores do direito compreendam a importância do novo instituto e o usem de forma adequada. Não há motivos para timidez no seu uso, pois o remédio surgiu para eliminar um mal que já está instalado, uma vez que o tempo do processo sempre prejudicou o autor que tem razão. É necessário que o juiz compreenda que não pode haver efetividade sem riscos. A tutela antecipatória permite perceber que não só a ação (o agir, a antecipação) que pode causar prejuízos, mas também a omissão. O juiz que se omite é tão nocivo quanto o juiz que julga mal. Prudência e equilíbrio não se confundem com medo, e a lentidão da justiça exige que o juiz deixe de lado o comodismo do antigo procedimento ordinário – no qual alguns imaginam que ele não erra – para assumir as responsabilidades de um novo juiz, de um juiz que trata dos ”novos direitos” e que também tem que entender – para cumprir sua função sem deixar de lado sua responsabilidade social – que as novas situações carentes de tutela não podem, em casos não raros, suportar o mesmo tempo que era gasto para a realização dos direito de sessenta anos atrás, época em que foi publicada a célebre obra de CALAMANDREI, sistematizando as providências cautelares.

⁴⁰ *In limine* = No início.

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil – Processo de conhecimento**. 10ª ed. V.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 196-197.

Destacamos assim a importância do instituto em tela e como atua na processualística moderna. Todavia, está em tramitação um projeto de lei para reformar o Código de Processo Civil, na verdade trata-se de um novo Código de Processo Civil devido às drásticas mudanças. E uma das principais alterações será com relação às tutelas de urgência, englobando a cautelar e a antecipada. E por sua importância e atuação dedicamos o próximo capítulo ao estudo dessas transformações, como que ficarão as tutelas de urgência no novo código e como será seu uso, eficácia e disposição no modelo processual que será inserido em nossa legislação e suas consequências na prática. Dispensaremos ainda, alguns comentários sobre os acertos, inovações e possíveis mudanças.

CAPÍTULO III - AS TUTELAS PROVISÓRIAS NO CPC DE 2015 – LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015: TUTELA DE URGÊNCIA E TUTELA DE EVIDÊNCIA

O Novo Código de Processo Civil, até pouco tempo, era praticamente uma utopia, distante de ser alcançada, haja vista a demora com que o Congresso Nacional edita leis.

Ocorre que a comunidade jurídica foi pega de surpresa com a rapidez da aprovação do Novo CPC no ano de 2014, inclusive com a remessa do Projeto aprovado para a Presidência da República para fins de veto ou sanção presidencial.

Ato contínuo, o Novo CPC fora sancionado pela Presidência da República e publicado no dia 16 de março de 2015, com *vacatio legis* de 01 (um) ano⁴², e previsão de sua entrada em vigor no dia 16 de março de 2016, instituindo várias mudanças e compelindo os diversos processualistas civis a se atualizar e se preparar para a vigência do Novel Estatuto de Ritos.

A par das diversas mudanças realizadas, calha trazer à baila o procedimento das antigas Tutelas de Urgência do CPC/1973, agora denominadas Tutelas Provisórias, se subdividindo em Tutela de Urgência e Tutela de Evidência.

2.1. Tutela Provisória

Como se denota, a Tutela Provisória veio em substituição às chamadas Tutelas de Urgência do CPC de 1973 e, segundo Flexa, Macedo e Bastos (2015, p. 222), “o CPC/2015, no tocante às tutelas de urgência, preconizou **regras inéditas**, bem como apresentou teses consolidadas na doutrina e jurisprudência e readequou alguns institutos”.

Nessa vereda, insta vincar que houve grandes alterações nas tutelas provisórias, sendo que o legislador pátrio cuidou de analisar as mazelas existentes na codificação anterior, preenchendo as lacunas que incomodavam a comunidade jurídica.

Impende tecer alguns comentários acerca de mudanças pontuais feitas pelos legisladores, pois asseveram Flexa, Macedo e Bastos (2015, p. 222) que

O legislador sistematizou as tutelas de urgência. Com o advento do CPC/2015, o gênero será Tutela Provisória, composta das seguintes espécies: tutela de urgência e tutela de evidência. A tutela de urgência poderá ser cautelar ou antecipada, conforme a hipótese. Em ambos os casos, tais tutelas poderão ser antecedentes ou incidentais. Tais tutelas correspondem ao que a doutrina atual denomina de tutela de segurança. Por outro lado, o legislador

⁴² Art. 1.045. Este Código entra em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial;

positivou a tutela de evidência de forma expressa. Tal medida, já consagrada na doutrina, tinha previsão no artigo 273, inciso II, CPC/73, mas sem a utilização expressa deste *nomem iuris*.

Desse modo, a Lei nº 13.105/2015 trouxe uma nova classificação quanto à Tutela de Evidência, pois, malgrado tenha previsão no CPC de 1973, não existia uma nomenclatura específica para tal instituto, motivo pelo qual o legislador entendeu por bem conceder o *nomem iuris* “Tutela de Evidência”.

Com efeito, as Tutelas Provisórias do Novo CPC tem a mesma intenção de evitar a perda da prestação jurisdicional ou, então, acautelar o objeto do processo, evitando, assim, que a entrega da prestação judicial seja insatisfatória e, ao se alcançar o provimento final, a parte vencedora receba regularmente a procedência da pretensão.

Nessa esteira, tem-se como fundamento principal das tutelas provisórias a morosidade do Poder Judiciário, seja no CPC de 1973, seja no de 2015, pois servem como formas de minimizar as problemáticas que assolam a Justiça Brasileira cotidianamente, concedendo aos litigantes uma esperança no reconhecimento do direito vindicado.

Fato interessante é a isenção de custas nas Tutelas Provisórias, haja vista que Flexa, Macedo e Bastos (2015, p. 224) dispõem que “o legislador, de forma acentuada, previu isenção objetiva de custas processuais para todas as formas de tutela provisória (de segurança ou de evidência), desde que requeridas de forma incidental (art. 295 CPC/2015)”.

Além disso, não se pode olvidar a provisoriedade, sendo esta confundida com a temporariedade quando se trata das Tutelas de Provisórias, tendo em vista que, no que tange à provisoriedade, pode a decisão ser revista pelo magistrado a qualquer tempo, desde que dentro da mesma relação jurídica processual e, ainda, não possui prazo específico ou momento determinado para cessar seus efeitos.

Ademais, como se sabe, a Constituição da República prevê em seu artigo 5º, inciso XXXV⁴³, que o Poder Judiciário não se eximirá de analisar qualquer demanda quando houver lesão ou ameaça a direito, o que concede ao magistrado a possibilidade de determinar medidas úteis e imprescindíveis para a obtenção do resultado prático equivalente ao pleiteado pelo litigante.

Em vista disso, o Novo CPC trata do assunto e, com amparo nos dizeres de Flexa, Macedo e Bastos (2015, p. 226),

⁴³ Art. 5º. [...]: XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

No panorama advindo com o CPC/2015, o juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória. Assim, o legislador deixou de apresentar um rol de medidas à disposição do juiz, porém, manteve a possibilidade de exercício de atividade criativa, mesmo de ofício, em prol da efetividade da tutela jurisdicional, conforme determina o artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República.

Nessa toada, o julgador, ao deferir a tutela provisória, pode estabelecer diretrizes para que ela alcance sua pretensão, já que visa antecipar os efeitos práticos da decisão final, pois, se assim não fosse, restaria prejudicado o direito dos litigantes e, ainda, tornaria o processo um instrumento inócuo, sem efetividade material.

2.1.1. Tutela de Urgência

A Tutela de Urgência é uma das espécies de Tutelas Provisórias trazida pelo Novo CPC, porém, se subdivide em: a) Tutela Cautelar; e b) Tutela Antecipada. Ambas poderão ser antecedentes ou incidentais.

De introyto, a Tutela Provisória Cautelar poderá ser antecipada ou incidental, ou seja, deferida *in limine* (no início do processo), ou então durante o transcorrer do trâmite processual (incidental), sendo aplicada no momento que se mostrar mais conveniente e necessária para preservar a efetividade substancial da tutela jurisdicional.

Nesse vértice, a Tutela Provisória Cautelar se mostra como ferramenta de acautelamento do objeto pleiteado judicialmente, haja vista que seria perigoso deixar desguarnecida a pretensão das partes, pois pode ela se deteriorar se não for abarcada pela proteção estatal.

Ocorre que o processo Cautelar não se trata mais de ação autônoma, aforada em autos apartados, considerando que no CPC de 1973 a cautelar poderia ser ajuizada antes da ação principal, e desta sempre era dependente⁴⁴.

Diante disso, no Novel CPC não existe mais o processo cautelar conforme elucidam Flexa, Macedo e Bastos (2015, p. 222), aduzindo que “o Processo Cautelar, como processo autônomo, deixa de existir. As medidas cautelares, então existentes, serão requeridas no bojo do mesmo processo, sem a necessidade de instauração de relação jurídica processual nova”.

⁴⁴ Art. 796. O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente;

Sendo assim, persiste agora a medida cautelar, mas pleiteada no decorrer do trâmite processual, como figura incidental, não existindo a necessidade de ajuizamento de demanda autônoma para fins de acautelamento do objeto do litígio.

Nesse compasso, as tutelas existentes no Novo CPC visam à celeridade processual, proporcionando aos jurisdicionados resultados mais rápidos em curto espaço de tempo, porém, sabe-se que isso não é fácil diante da atual ordem jurídica, posto que a aplicabilidade da parte teórica necessita de meios materiais que permitam a efetivação da instrumentalidade do processo.

Permanece na Tutela Provisória Cautelar os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, sendo o primeiro a presença dos elementos que evidenciem a plausibilidade/probabilidade do direito vindicado e, o segundo, a demonstração de que a parte autora não possui condições de aguardar a tardia decisão judicial, a qual pode chegar atrasada em sua esfera jurídica, tendo ocorrido o perecimento do direito⁴⁵.

Outro ponto importante de se destacar é a irreversibilidade do provimento provisório, considerando que deve o magistrado cuidar para que, no caso concreto, a Tutela Cautelar não satisfaça a prestação final, sendo impossível reverter a tutela judicial, tornando-se então inócua o prosseguimento da causa.

Sobre o tema, impende salientar o escólio de Flexa, Macedo e Bastos (2015, p. 234), os quais asseveram que

A rigor, é importante pontuar que a irreversibilidade não é propriamente do provimento, na medida em que o juiz prolator da decisão poderá revogá-la, substituí-la ou modificá-la, inclusive de ofício. A irreversibilidade atinge o panorama fático, ou seja, após a concessão da medida, ainda que o provimento seja revogado, não há mais como retornar ao *status quo ante*.

Grosso modo, pode-se afirmar que as Tutelas Provisórias ocupam papel importante na ordem jurídica atual, posto a Constituição da República, com seu texto humanista, alargou as possibilidades de acesso ao Poder Judiciário para solução de conflitos⁴⁶, sejam elas pequenas rixas entre vizinhos ou, então, grandes contendas.

⁴⁵ Novo CPC - Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

⁴⁶ Vide artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República;

Ainda, o Novo CPC⁴⁷ traz a necessidade de o litigante que pleitear a medida cautelar, permanecendo com a mesma ideia do CPC de 1973, prestar caução como espécie de contracautela em favor do demandado, a qual pode ser real ou fidejussória⁴⁸.

Não bastasse, o legislador deixou intocada a norma de possibilidade de concessão liminar da tutela cautelar, bem como seu deferimento depois de realizada audiência prévia, conforme se alude do artigo 300, § 2º⁴⁹, do Novo CPC.

Lado outro, não pode esquecer-se da Tutela Antecipada (antecedente), a qual, segundo a doutrina de Flexa, Macedo e Bastos (2015, p. 238),

Trata-se de uma tutela provisória de urgência de segurança, cujo objetivo é a obtenção de tutela antecipada de forma antecedente. A tutela antecipada, no âmbito do CPC/73, conforme artigo 273, tinha como objetivo a antecipação dos efeitos práticos do provimento jurisdicional. A essência do referido instituto não foi alterado com o advento do NCPC, mas, sim, sua forma de requerimento.

Nesse viés, tem-se que a antecipação de tutela configura-se quando o julgador, com fulcro em cognição superficial, situação totalmente excepcional na seara do processo de conhecimento, profere decisão no decorrer do trâmite processual em favor da parte, antecipando os efeitos de uma sentença de mérito favorável. Com essa medida, o julgador evitará os efeitos temerosos do tempo sobre a pretensão do litigante. Dessa maneira, a tutela de urgência torna-se imprescindível para a distribuição isonômica do tempo no processo.

Neste diapasão, a Tutela Antecipada visa a concretização do direito à duração razoável do processo, premissa vertida expressamente na Constituição da República⁵⁰, constituindo-se como garantia processual a ser usufruída pelos litigantes em qualquer demanda, seja judicial ou administrativa.

Como se sabe, o processo de conhecimento, como característica que lhe é inerente, exige certo tempo para a prática dos atos necessários à tramitação do feito, perpassando por toda a fase de cognição e, ainda, a ocorrência do contraditório e da ampla defesa, os quais norteiam a litigância de boa-fé. Nesta senda, o demora do processo pode

⁴⁷ Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa [...];

⁴⁸ Art. 300 [...]. § 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.;

⁴⁹ Art. 300. [...] - § 2º. A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia;

⁵⁰ Art. 5º. [...]: LXXVIII – a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação;

causar danos irreparáveis à parte que pleiteia o direito, motivo que enseja o deferimento da Tutela Antecipada para evitar a perda superveniente do objeto processual.

Desta feita, apenas o fato de o direito permanecer estancado, sem a efetiva satisfação durante todo o tempo exigido para o desenvolvimento do processo de conhecimento já causa dano ao seu titular. Além disso, acontecimentos podem também se verificar nesse interregno, colocando em perigo a efetividade da tutela jurisdicional.

Conforme se depreende do artigo 303⁵¹ do NCPC, Flexa, Macedo e Bastos (2015, p. 239) aduzem que

Concedida a tutela antecipada, na forma do artigo 303, CPC/2015, o requerente deverá, no prazo de 15 (quinze) dias, contados da sua intimação da decisão, formular aditamento da inicial. O prazo previsto poderá ser maior, conforme as peculiaridades do caso concreto, mediante decisão expressa ao juiz. Jamais poderá ser fixado prazo menor, sob pena de violação de literal disposição da norma jurídica.

De fato, a Tutela Antecipada vem com modificações significativas necessárias ao seu deferimento, haja vista que a intenção principal é efetivar a celeridade e a duração razoável do processo, o que o legislador pátrio incumbiu à Comissão de Juristas escolhidos para elaborar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.

2.1.2. Tutela de Evidência

Além da Tutela de Urgência, a qual engloba a Cautelar e a Antecipada, tem-se também a Tutela de Evidência, a qual vem delineada no artigo 311⁵², *caput*, do Novo Código de Processo Civil, com as hipóteses elencadas em seus quatro incisos.

Conforme conceituam Flexa, Macedo e Bastos (2015, p. 252),

⁵¹ Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo. § 1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o caput deste artigo: I - o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar

⁵² Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

A tutela de evidência, objeto da presente análise, é uma espécie de provimento jurisdicional antecipado, fulcrado na evidência, perdoem o truísmo, do supedâneo fático e jurídico apresentado pelo titular da pretensão. À guisa de esclarecimento, não utilizaremos neste particular o vocábulo *autor* por entendermos que qualquer titular de uma pretensão exercida, autor e réu, fará jus ao provimento antecipado de sua tutela jurisdicional, desde que satisfeitos os seus pressupostos.

Além disso, entende-se, realmente, que existem situações em que a tutela é de evidência, que, em havendo necessidade de deferimento da tutela, sob a forma de liminar, não necessita o requerente demonstrar a imprescindibilidade do provimento, pois, nesse caso, a prestação jurisdicional restaria prejudicado.

Não bastasse isso, não é necessário demonstrar o *periculum in mora*⁵³, haja vista que ser evidente a indispensabilidade do provimento que se pretende a concessão, não tendo o feito que tramitar para alcançar tal intento.

Nesse jaez, a Tutela de Evidência vem servir àquelas causas nas quais não se torna necessária a demonstração do perigo na demora processual, mas nas demandas em que o autor, de plano, demonstra o direito por ele vindicado, seja pela documentação acostada à inicial ou pela impossibilidade de o réu opor-se às provas colacionadas pelo autor; pelo manifesto propósito protelatório do réu, pois percebe que o autor logrará êxito na procedência de seus pedidos etc.

Ante o exposto, a cognição do magistrado, em que pese o pouco contato com a causa, será suficiente para levá-lo a decidir a demanda diante das características do caso concreto analisado, não sendo necessário aguardar o término da demanda para se alcançar a providência pleiteada pela parte.

Por derradeiro, vê-se que as Tutelas Provisórias são institutos que visam proporcionar uma maior materialidade do instrumento de efetivação dos direitos constitucionais, o processo, este que fora elevado ao *status* máximo, deixando de ser apenas ferramenta de resolução de conflitos particulares, como até certo tempo atrás.

Na esteira deste entendimento, vê-se que os processualistas civis terão muito que aprender com a nova sistemática das Tutelas Provisórias, sejam elas urgentes, antecipadas ou de evidência, motivo pelo qual se viu a necessidade de tratar do assunto na presente pesquisa monográfica.

⁵³ Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo [...];

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme restou demonstrado no desenvolver do texto, o processo ordinário é muito moroso o que causa incertezas na sociedade, levando os cidadãos a não buscarem resolver os litígios e lesões aos seus direitos em virtude de a Justiça ser elitista e o Judiciário muito lento, além de ser um sinônimo de Injustiças.

Neste diapasão, a parte hipossuficiente sempre arcou com os prejuízos dessa demora, e deixou de acessar o Judiciário e ter Acesso à Justiça, e conseqüentemente teve os seus direitos violados e usurpados pelas classes dominantes.

E assim o Judiciário com suas amarras processuais, foi se afundando cada vez mais em seus formalismos exacerbados e esquecendo do seu fim maior, qual seja, a concretização do direito material, dar à todo indivíduo o que lhe é devido, justo e de forma adequada.

Houve desta feita, a necessidade de mudanças, o processo civil modernizou-se e o advento da Constituição Federal de 1988, posterior ao CPC vigente, trouxe evoluções e alterou-se o modo de pensar o processo.

Vários mecanismos foram adotados pelo legislador para minimizar os efeitos da demora do processo e de até mesmo tornar mais ágil a prestação jurisdicional. Dentre esses mecanismos, um dos mais importantes e que demonstrou maior eficiência no combate desses males foram as tutelas diferenciadas, precipuamente as Tutelas de Urgência.

Percebemos que, fugindo do processo ordinário, fazendo uso das tutelas de urgência e distribuindo o ônus da demora do processo, além de modificar um sistema que privilegia a necessidade de confirmação de sentença e mantém o direito ou objeto do litígio nas mãos daquele que somente protelou e se defendeu em detrimento daquele que desde o início da relação processual demonstrou ser o provável detentor do alegado, faz com que o processo torne-se mais célere, pois ambas as partes passam a ter interesse no fim da relação jurídica e da crise de incerteza, conferindo assim Acesso à Justiça aos jurisdicionados.

Concluimos assim, após estudos sobre o tema, pela inenarrável importância desses institutos no Processo Civil. A importância é tamanha que por várias reformas e evoluções passaram as Tutelas de Urgência, destacando entre essas modificações a possibilidade de concessão de tutela antecipada genérica e posteriormente o Princípio da Fungibilidade.

O CPC vigente data de 1973 e é anterior à Carta Magna e por isso teve que sofrer mudanças para se adequar aos novos paradigmas constitucionais, e por isso além destas necessidades o CPC perdeu sua sistemática e unicidade em virtude das várias reformas que sofreu. Logo, necessário se fez a criação de um novo Código.

Um dos temas de maior destaque e discussões, e que foi objeto de estudos aqui, foi as tutelas de urgência, que dando um passo a mais na evolução do instituto, unificou a tutela cautelar e a satisfativa em um regime único, conforme já se previa pela adoção da fungibilidade.

Por fim, podemos concluir, que trata-se de uma técnica inovadora que precipuamente distribui o ônus da demora do processo e que deve ser entendida em sua magnitude pelos operadores, para que se faça o uso de maneira adequada mas sem timidez sob pena de serem retrógrados e conservadores extremistas que imergem o Judiciário e o Direito em formalismo e submergem ainda mais esse Poder à lentidão, mal que há muito tempo já está instalado. É hora de lutar por novos direitos, agindo com prudência, mas vislumbrando que não há efetividade se não houver riscos, e que a própria omissão configura um risco à efetividade.

Todavia, com relação à nova estrutura e disciplina das Tutelas de Urgências, cumpre ainda ressaltar que apesar de considerarmos acertada a unificação dos requisitos autorizadores e a adoção de um regime único para as tutelas cautelares e satisfativas, somente será possível ter uma real noção e avaliar com profundidade esses benefícios e o que deve ser modificado quando o novo Código de Processo Civil entrar em vigor quando pudermos analisar suas consequências na prática forense.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Planalto. **Código de Processo Civil** – Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível à: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm. Acesso: 06. agosto. 2015, às 14h34min;

_____, Planalto. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível à: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 06. agosto. 2015, às 14h51min;

_____, Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível à: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 06. agosto. 2015, às 15h24min.

CÂMARA DOS DEPUTADOS APROVA PARTE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Disponível em:

<<http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2013/11/05/camara-aprova-parte-do-novo-codigo-de-processo-civil.htm>> Acesso em 25/02/2015

CÂMARA APROVA PARTE GERAL DO NOVO CPC. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2013-nov-06/camara-aprova-parte-geral-codigo-civil-apreciar-destaques>> Acesso em 26/02/2015

CARVALHO, Salo de. **Como (Não) Se Faz Um Trabalho de Conclusão**; São Paulo; SARAIVA, 2013.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 5ª ed. V. 2. Salvador: Juspodivum, 2010.

ENTREVISTA: **ADA PELLEGRENI GRINOVER.** Disponível em:

<<http://www.esmeg.org.br/entrevistas/entrevista-ada-pellegrini-grinover>> Acesso em 15/03/2015

FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. **Novo Código de Processo Civil**. Temas inéditos, mudanças e supressões. Salvador: JusPodivm, 2015;

FREIRE, Alexandre, et al (Org.). **Novas Tendências do Processo Civil**. Salvador: Editora JusPodvm, 2013.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. São Paulo. Saraiva, 2011.

MANDALITI, Reinaldo Luís Tadeu Rondina. **A Antecipação dos Efeitos da Tutela Como Mecanismo de Acesso à Justiça**. In: <http://www.conpedi.org.br/anais/36/13_1446.pdf > - Acesso em 28/04/2015

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

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil – Processo de conhecimento**. 10ª ed. V.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. 7ª ed. V. 3. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011.

TARANTI, Patrick G.. **Dicionário Básico de Latim – Português. Expressões e Termos Jurídicos**. 1ª edição virtual. Cajuaru/ SP, 2006. Disponível em:

< <http://pt.slideshare.net/Waleriah/icionrio-bsico-latimportugus-expresses-e-termos-jurdicos>>

TEXTO BASE. **Câmara Aprova Parte Geral do Novo CPC** C. Disponível em:

<[http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI189840,61044-](http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI189840,61044-Camara+aprova+parte+geral+do+novo+CPC)

[Camara+aprova+parte+geral+do+novo+CPC](http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI189840,61044-Camara+aprova+parte+geral+do+novo+CPC)> Acesso em 28/04/2015

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. V.II - Processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência.

<<http://s.conjur.com.br/dl/minuta-cpc-votada-camara.pdf>> Acesso em 25/04/2015