

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

PEDRO RICARDO PINTO DA SILVA

**A TUTELA PROVISÓRIA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL:**

As Tutelas de Urgência e Evidência como instrumentos de efetividade processual

São Luís
2014

PEDRO RICARDO PINTO DA SILVA

**A TUTELA PROVISÓRIA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL:**

As Tutelas de Urgência e Evidência como instrumentos de efetividade processual

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão para a obtenção do
grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Alexandre Reis Siqueira Freire

São Luís

2014

Silva, Pedro Ricardo Pinto da

A tutela provisória no projeto do novo código de processo civil: as tutelas de urgência e evidência como instrumentos de efetividade processual / Pedro Ricardo Pinto da Silva. – São Luis, 2014.

83f.

Orientador: Prof. Me. Alexandre Reis Siqueira Freire

Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Maranhão - Curso de Direito, 2014.

1. Direito processual civil 2. Tutela provisória 3. Novo código de processo civil
4. Tutela antecipada 5. Tutela cautelar I. Título

CDU 347.922

PEDRO RICARDO PINTO DA SILVA

**A TUTELA PROVISÓRIA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL:**

As Tutelas de Urgência e Evidência como instrumentos de efetividade processual

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão para a obtenção do
grau de bacharel em Direito.

Aprovada em: / /

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Alexandre Reis Siqueira Freire (Orientador)
Universidade Federal do Maranhão

(Examinador)
Universidade Federal do Maranhão

(Examinador)
Universidade Federal do Maranhão

Aos meus pais, por toda a confiança em mim depositada e pelo amor absoluto.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, a Deus, pela dádiva da vida e pela força e coragem que me foram dadas para suportar os obstáculos dessa caminhada.

Aos meus pais, Sandra e Ricardo, pelo apoio incondicional ao longo de todos esses anos, sem o qual não teria chegado até aqui. Obrigado pelo amor e carinho dedicados e, principalmente, pelos valores que me ensinaram. Vocês são e sempre serão meu alicerce e minha fortaleza.

Ao meu irmão, Gabriel, por sempre estar ao meu lado.

Aos meus avôs e avós, por terem construído essa família maravilhosa.

A todos os meus familiares, pessoas em que sei que sempre posso confiar. Em especial às minhas madrinhas Silma e Silvana, pelo enorme carinho, e à minha tia Renata, para quem não tenho palavras pra expressar toda minha gratidão.

À minha princesa, Priscila, um presente que Deus guardou pra me dar na hora certa, por ser minha revisora, minha companheira, minha princesa e, acima de tudo, o meu amor. Essa vitória é, em grande parte, tua também.

Aos meus amigos, pelo companheirismo e pela alegria dos momentos em que passamos juntos.

Enfim, a todos aqueles que contribuíram, direta e indiretamente, para essa conquista.

Muito Obrigado!

*“Um leitor vive mil vidas antes de morrer. O
homem que nunca lê vive apenas uma.”*

(George R. R. Martin)

RESUMO

O presente estudo tem por objeto a análise da Tutela Provisória no Projeto do Novo Código de Processo Civil, sob o prisma do Princípio da Efetividade do Processo, o atual norte a ser perseguido pelo Direito Processual Civil. Para tanto, busca fundamento na ideia do modelo constitucional do processo, segundo a qual o processo deve ser um instrumento de efetivação de direitos e de concretização das garantias fundamentais. Procura, então, entender a relação tempo e processo, para, logo após, estabelecer a Tutela Provisória como espécie de tutela jurisdicional que deve ser prestada sempre que não for possível ou justificável aguardar todo o trâmite processual necessário à prestação definitiva. A partir daí, com base na distinção entre os conceitos de tutela jurisdicional e técnica processual, defende a premissa de que a tutela provisória é gênero, do qual são espécies as tutelas de urgência e evidência, sendo a primeira delas instrumentalizada por meio das tutelas cautelar e antecipada, enquanto a última, através apenas da tutela antecipada. Nesse contexto, analisa a sistemática adotada pelo Projeto do Novo Código de Processo Civil no que tange à matéria, para, ao final, chegar a conclusões acerca das inovações trazidas por ele para a disciplina da Tutela Provisória, buscando sempre a interpretação dos seus dispositivos que mais se adequa ao conceito de Efetividade da Jurisdição.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Tutela Provisória. Tutela de Urgência. Tutela de Evidência. Tutela Antecipada. Tutela Cautelar. Efetividade Processual. Projeto do Novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT

This research aims the analysis of the Interim Protection of the New Civil Procedure Code Bill, from the Process Effectiveness Principle point of view, the current objective to be pursued for the Civil Procedural Law. To do so, it seeks basis in the constitutional process model idea, according to which the process must be an effective instrument of rights and realization of basic guarantees. Then it seeks to understand the relationship between time and process to establish the Interim Protection as a kind of judicial protection that must be provided when it is not possible or justifiable wait the process procedure as necessary for the final provision. From then on, based on the distinction between the concepts of judicial protection and procedural technique, it defends the premise that interim protection is gender, of which the immediate injunctions and evidence protection, the first one being exploited through preventive and interlocutory injunctions, while the last one only by interlocutory injunctions. In this context, it analyses the system adopted by the New Civil Procedure Code Bill regarding matter, for in the end, reaches the conclusions about the innovations brought by it for the Interim Protection discipline, always seeking the interpretation of its provisions that are best suited to the concept of access to justice.

Keywords: Civil Procedural Law. Interim Protection. Immediate Injunctions. Evidence Protection. Interlocutory Injunctions. Preventive Injunctions. Process Effectiveness. New Civil Procedure Code Bill.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLA

| | |
|------|--------------------------------------|
| CF | Constituição Federal |
| CPC | Código de Processo Civil |
| NCPC | Novo Código de Processo Civil |
| PLS | Projeto de Lei do Senado |
| MEC | Ministério da Educação |
| SDC | Substitutivo da Câmara dos Deputados |

SUMÁRIO

| | | |
|--------------|--|----|
| 1 | INTRODUÇÃO | 10 |
| 2 | OS NOVOS DESAFIOS DO PROCESSO CIVIL: A efetividade como novo horizonte | 12 |
| 2.1 | A evolução científica do processo | 12 |
| 2.2 | O modelo constitucional do processo civil | 16 |
| 2.3 | O processo e o tempo | 21 |
| 2.4 | A tutela provisória como instrumento de efetividade do processo | 25 |
| 3 | A TUTELA PROVISÓRIA E SEUS MECANISMOS NO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO | 31 |
| 3.1 | As tutelas de urgência e evidência como espécies de tutela provisória | 31 |
| 3.2 | As técnicas processuais de instrumentalização da tutela provisória: a tutela cautelar e a tutela antecipada | 37 |
| 3.2.1 | A tutela cautelar | 38 |
| 3.2.2 | A tutela antecipada | 42 |
| 3.3 | A fungibilidade entre as medidas de urgência | 47 |
| 4 | A TUTELA PROVISÓRIA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL | 52 |
| 4.1 | O novo código de processo civil e a busca pela efetividade do processo | 52 |
| 4.2 | A tutela provisória no projeto do novo código de processo civil | 55 |
| 4.3 | A tutela de urgência no projeto do novo código de processo civil | 60 |
| 4.3.1 | O regime único de tratamento | 60 |
| 4.3.2 | A tutela antecipada antecedente | 64 |
| 4.3.3 | O poder geral de cautela | 67 |
| 4.4 | A tutela de evidência no projeto do novo código de processo civil | 70 |
| 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS | 76 |
| | REFERÊNCIAS | 79 |

I INTRODUÇÃO

No ano de 2009, o Senado Federal instituiu uma comissão de juristas, presidida pelo atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, no intuito de elaborar um Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, compondo-a de diversos renomados processualistas brasileiros, tais como: José Miguel Garcia Medina, Humberto Theodoro Junior, Elpídio Donizetti Nunes, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Marcus Vinicius Furtado Coelho, Teresa Arruada Alvim Wambier, Adroaldo Furtado Fabrício, José Roberto dos Santos Bedaque, Paulo Cesar Pinheiro Carneiro, Bruno Dantas e Jansen Fialho de Almeida.

O resultado desse trabalho foi apresentado em meados de 2010, através do Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010 (PLS 166/2010), tendo como relator o Senador Valter Pereira. Após seis meses de tramitação nessa Casa Legislativa (período de tempo bastante exíguo, diga-se de passagem), em dezembro desse mesmo ano, o projeto foi aprovado pelo Plenário do Senado Federal.

Apesar de algumas mudanças na redação original, o texto inicialmente aprovado pelo Senado manteve as principais diretrizes do Anteprojeto do NCPC, introduzindo apenas pequenas modificações que não chegaram a descaracterizá-lo, nem desviá-lo das linhas essenciais seguidas pela Comissão de Juristas.

Com tais modificações, o texto foi remetido à Câmara dos Deputados para análise e posterior aprovação, passando a ser denominado como Projeto de Lei nº 8.046/2010. Após sucessivos debates, em 25 de março de 2014, a Câmara dos Deputados chegou a um texto final, o Substitutivo da Câmara dos Deputados 8.046, de 2010 (SDC 8.046/2010), o qual, em alguns pontos específicos, distanciou-se sobremaneira daquele que fora aprovado primeiramente no Senado Federal.

Assim, o projeto aprovado na Câmara dos Deputados retornou mais uma vez ao Senado Federal para que as mudanças propostas pelos deputados fossem analisadas e acolhidas, ou não. O Projeto do NCPC, atualmente, encontra-se nessa casa legislativa, aguardando votação, para, posteriormente, ser encaminhado à Presidente da República, que o analisará, sancionando-o ou vetando-o¹.

¹O presente trabalho foi finalizado antes da aprovação do Projeto do NCPC pelo Senado Federal. Entretanto, levou em consideração o Relatório apresentado pelo Senador Vital do Rêgo, que analisou as propostas de mudanças feitas na Câmara dos Deputados e apresentou o provável texto final do NCPC. Até o fechamento deste estudo, o referido relatório foi aprovado pela Comissão Temporária do NCPC no Senado, mas não foi objeto de votação no plenário dessa casa legislativa.

A proposta feita pela comissão, após sucessivas votações nas casas legislativas e algumas mudanças, está na iminência de ser aprovada e inaugurará uma nova etapa no processo civil brasileiro, tendo em vista que será o primeiro código processual do país concebido em meio ao regime democrático.

Nesse aspecto, imbuído no espírito da Efetividade Jurisdicional, tentará estabelecer um processo mais adaptado à nova realidade social vivida no Brasil, tornando-o um verdadeiro instrumento de efetiva satisfação de direitos, à luz das garantias constitucionais, idôneo não apenas para reconhecê-los, mas para ir além, propiciando, em tempo razoável, a concretização de resultados úteis à vida dos jurisdicionados.

Desse modo, propõe uma série de inovações em relação ao texto do atual CPC/73, dentre as quais se destaca a Tutela Provisória, um importante instituto de combate aos efeitos perniciosos do tempo no processo e no próprio direito a ser tutelado, responsável pela concretização do Princípio da Efetividade Processual, na medida em que busca evitar que o processo torne-se inútil ao seu final.

Por essa razão, ganha bastante relevância o estudo do tema, ainda mais quando se observa que o NCPC propõe uma mudança brusca em relação ao CPC/73 no que tange à matéria, superando a clássica dicotomia entre tutela antecipada e tutela cautelar e positivando a recente distinção observada no âmbito doutrinário e jurisprudencial entre tutela de urgência e tutela de evidência.

Por isso, a partir de agora, propõe-se analisar o projeto do Novo Código de Processo Civil, no tocante especificamente à sua proposta inovadora de pensar a tutela provisória, sob o prisma do grande objetivo perseguido pelos processualistas contemporâneos: o Princípio da Efetividade Processual.

Para tanto, inicialmente, estabeleceu-se a efetividade como horizonte a ser perseguido pelo processo civil na atualidade, para, logo após, tratar a Tutela Provisória como instituto processual que está intimamente ligado a esse objetivo. Assim, analisou-se o tratamento dado ao tema pelo atual CPC/73 e, posteriormente, a proposta apresentada pelo NCPC, para, ao fim, buscar as interpretações dos dispositivos vindouros que melhor se adequam à ideia de efetividade do processo.

2 OS NOVOS DESAFIOS DO PROCESSO CIVIL: A efetividade como novo horizonte

2.1 A Evolução Científica do Processo

O processo judicial, desde sua concepção, foi pensado e elaborado para ser o meio pelo qual o Estado exerce a sua atividade jurisdicional. Em todas as suas conceituações, sejam elas as mais simples e remotas ou até mesmo as mais bem elaboradas, é possível perceber um traço característico e marcante: o caráter instrumental.

Isso porque, não se pode dissociar do processo a ideia de um conjunto de instrumentos postos à disposição do Poder Judiciário para que exerça a sua função típica de solucionar conflitos, em substituição à “justiça privada”, também conhecida como autotutela. O processo judicial, assim, é o instrumento através do qual se opera a jurisdição, cujo objetivo precípua é a eliminação de conflitos da maneira mais justa possível.

Entretanto, apesar dessa característica ser comum em todas as definições, observa-se que a noção de instrumentalidade tem variado conforme a época em que se observa o processo como fenômeno jurídico, de modo que o momento histórico social, bem como a ideologia dominante, muito influencia na forma como se pensa esse caráter instrumental.

Em um primeiro momento, não se distinguia processo de procedimento, caracterizando-se o processo como uma singela sucessão de atos processuais (CINTRA, 2006). Nessa fase da evolução científica processual, compreendida no século XIX, conhecida como Fase Sincrética, não existia um direito processual propriamente dito, pois se concebia o processo como mero apêndice do direito material, de modo que esses dois planos do direito chegavam a serem confundidos entre si. Ensina Grinover (2006, p. 44):

Até meados do século passado, o processo era considerado simples meio de exercício dos direitos (daí, direito adjetivo, expressão incompatível com a hoje reconhecida independência do direito processual). A ação era entendida como sendo o próprio direito subjetivo material que, uma vez lesado, adquiria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida. Não se tinha consciência da autonomia da relação jurídica processual em face da relação jurídica de natureza substancial eventualmente ligando os sujeitos do processo. Nem se tinha noção do próprio direito processual como ramo autônomo do direito e, muito menos, elementos para a sua autonomia científica. Foi o longo período de sincretismo, que prevaleceu das origens até quando os alemães começaram a especular a natureza jurídica da ação no tempo moderno e acerca da própria natureza jurídica do processo.

Durante esse período, observava-se uma visão plana do ordenamento jurídico, a qual entendia a ação como o próprio direito subjetivo lesado (ou o resultado da lesão ao direito subjetivo), a jurisdição como sistema de tutela aos direitos e o processo como mera sucessão

de atos. A ação, assim, era incluída no sistema de exercício de direitos e o processo era analisado como conjunto de formas para esse exercício, sob a condução pouco participativa do juiz².

Sob grande influência das ideias concebidas nessa fase, Carnelutti desenvolveu a *teoria unitária* do ordenamento jurídico, segundo a qual o objetivo do processo seria a *justa composição da lide* (apud DINAMARCO, 2013). O ordenamento seria, então, unitário, na medida em que o processo e o direito material se fundissem em uma unidade só e a produção de direitos subjetivos, obrigações e concretas relações jurídicas entre sujeitos fosse obra do pronunciamento jurisdicional, mas não da mera ocorrência de fatos previstos nas normas.

Essa forma de definir o processo pôde ser observada durante muito tempo e, por anos, foi sustentada pelos juristas, pois não obstava que o processo cumprisse sua finalidade de solucionar conflitos, sendo eficaz no atendimento dos anseios sociais e jurídicos, em meio a uma sociedade que não possuía relações tão complexas.

Entretanto, com o passar do tempo e a evolução das relações, tal concepção passou a ser questionada, pois a ideia de que os direitos nasciam apenas a partir da sentença não se coadunava com a realidade da vida que demonstra que direitos e obrigações nascem, desenvolvem-se, modificam-se e extinguem-se, na grande maioria das vezes, sem qualquer interferência do poder jurisdicional, chamado para solucionar apenas algumas controvérsias (DINAMARCO, 2013).

Assim, no princípio do século XX, iniciou-se um movimento de fixação de conceitos essenciais da ciência processual, que culminou com a autonomia do Direito Processual, surgindo ele como uma ciência em si mesma, dotada de objeto próprio e esboçada à definição de seu próprio método. Desse modo, uma nova noção de instrumentalidade floresceu baseada, sobretudo, nos ideais positivistas que passaram a dominar o meio social. Passou-se, assim, a definir o processo através de sua finalidade de solucionar conflitos por meio da aplicação da lei ao caso, a partir de um novo conceito civilista de ação³.

A segunda fase foi autonomista, ou conceitual, marcada pelas grandes construções científicas do direito processual. Foi durante esse período de praticamente um século

²Nas lições de Bedaque (2001), traços dessa tendência ainda são perceptíveis quando da conceituação do processo. Para o autor, o processo é o instrumento pelo qual a jurisdição atua, de modo que seria necessário o cumprimento de uma série de atos preparatórios, ordenadamente sucedidos, no intuito de proporcionar ao magistrado o necessário e profundo conhecimento do caso concreto sobre o qual incidirá o provimento. O processo seria justamente essa sucessão de atos, concebidos em sua unidade e com uma finalidade: a solução do conflito.

³Não mais se considerava a ação como instituto do direito material, mas processual, dirigida não ao adversário, mas ao juiz, e cujo objeto não era o bem litigioso, mas a prestação jurisdicional.

que tiveram lugar as grandes teorias processuais, especialmente sobre a natureza jurídica da ação e do processo, as condições daquela e os pressupostos processuais, erigindo-se definitivamente uma ciência processual. A afirmação da autonomia científica do direito processual foi uma grande preocupação desse período, em que as grandes estruturas do sistema foram traçadas e os conceitos largamente discutidos e amadurecidos. (GRINOVER, 2006, p. 44)

Essa segunda fase da evolução científica do processo teve como expoentes Chiovenda e Liebman, os quais propuseram uma *teoria dualista* do ordenamento jurídico, baseada na ideia da *atuação da vontade concreta do direito* (apud DINAMARCO, 2013). Nessa ótica, a jurisdição seria exercida com o objetivo único de propiciar a realização prática do direito nos casos trazidos a juízo, não competindo aos juízes a criação de normas jurídicas substanciais⁴.

Essa nova forma de pensar o processo perdurou também por bastantes anos, vindo a sucumbir a partir do momento em que o rol dos direitos individuais e sociais cresceu exponencialmente. Após as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana passou a ser a base dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, transformando a figura do homem no centro de todas as atenções, inclusive no âmbito do processo.

O homem passou, desde então, a conquistar cada vez mais direitos e, com o fracasso do Estado Liberal, desenvolveu-se a ideia de que o Estado não deveria apenas respeitar os direitos dos indivíduos, mas promover a sua efetivação, através de uma atuação positiva, já que a sua conduta passiva não bastava para a promoção de uma sociedade justa.

Estabeleceu-se, então, o Estado Social Democrático, e a sociedade passou a clamar por um processo mais próximo da realidade, desvinculado do seu caráter introspectivo e eminentemente formal. Nesse terceiro momento da evolução processual, denominado de Fase Instrumentalista, os processualistas passaram a dedicar seus esforços no sentido de tornar mais efetiva a prestação jurisdicional. Ocorreu, assim, um verdadeiro alargamento dos horizontes do processo.

Ganhou força a noção de que o processo deveria ser um instrumento a ser usado para tornar efetivo o direito material, de conteúdo prático. Essa nova concepção de instrumentalidade surgiu baseada na perspectiva de que o direito material gera direitos e obrigações, mas não possui o condão de se efetivar por si só, de modo que há uma relação de complementaridade entre o direito processual e o direito material.

⁴Nesse sentido, Santos (1998), por exemplo, aponta que a finalidade do processo é a atuação da vontade da lei às lides, por meio dos órgãos jurisdicionais. Em outras palavras, o processo visa a composição da lide, conforme o direito objetivo, fazendo atuar a “vontade soberana” da lei.

Seguindo essa nova forma de pensar o processo, Baptista da Silva (1997, p. 413) afirma que “se o Direito Processual Civil quiser cumprir sua função instrumental, a primeira regra que deve seguir é manter-se fiel ao Direito material que lhe cabe tornar efetivo e realizado.”

Vê-se então que a noção de instrumentalidade passou a ser definida como a ideia de adaptabilidade do processo à dinâmica social. Em outras palavras, pode-se dizer que, em meio a uma sociedade baseada em relações complexas e dinâmicas, o processo tem que ser visto como um instrumento de efetivação dos direitos e garantias dos indivíduos, de forma que “deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter” (GRINOVER, 2006, p. 46).

Atualmente, prestigia-se muito mais a função social do processo⁵ do que meramente o seu aspecto técnico-dogmático. Chegou-se a um ponto que o processo civil, como ciência, já atingiu certo grau de maturação⁶, com níveis bastante expressivos de desenvolvimento. Assim, uma vez fundada a ciência, definido seu objeto, estabelecidas suas grandes premissas metodológicas e traçada a sua estrutura sistemática, passa-se a buscar como grande objetivo a efetividade da prestação jurisdicional. Isso porque não basta mais apenas ver o processo judicial sob o prisma dos operadores do direito, sendo necessário considerar o modo como os resultados concretos são obtidos.

Segundo Dinamarco (2013), o conhecimento acumulado acerca dos conceitos e institutos processuais já constitui suporte suficiente para a construção de um sistema jurídico processual apto a conduzir aos resultados práticos desejados. Assim, trata o processo em sua conotação deontológica, ou seja, em seu aspecto ético. Explica o autor:

O processualista sensível aos grandes problemas jurídicos sociais e políticos do seu tempo e interessado em obter soluções adequadas sabe que agora os *conceitos* inerentes à sua ciência já chegaram a níveis mais do que satisfatórios e não se justifica mais a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico. (DINAMARCO, 2013, p. 22)

E mais adiante conclui:

⁵Segundo os ensinamentos de Lopes (2003, p. 32): “A função social do processo não se confunde, pois, com assistência social ou caridade oficial. Significa apenas que o processo não é mero instrumento jurídico, mas meio de fazer atuar plenamente a *ordem jurídica*.”

⁶A maturidade do processo é caracterizada por Dinamarco (2013, p. 21) como “[...] o encontro de todos em torno de certas idéias comuns, como a própria autonomia do direito processual e seus institutos, a maior participação do juiz na preparação do provimento que emitirá afinal, a necessidade de assegurar o juiz natural, o *due process of law* e a efetividade do processo, com a real e equilibrada participação contraditória dos sujeitos interessados [...]”.

É indispensável que também o intérprete fique imbuído desse novo método de pensamento e sejam os juízes capazes de dar ao seu instrumento de trabalho a dimensão que os tempos exigem. (DINAMARCO, 2013, p. 25)

Aprimorar o serviço jurisdicional prestado através do processo, dando efetividade a seus princípios formativos, portanto, é atualmente uma tendência universal e é justamente essa nova noção de instrumentalidade que o legitima, pois tivesse ele seus próprios objetivos e justificação autossuficiente, não seria um instrumento a serviço de direitos, mas um fim em si mesmo, sem resultados práticos, mas apenas confabulações teóricas.

2.2 O Modelo Constitucional do Processo Civil

A Fase Instrumentalista da evolução científica do processo teve como marco, no Brasil, a promulgação da Constituição Federal da República, em 1988 (CF/88). Nesse ano, a Carta magna surgiu como a lei fundamental⁷ do país, ou seja, como a mais alta expressão jurídica da soberania popular e nacional. Nela, foram estabelecidas as normas fundamentais pelas quais a sociedade se organiza, assim como foram definidos o modo de ser do Estado e os valores a serem perseguidos por ele ao desempenhar todas as suas funções, passando o ordenamento jurídico brasileiro a ter como fundamento de validade a Carta Magna promulgada naquele ano.

A Constituição, portanto, desde sua gênese, foi colocada em posição de superioridade em relação a todas as outras normas, no ápice do ordenamento jurídico, em função da sua compreensão peculiar de lei fundamental. Em razão desse grau hierárquico supremo, não há como tratar qualquer direito sem voltar os olhos também para a Constituição (BUENO, 2007). É o que se convencionou denominar de “Princípio da Supremacia da Constituição Federal”⁸.

Silva (2011, p. 45) explica assim tal princípio:

⁷Para Kelsen (2009, p. 246), a validade de uma norma jurídica encontra seu fundamento em uma norma superior: “A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da relação de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra, e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental—pressuposta. A norma fundamental hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.” Sob essa ótica, a Constituição seria a norma fundamental que confere validade a todo o ordenamento jurídico.

⁸De acordo com Pinto Ferreira (1983, p. 90), esse princípio “é reputado como uma pedra angular em que assenta o edifício do moderno direito político”, pois a Constituição, por ser sua lei fundamental, seria o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado (SILVA, 2011).

Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais do Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.

Partindo-se dessa premissa, chega-se então à conclusão de que todas as normas, sejam elas anteriores ou posteriores à Carta Magna de 1988, devem se adequar aos parâmetros constitucionais, sob pena de serem consideradas inconstitucionais e, por consequência, não poderem integrar o ordenamento jurídico. Desse modo, as novas legislações criadas a partir de 1988 passaram a ser elaboradas com inspiração nos mandamentos constitucionais, bem como as codificações antigas foram recepcionadas pelo novo ordenamento a partir de uma interpretação conforme a Constituição.

E com as normas processuais não é diferente: o sistema processual vigente encontra seu fundamento e sua validade nos princípios e garantias fundamentais presentes na CF/88. Como ensina Bueno (2007), não é e nem pode ser novidade para ninguém que para tratar de processo civil é insuficiente referir-se ao Código de Processo Civil, pois o processo civil, como de resto, todos os outros ramos do direito e disciplinas jurídicas, estão inseridos em um contexto bem mais amplo estabelecido pela Carta Magna.

Por essa razão, resta fixada a premissa metodológica fundamental do presente trabalho: para tratar de processo civil, as normas processuais não bastam por si só. Não podem ser tidas como premissas isoladas, fechadas em um núcleo hermeticamente fechado, sem conexão alguma com o sistema maior que integra. É preciso verificar em que medida a Constituição Federal quer que o direito processual civil seja, qual o modo de ser (ou de dever-ser) do processo, extraindo-se, por consequência, o “modelo constitucional de processo civil”. Nas lições de Bueno (2007, p. 02):

É extrair da Constituição Federal o “modelo constitucional do processo civil” e, a partir dele, verificar em que medida as disposições legais anteriores à sua entrada em vigência foram por ela recepcionadas, em que medida as disposições normativas baixadas desde então estão em plena consonância com aqueles valores ou, escrito de forma mais precisa, bem realizam os desideratos que a Constituição quer sejam realizados pelo processo ou, ainda, em que medida elas *concretizam* o “modelo constitucional do processo civil”. É verificar, em suma, em que condições o legislador e o magistrado, cada um desempenhando seu próprio mister institucional, têm de conceber, interpretar e aplicar as leis para realizar adequadamente o “modelo constitucional do processo civil”.

Nesse passo, o processo civil - assim como o trabalhista, o penal, o eleitoral etc., deve estar sempre comprometido com os valores constitucionais, devendo os operadores do direito

pensar e analisar sempre os seus institutos da forma que se garanta maior concretude aos preceitos e normas fundamentais.

Surge, então, o questionamento acerca de quais seriam esses valores constitucionais a serem perseguidos na promoção da tutela constitucional do processo, qual o horizonte a ser buscado por esse instrumento, ou, como já falado, qual o rumo que a Constituição Federal quer que o processo tome ao desempenhar sua função de solucionar controvérsias.

Para responder tal questão é necessário entender primeiramente que o modelo processual traçado pela Constituição é *garantístico*, “no duplo sentido de que toda a vida do processo civil deve necessariamente ser permeada da mais estrita fidelidade aos princípios ditados pela Constituição Federal; e de que o sistema processual civil inclui medidas de tutela específica destinadas à preservação das liberdades e dos valores da cidadania” (DINAMARCO, 2009, p. 186).

Em outras palavras, isso significa que, de um lado, a Constituição Federal consagra e impõe princípios e garantias como máximas a serem observadas pelo processo, dos quais não se pode afastar o legislador em seu mister de criar e modificar normas, nem o magistrado ao interpretar o direito e aplicá-lo ao caso concreto; enquanto que, por outro lado, oferece específicos modos de “tutela jurisdicional diferenciada”, assentados no plano constitucional, tais como: mandado de segurança, *habeas corpus*, *habeas data*, ação civil pública etc.⁹

Para o presente trabalho, a análise do segundo grupo de normas processuais constitucionais, relacionado à tutela jurisdicional diferenciada constitucional, não se faz necessária, tendo em vista que não tem o condão de responder aos questionamentos levantados anteriormente. Todavia, os princípios e garantias processuais fundamentais¹⁰ devem ser entendidos como alicerce da presente construção científica, pois eles têm o condão de estabelecer o norte do processo.

Dentre tantas outras estabelecidas no texto constitucional, destacam-se aqui quatro garantias fundamentais essenciais para a análise das tutelas provisórias, objeto deste trabalho, todas elas presentes no artigo 5º da Constituição Federal, de modo que, dentre os direitos e deveres individuais e coletivos elencados nesse dispositivo, revelam um núcleo básico de

⁹Bueno (2007) classifica esse segundo grupo de normas constitucionais relativas ao processo como “jurisdição constitucional das liberdades públicas”.

¹⁰Segundo Bueno (2009, p. 94): “Os 'princípios constitucionais do processo civil' ocupam-se especificamente com a conformação do próprio processo, assim entendido o método de atuação do Estado-juiz e, portanto, método de exercício da função jurisdicional. São eles que fornecem as diretrizes mínimas, mas fundamentais, do próprio comportamento do Estado-juiz.”

garantias processuais, ou, como afirma Bueno (2007), o “modelo constitucional mínimo do processo civil”. São elas:

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

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...]

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. (BRASIL, 1988, não paginado)

No intuito de entender da maneira mais didática possível esse modelo constitucional mínimo de processo, Dinamarco (2009) propõe a análise do processo civil como um “*jogo de promessas, garantias e limitações*”¹¹.

Segundo o autor, os jurisdicionados, conscientes da necessidade de tutela jurisdicional como fator de paz na sociedade, obtêm do Estado *promessas* de dispensar e pautar o exercício da jurisdição por certas linhas capazes de assegurar a boa qualidade do resultado. A fundamental promessa seria então a garantia de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988, não paginado), prevista no artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88, ou seja, a garantia da *inafastabilidade do controle jurisdicional*.

O artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88, determina a inafastabilidade do controle judicial na resolução de conflitos, garantindo um amplo acesso à Justiça. Nesse sentido, sempre que provocado, deve o órgão jurisdicional dar uma resposta, mesmo que negativa, àquele que o procurou.

Contudo, tal preceito não significa apenas uma garantia ao jurisdicionado de amplo acesso à Justiça, significa ainda um dever do próprio Poder Judiciário de proporcionar a efetiva tutela àquele que tem direito. O acesso à Justiça, tal qual delineado na Constituição, não se limita a permitir que o indivíduo vá ao Estado-juiz para pretender proteger um direito seu de lesão ou ameaça de lesão, vai além e determina que a resposta a ser dada deve ser

¹¹Ensina Dinamarco (2009, p. 114-115): “No estudo do direito processual por suas grandes linhas metodológicas e a partir dos princípios gerais, a consciência desse jogo de *promessas, garantias e limitações* concorre eficazmente para a boa compreensão do sistema e de suas raízes plantadas na Constituição Federal e nas necessidades da nação. O mesmo Estado que promete exercer a jurisdição para debelar lesões ou ameaças a direitos e interesses (Const., art. 5º, inc. XXXV) por outro lado autolimita-se nesse exercício segundo padrões revelados a partir de premissas políticas e sociais de aceitação geral. Não seria exagero dizer que o *conhecimento do direito processual é o conhecimento dessas promessas e limitações*. ”

efetiva e adequada, de modo a propiciar justiça. Tem-se, dessa forma, a necessidade de efetividade na prestação da tutela jurisdicional como ideia implícita à concepção de acesso a uma ordem jurídica justa.

Nesse intuito, tal promessa mais ampla seria então complementada por outras promessas instrumentais, também previstas na CF/88. Tratam-se das garantias do contraditório e da ampla defesa, do devido processo legal e da razoável duração do processo, todas destinadas a dar efetividade à *promessa-síntese*: o acesso à justiça.

Desse modo, no modelo constitucional de processo civil, a garantia fundamental da inafastabilidade do controle jurisdicional figura como verdadeira cobertura geral do sistema de direitos, mas a amplitude desse preceito não pode ser entendida de maneira absoluta, pois as legítimas limitações também ditadas pela Constituição ao exercício da jurisdição constituem fator de racionalidade e realismo do sistema jurídico (DINAMARCO, 2009).

Assim, o acesso à justiça é, antes de tudo, o acesso à ordem jurídica justa (WATANABE, 1988), é a obtenção da justiça substancial. Não recebe justiça substancial aquele que não consegue sequer o exame das suas pretensões pelo Poder Judiciário, assim como aquele que recebe soluções atrasadas ou mal formuladas para as suas pretensões, ou soluções que não lhe melhorem efetivamente a vida em relação ao bem pretendido¹².

Qualquer cidadão que tenha seu direito lesado ou ameaçado poderá levar sua pretensão ao Estado-juiz almejando a tutela jurisdicional do seu bem ou do seu direito. Uma vez iniciada a atividade jurisdicional, caberá ao juiz assegurar às partes envolvidas no litígio a participação efetiva durante o processo, dando conhecimento de todos os atos processuais a elas e possibilitando a sua reação aos atos que lhe sejam desfavoráveis (NERY JR, 2004). Deve o magistrado ainda buscar solucionar o caso em lapso de tempo razoável, capaz de garantir a prestação da tutela jurisdicional sem dilações indevidas, de modo a garantir a devida efetividade para cada jurisdicionado, sem afastar-se, é claro, das regras e princípios processuais preestabelecidos, evitando qualquer surpresa procedimental aos demandantes.

Portanto, a tutela constitucional do processo converge ao aprimoramento do sistema processual como meio capaz de oferecer decisões justas e efetivas a quem tenha necessidade delas, de modo que a tutela jurisdicional a ser prestada deve ser útil, adequada e célere. Pode-se definir, nesse viés, como meta do processo civil, a ser atingida por todos os operadores do

¹²Ensina Dinamarco (2009, p. 118): “*Só tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça*. E receber justiça significa ser admitido em juízo, poder participar, contar com a participação adequada do juiz e, ao fim, receber um provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade. Tais são os contornos do *processo justo*, ou *processo equo*, que é composto pela efetividade de um mínimo de garantias de meios e de resultados.”

direito, o Princípio da Efetividade da Tutela Jurisdicional¹³, o qual deve ser entendido como a garantia do Acesso à Justiça, equilibrada e dosada pelos princípios do Devido Processo Legal, do Contraditório e Ampla Defesa, e da Razoável Duração do Processo.

2.3 O processo e o tempo

A partir dessa nova noção de instrumentalidade do processo, calcada na tutela constitucional, voltada para a efetivação de direitos, a discussão da autonomia do processo tornou-se obsoleta e outras temáticas passaram a ser consideradas muito mais pertinentes para se entender o processo como instrumento de transformação não apenas jurídica, mas social.

Desse modo, o tempo e suas implicações para o processo passaram a ser temas centrais nas discussões contemporâneas a respeito do escopo jurídico e social desse instrumento de solução de conflitos, pois o processo, assim como tudo, não permanece imune aos efeitos dessa variável. Bodart (2014) atribuiu a esse estudo das implicações do elemento temporal no processo o nome de “Dromologia Processual”¹⁴.

Dinamarco (1995, p. 138) explicita essa nova preocupação dos processualistas a partir do desprestígio do Poder Judiciário:

No direito moderno, a realidade dos pleitos judiciais e a angústias das longas esperas são fatores de desprestígio do Poder Judiciário (como se a culpa fosse só sua) e de sofrimento pessoal dos que necessitam da tutela jurisdicional. Fala-se do binômio custo-duração como o eixo em torno do qual gravitam todos os males da justiça contemporânea (Vincenzo Vigoritti) e com toda a autoridade já foi dito, em sugestiva imagem, que o tempo é um inimigo do direito, contra o qual o juiz deve travar uma guerra sem tréguas (Carnelutti). Acelerar os resultados dos processos é quase uma obsessão, nas modernas especulações sobre a tutela jurisdicional.

Cintra, Grinover e Dinamarco (2006, p. 26) ressaltam ainda a relação tempo e processo, também considerando o tempo como inimigo da prestação jurídica efetiva:

¹³Vale aqui fazer um pequeno adendo para distinguir o Princípio da Efetividade do Princípio da Eficiência. Como explica Didier (2013, p. 436), a Eficiência é “uma visão contemporânea (e também atualizada) do conhecido princípio da economia processual”, valor esse que deve ser observado tanto na Administração Judiciária como na gestão de cada processo, guardando verdadeira relação com a busca pela celeridade na prestação jurisdicional. Entretanto, não deve ser confundida com Efetividade, pois, prossegue o autor, “um processo pode ser efetivo sem ter sido eficiente – atingiu um fim “realização do direito” de modo insatisfatório (com muitos resultados negativos colaterais e/ou excessiva demora, por exemplo). Mas jamais poderá ser considerado eficiente sem ter sido efetivo.”

¹⁴O termo “Dromologia” foi primeiramente utilizado pelo filósofo francês Paul Virilio para designar o estudo dos efeitos da velocidade nas relações humanas, em especial nas relações políticas, partindo-se da premissa de que a velocidade é um fator de proveito na sociedade. Nesse contexto, a sociedade moderna é tão dinâmica que cada vez mais o tempo deixa de possuir apenas uma dimensão física para ser considerado também uma construção social, pois passa a ser entendido como um desafio de poder, uma exigência ética e um objeto jurídico (BODART, 2014).

Pois tudo toma tempo e o tempo é inimigo da efetividade da função pacificadora. A permanência de situações indefinidas constitui, como já foi dito, fator de angústia e infelicidade pessoal. O ideal seria a pronta solução dos conflitos, tão logo apresentados ao juiz. Mas como isso não é possível, eis aí a demora na solução dos conflitos como causa de enfraquecimento do sistema.

Com efeito, como os tempos atuais cada vez mais se caracterizam pelo ritmo acelerado de vida, tanto nas relações sociais como econômicas, a prestação jurisdicional tem se tornado alvo de descrédito e de censura generalizada, em razão da notória inaptidão dos serviços judiciais para se amoldarem à dinâmica social (THEODORO JUNIOR, 1997).

A partir dessa visão, o tempo ganhou tanta importância no âmbito do processo que passou a ser considerado uma variável inversamente proporcional ao conceito de justiça. Dessa maneira, quanto mais lento fosse o processo, mais injusto ele seria. Conforme as lições tão conhecidas de Carnelutti, a justiça tardia é uma justiça pela metade e, sob essa perspectiva, o tempo seria o inimigo contra o qual o juiz deveria travar uma guerra constante (*apud* DINAMARCO, 2013)¹⁵.

Todavia, a despeito dessa necessidade desenfreada de se dar uma resposta célere ao jurisdicionado, não se pode eliminar o fator temporal por completo no âmbito processual, pois um processo justo demanda certo tempo para ser concluído. Não se pode olvidar que o processo naturalmente carece de uma dilação temporal para solucionar os conflitos e promover a pacificação social, sempre observando todas as formalidades legalmente previstas. Ensina Bodart (2014, p. 82):

Sem dúvidas, o tempo é um inconveniente para aquele que o suporta à espera da satisfação de sua pretensão. Todavia, não se pode eliminá-lo – um processo justo demanda uma parcela de tempo que será debitada em desfavor de um dos litigantes.

O processo, em seus diversos ramos (seja ele penal, civil, trabalhista, eleitoral etc.), demanda tempo para ser concluído pelo fato de se desenvolver através de uma sucessão ordenada de atos, ligados por um vínculo de instrumentalidade e voltados a um mesmo fim: a resolução de um conflito de interesses entre pessoas (FRIEDE, 2009). A própria dialética processual observa uma ordem lógica, a partir da qual primeiro se alega, depois se prova e por fim se decide.

¹⁵Capelletti (*apud* DINAMARCO, 2013) vai mais além ainda e afirma que a duração excessiva duração do processo traduz injustiça social, porque o grau de resistência do pobre é menor que o do rico.

Por conta dessa faceta, todo processo possui um tempo fisiológico, ou seja, a lógica processual, *per se*, demanda o dispêndio de certo número de dias, meses e anos até que se pratiquem todos os atos necessários à sua conclusão (BODART, 2014).

Desse modo, o tempo, antes de ser percebido como um entrave, deve ser tido como uma variável necessária à consecução dos fins do processo, explica-se: o juiz, até que chegue a uma solução final para a demanda, deve percorrer o caminho previamente estabelecido em lei, como forma de proferir a decisão “mais justa possível”¹⁶. É o que comumente se chama de *tempo fisiológico do processo*, ou *tempo de maturação*.

Deve-se, assim, entender que o tempo fisiológico não é o responsável pelo descrédito do Poder Judiciário e, por isso, não deve ser por ele combatido, sob pena de se sobrelevar a própria segurança jurídica processual.

Contudo, ao lado do tempo fisiológico do processo, verifica-se, por vezes, uma demora excessiva em sua conclusão, a qual Friede (2009, p. 8) define como *demora patológica* do processo:

Modernamente, todavia, além do tempo fisiológico do processo, observa-se uma demora patológica, excessiva, gerada por diversos fatores, que vão da falta de aparelhamento do Estado e se estendem à desmedida recorribilidade (para citar duas causas sempre lembradas da lentidão da prestação jurisdicional).

É essa demora excessiva que é ilegítima e conduz à morosidade processual, fenômeno negativo que se busca combater hodiernamente, sufocando o “tempo morto”, ou seja, aqueles lapsos temporais observados durante o andamento do processo que extrapolam o seu tempo fisiológico. Nesse diapasão, surgem as mudanças no processo no sentido de desburocratizá-lo, para torná-lo mais célere¹⁷.

Assim, para que o processo seja capaz de gerar o máximo de efetividade possível, deve ser pensado a partir de uma ótica que entenda que o tempo é uma variável necessária

¹⁶Ensina Marinoni (2006, p. 584): “A busca de decisões perfeitas bate-se contra a necessidade de respostas rápidas do processo. Se o primeiro objetivo exige tempo, o segundo escopo impõe a restrição desse elemento.”

¹⁷Nessa linha, emerge a ideia de sumarização do sistema processual brasileiro, fenômeno que consiste na adoção de novas técnicas legislativas com o fim de abreviar o processo, tornando-o mais ágil. Dentre elas é possível citar: a) o processo sincrético; b) necessidade de demonstração de repercussão geral para a interposição de Recursos Extraordinários; c) técnica de Julgamento dos Recursos Repetitivos; d) possibilidade de penhora online; e) implementação do processo eletrônico (SANTANA, 2014).

para a solução correta da lide¹⁸, mas o seu excesso constitui, ao contrário, uma grave forma de injustiça só não mais maléfica que a ocasionada pela negativa da tutela¹⁹.

Sucedem que a efetividade da prestação jurisdicional pressupõe, por vezes, uma atuação jurisdicional sumária, para que os efeitos do tempo sobre o direito ou o bem a serem tutelados sejam mitigados. Explica-se: o tempo reclamado pelo processo judicial pode ensejar danos irreparáveis aos demandantes, seja tornando o processo ineficaz, seja fazendo perecer o próprio direito material, tornando inútil a tutela jurisdicional²⁰.

Desse modo, seria possível, ou mesmo aceitável, que em todo e qualquer caso, o jurisdicionado esperasse a demora patológica do processo, ou até mesmo o tempo fisiológico, para que pudesse usufruir de qualquer efeito prático advindo do processo, correndo o risco de não conseguir uma tutela jurisdicional da maneira tal qual fora pleiteada?

Por óbvio, a resposta a esse questionamento é negativa. Há certos casos em que a espera por todo andamento ordinário do processo poderá ser maléfica ao direito material ao qual se requer a proteção. Explica Zavascki (1997, p. 467):

Ora, por mais ágeis que sejam os procedimentos ordinários destinados à outorga dessa espécie de tutela preventiva em caráter definitivo, haverá sempre um razoável intervalo de tempo entre o pedido e a sentença, de modo que são enormes as possibilidades de ocorrer lesão do direito no curso do processo, fato que comprometeria a prestação da tutela específica.

Com efeito, a índole própria do processo é essencialmente conservadora, ele se destina à reprodução, e subsequente solução, da lide já ocorrida. Porém, até que tal reprodução fidedigna ocorra e o órgão judiciário formule a regra concreta aplicável à causa, o órgão jurisdicional, como condutor do processo, deverá buscar a preservação do *status quo* (DE ASSIS, 1997).

Nos termos dos ensinamentos de Zavascki (1997, p. 462), “o processo, instrumento que é para a realização de direitos, somente obtém êxito integral em sua finalidade quando for capaz de gerar, pragmaticamente, resultados idênticos aos que decorreriam do cumprimento natural e espontâneo das normas jurídicas.”

¹⁸Como disse Carnelutti (*apud* DINAMARCO, 2013), o tempo é o grande inimigo do juiz, mas o processo jamais poderá dele livrar-se.

¹⁹Por analogia, a atuação do processo pode ser comparada, por exemplo, a ação de um medicamento: caso ele seja ministrado na medida correta, será capaz de curar a doença, porém, ao contrário, se utilizado de forma inadequada, em doses excessivas ou, até mesmo em doses insuficientes, não será eficaz em seu desiderato, causando prejuízo ao paciente.

²⁰Bodart (2014, p. 85) chega ao extremo de afirmar que o tempo será sempre maléfico ao titular do direito: “[...] pelo simples fato de ter de aguardar para exercer seu direito, o titular experimenta um prejuízo em sua esfera jurídica.”

Watanabe (1985, p. 103-104), já na década de 1980, mostrava a insuficiência do processo comum para atender à efetiva realização dos direitos:

[...] por mais que se consiga reduzir à expressão mínima as formalidades do processo comum e por melhor que seja a organização judiciária, haverá sempre direitos, pretensões materiais e interesses legítimos que, pela sua natureza, sua simplicidade ou pela urgência da tutela em razão da iminência de dano irreparável, exigirão processos diferenciados.”

Nesse sentido, busca-se dotar o sistema processual de meios para promover a satisfação específica do titular do direito, levando em consideração que, para isso, por vezes, faz-se necessária a entrega da prestação em tempo adequado, mesmo que antes do momento previsto ordinariamente, caso isso seja condição para a manutenção da integridade do direito reclamado.

Sobre essa preocupação, Marinoni (1999, p. 18) ensina:

O sistema processual deve ser capaz de racionalizar a distribuição do tempo no processo e de inibir as defesas abusivas, que são consideradas, por alguns, até mesmo direito do réu que não tem razão. A defesa é direito nos limites em que é exercida de forma razoável ou nos limites em que não retarda, indevidamente, a realização do direito do autor.

Surge, então, um importante instituto jurídico para combater os possíveis resultados danosos que podem ser provocados pelo tempo e garantir a utilidade da prestação jurisdicional: a tutela provisória, a qual será objeto de análise no tópico seguinte.

2.4 A Tutela Provisória como Instrumento de Efetividade do Processo

Nos tópicos anteriores, buscou-se demonstrar que a visão do processo na atualidade deixou de estar vinculada estritamente ao seu aspecto jurídico, passando a se preocupar também com os resultados práticos que esse instrumento acarreta à vida dos litigantes e da sociedade em geral.

Entretanto, dizer que o processo deixou de ser observado a partir de uma ótica meramente jurídica não significa dizer que a técnica processual deve ser menosprezada. Ao contrário, tal afirmação denota a importância da técnica processual como forma de se garantir o resultado útil do processo, a partir dos valores constitucionais processuais previamente estabelecidos.

Desse modo, a preocupação com a técnica processual deve estar relacionada à revisitação dos institutos processuais, à luz das conquistas e avanços da ciência processual

alcançados nos últimos anos, submetendo-os a uma releitura capaz de dar-lhes modernidade e melhor utilidade social e política (DINAMARCO, 2009), sempre calcada na ideia de que o processo como instrumento de prestação da tutela jurisdicional deve fazer surgir o mesmo resultado que se verificaria se o agir privado não estivesse proibido (ZAVASCKI, 1997).²¹

O Estado, ao proibir a autotutela, obrigatoriamente assumiu, em contrapartida, o dever de oferecer respostas adequadas a todas as violações ou ameaças a direitos materiais, através do processo. Para isso, o sistema processual precisa estar aparelhado com mecanismos aptos a proporcionar, tempestivamente, a prevenção e a reparação de qualquer espécie de lesão ou ameaça a interesses juridicamente protegidos (BOECKEL 2011).²²

Assim, surge a necessidade da técnica processual se adequar ao direito material a ser tutelado, ou seja, a necessidade da ação processual se moldar a partir do direito material. Cabe ao direito material a atribuição do bem da vida ou do próprio direito a pessoas, de modo que a técnica processual deve garantir que isso ocorra do modo menos danoso ao detentor do direito.

Dinamarco (2009, p. 141) demonstra a importância da técnica processual se adequar ao direito material, tendo por objetivo precípuo a tutela de direitos:

Assim como uma técnica desprovida de prévia definição de objetivos é cega e irracional, assim também a mais profunda das consciências axiológicas será inócua e absolutamente inútil sempre que não se traduza em técnicas adequadas.

Sob essa perspectiva, a variedade de situações regidas pelo direito material deve corresponder sempre de forma simétrica à variedade de meios processuais adequados a dar-lhes solução efetiva, como se uma fosse o espelho da outra, sempre respeitando as regras processuais estabelecidas pelas garantias constitucionais.

A atribuição da titularidade de um direito ou de um bem ficaria então na dependência de que lhe fosse garantida a disponibilidade de uma forma de tutela adequada à necessidade da sua proteção. É o que Marinoni (2011, p. 27) denomina de “direito à tutela de direitos”:

O que se está dizendo é que a categoria do direito à tutela dos direitos permite a elaboração de uma dogmática capaz de responder mais adequadamente às relações entre o direito material e o direito de ação. Essa nova construção teórica, além de preocupada com a proteção do direito material, evidencia que a ação, embora abstrata, deve estar adequada às formas de tutelas prometidas pelo direito material.

²¹Nesse sentido, Capelletti (*apud* DINAMARCO, 2013) afirma que a prestação jurisdicional deve necessariamente ser pensada sob a perspectiva do consumidor dos serviços jurisdicionais.

²²Nesse sentido as lições de Marinoni (1994, p. 63): “A problemática da efetividade do processo está ligada ao fator tempo, pois não são raras as vezes que a demora do processo acaba por não permitir a tutela efetiva do direito. Entretanto, se o Estado proibiu a autotutela, não pode apontar o tempo como desculpa para se desonerar do grave compromisso de tutelar de forma pronta e adequada os vários casos conflitivos concretos.”

Trata-se, assim, de uma concepção de ação fundada na teoria dos direitos fundamentais, fixando-se nas ideias de dever de proteção (ou de tutela) estatal e de direito fundamental de ação.

A partir dessa análise, tem-se por necessária a diferenciação entre a técnica processual e tutela de direitos, de modo que a primeira seria uma forma de se garantir a segunda²³. Em outras palavras, cabe ao legislador o desenvolvimento de técnicas processuais adequadas a diferentes situações de conflito para que haja efetivamente a tutela de direitos.

Portanto, o direito à tutela jurisdicional efetiva, garantido pelo artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88, significa o direito à utilização de técnicas processuais adequadas, capazes de permitir a efetiva tutela do direito material. Ao propor a ação, o autor afirma o direito e a existência de uma situação de ameaça ou lesão a esse direito para, com base nelas, pedir a tutela jurisdicional do direito e o provimento que reputa adequado à sua prestação.²⁴ Para essa correspondência indispensável, o legislador estabelece uma série de provimentos jurisdicionais, de procedimentos e de processos, em uma tentativa de garantir a busca de soluções adequadas e fiéis ao direito substancial.

A diversidade de provimentos concebidos e instalados na ordem processual é um dos aspectos da técnica processual, destinando-se cada um deles a debelar uma espécie de *crise jurídica*²⁵, mediante a oferta de solução prática adequada segundo os desígnios do direito material e sempre no intuito de produzir resultados úteis na vida dos sujeitos. Sabendo que cada crise jurídica apresenta dificuldades específicas e peculiares, é natural que as técnicas variem e sejam diferentes os provimentos a emitir em cada uma delas²⁶.

²³Em sentido oposto, Boeckel (2011) critica a diferenciação elaborada por Marinoni entre a técnica processual e a tutela de direitos. Para ele, ao falar em *tutela jurisdicional*, necessariamente realizada através do processo, não se pode ignorar a *técnica* como algo tão fundamental que chegue a caracterizar e a se confundir com a própria tutela, cuja prestação somente é viável através dos mecanismos processuais disponibilizados ao operador do direito. O processo não seria então um instrumento vazio destinado a realizar direitos materiais, mas sim uma organização de técnicas apropriadas para concretizar esses direitos. Sustenta sua posição com base nos ensinamentos de Yarshell (1998, p. 189) que ensina: “Para que isso não soe vago, é preciso lembrar que ‘tutela jurisdicional’ é locução apta a designar não apenas o resultado do processo, mas igualmente os meios predispostos para a obtenção desse resultado.”

²⁴Marinoni (2011, p. 28): “Não há exercício de ação de direito material, mas exercício de pretensão à tutela jurisdicional do direito. Mas também não há apenas direito de ir a juízo, mas sim direito à ação adequada à tutela do direito material a qual pode ser construída conforme as necessidades do caso concreto.”

²⁵Dinamarco (2009, p. 152) conceitua *crises jurídicas* como “estados de insatisfação e inconformismo de alguém que de algum modo se afirma molestado em seus direitos e pede remédio para a situação lamentada. [...] São momentos de perigo nas relações entre pessoas ou grupos, suscetíveis de serem normalizados pela imposição do direito material.”

²⁶As lições de Dinamarco (2009, p. 162-163) são bastante pertinentes também nesse aspecto: “Atuando no campo que lhe compete, o direito processual dispõe meios hábeis à imposição de normas, soluções e resultados indicados pelo direito material. Para tanto, concebem-se técnicas e oferecem-se espécies diferentes de processos, provimentos, procedimentos variáveis mediante a necessidade de cada espécie de situação da vida comum etc. – tudo a partir de uma regra de *adaptabilidade* que é inerente à condição instrumental do processo.”

Na presente construção científica, não convém, no entanto, analisar a crise da certeza, a crise das situações jurídicas ou a crise do adimplemento, uma vez que não é esse o objeto do estudo. Porém, pretende-se discutir crises mais específicas, suscetíveis de acontecer na grande maioria dos processos e procedimentos, relacionadas não de maneira direta ao objeto da lide, mas a uma variável que muito influencia os seus resultados: o tempo. Pede-se licença então para chamar tais crises, muitas vezes responsáveis pela inutilidade da tutela, de *crise da urgência* e *crise da evidência*.

Como explicado no tópico anterior, o fator tempo surge como variável responsável por verdadeira tensão entre os valores da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição. Se por um lado o *tempo* é elemento essencial à obtenção de decisão segura e justa, por outro a demora em resolver o litígio frequentemente causa perigo de que, antes da decisão definitiva, se consume a ilicitude, o dano, ou ainda o perecimento ou a destruição do objeto visado.

Desse modo, o processo deve estar preparado sempre para prestar a tutela jurídica adequada a quem procure o Poder Jurisdicional, equipando-se com mecanismos que minimizem os efeitos do tempo para aquele que se apresente com maior possibilidade de ser o detentor do direito ou bem litigioso, redistribuindo o ônus temporal na relação processual²⁷.

Há situações de urgência em que a espera pela realização de todo o conhecimento judicial, com respeito ao contraditório e à ampla defesa, podem evoluir para situações indesejáveis de violação ao direito ou de inutilidade do processo. Em outros casos, em que o direito de uma das partes se mostra evidente, seja por conta das provas produzidas, seja em razão da conduta da parte contrária, não é plausível deixá-lo suportar os efeitos deletérios do tempo durante todo o *iter* procedimental, beneficiando aquele que não é o seu legítimo possuidor.

Diante dessas crises, da urgência e da evidência, respectivamente, caberá ao órgão jurisdicional, no intuito de prestar uma tutela ainda útil e efetiva, preocupar-se em, antes de resolver a controvérsia principal presente na lide, tutelar o objeto da demanda dos efeitos do tempo sobre o processo e o seu objeto.

Para remediar tais situações e viabilizar a efetividade da jurisdição, fez-se então necessária a criação de novos mecanismos capazes de proporcionar a concessão da tutela em menor tempo e também de assegurar maior identidade entre o resultado do processo e a situação que decorreria da obediência espontânea à ordem jurídica material (OLIVEIRA, 2003).

²⁷De acordo com a "*máxima carneluttiana*", o tempo é inimigo dos direitos e seu decurso pode lesá-los de modo irreparável ou ao menos comprometê-los insuportavelmente.

A técnica processual previu então a utilização de certas medidas provisórias, baseadas na sumariedade da cognição judicial: a tutela antecipada e a tutela cautelar. Tratam-se de técnicas teoricamente diferentes, endereçadas a situações diferentes, mas que têm em comum o objetivo de neutralizar os efeitos do decurso do tempo sobre os direitos, a partir de uma análise casuística que objetiva a efetividade do processo, primando pela celeridade em detrimento da certeza jurídica. Corroborando essa posição, Marinoni (1994, p. 64) discorre:

A questão da efetividade do processo, pois, obrigou o processualista a pensar sobre tutelas jurisdicionais diferenciadas, isto é, tutelas adequadas às particularidades das situações de direito substancial. Nessa linha, de grande importância é a pesquisa de procedimentos que permitam a realização do direito material mediante cognição sumária, pois não é mais possível a confusão entre justiça e certeza.

As técnicas processuais baseadas na cognição sumária caracterizam-se pela restrição da cognição no plano vertical, conduzindo a um juízo de probabilidade, em maior ou menor grau, sacrificando-se o improvável em favor do provável, à luz dos bens jurídicos envolvidos (MARINONI, 2011).

Marinoni (2011, p. 34) explica os objetivos dessas técnicas:

É correto dizer, resumidamente, que as tutelas de cognição sumarizadas no sentido vertical objetivam: (a) assegurar a viabilidade da realização de um direito (tutela cautelar); (b) realizar, em vista de uma situação de perigo, antecipadamente um direito (tutela antecipatória fundada no art. 273, I, do CP); (c) realizar, em razão das peculiaridades de um determinado direito e em vista da demora do procedimento ordinário, antecipadamente um direito (liminares de determinados procedimentos especiais); (d) realizar, quando o direito do autor surge como evidente e a defesa é exercida de modo abusivo, antecipadamente um direito (tutela antecipatória fundada no art. 273, II, do CPC).

Nesse sentido, a tutela antecipada e a tutela cautelar são frutos de uma visão da doutrina processual que foi capaz de enxergar o equívoco de um procedimento destituído de uma técnica de distribuição do ônus do tempo no processo e de amenização dos seus efeitos sobre o bem a ser tutelado, constituindo técnicas processuais da mais alta importância para a efetividade do processo.

Portanto, nas situações em que se faz necessária a tutela de urgência, em razão do perigo de dano ao direito ou da inutilidade do processo, surgem como técnicas processuais adequadas a tutela antecipada e a tutela cautelar. Por outro lado, nos casos em que o direito se mostra evidente e não é razoável fazer o detentor do direito suportar os efeitos do tempo, assim como a conduta abusiva da defesa, a tutela de evidência deve ser concedida por meio da antecipação de tutela.

Assim, as tutelas provisórias, gênero no qual se inserem a tutela de urgência e a tutela de evidência, podem ser entendidas como provimentos jurisdicionais que, através de uma relativização do devido processo legal, buscam o resultado útil da prestação jurisdicional, baseando-se na cognição sumária. Tais tutelas são instrumentalizadas por meio de mecanismos processuais cujo principal objetivo é impedir que o decurso da relação processual culmine na absoluta ineficácia do provimento final pleiteado ou até mesmo na perda do direito postulado, seja pelo perigo da demora, seja porque o direito é evidente no caso concreto.

3 A TUTELA PROVISÓRIA E SEUS MECANISMOS NO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 As Tutelas de Urgência e Evidência como espécies de Tutela Provisória

Uma vez traçadas as linhas basilares do presente trabalho, de que o processo deve sempre ser observado sobre o ponto de vista da Constituição Federal, para ser entendido como o método através do qual o Estado-juiz atua, realizando e concretizando o direito material, faz-se necessário o aprofundamento do estudo da tutela jurisdicional e das técnicas processuais de mitigação dos efeitos do tempo no processo.

Primeiramente, deve-se mais uma vez lembrar que as expressões “tutela jurisdicional” e “técnica processual” não devem ser entendidas como expressões sinônimas. Ressalta-se a diferenciação entre ambas pela importância que esta distinção possui para o presente estudo: a tutela jurisdicional é a proteção do Poder Judiciário ao jurisdicionado que o procurou reclamando uma solução ao seu conflito, enquanto que a técnica processual é o conjunto de meios e procedimentos aptos a garantir a atuação jurisdicional e, por consequência, a tutela jurisdicional.

Feita essa ressalva, este tópico do trabalho ocupar-se-á apenas com a tutela jurisdicional, ou mais especificamente com uma espécie de tutela jurisdicional adequada a situações de risco de *inefetividade da jurisdição* em razão do decurso do tempo, a tutela provisória.

Pois bem, a tutela jurisdicional, como já visto, é a resposta que o Estado deve prestar naqueles casos em que é procurado para sanar uma controvérsia. Entretanto, não se trata de uma simples declaração judicial que indica quem é o legítimo possuidor do direito material em determinado caso, vai além disso, devendo ser entendida como a realização concreta do direito que foi lesado ou ameaçado (BUENO, 2009).

Isso porque, a ideia de simples declaração judicial não tem o condão de proporcionar o modelo constitucional de processo, que reclama sempre por um processo civil de resultados práticos. Desse modo, o Estado-juiz, no seu desiderato de órgão concretizador dos princípios constitucionais, além de dizer o direito e quem o possui, deve garantir que a prestação jurisdicional seja efetivamente entregue ao seu legítimo titular, de modo que ele possa usufruir o bem jurídico da maneira mais ampla possível. Como afirma Bueno (2009, p. 271), “ao lado da declaração jurisdicional dos ‘direitos’, pois, deve ser levada em conta, também

como fenômeno da jurisdição, ínsita à prestação jurisdicional, a atuação concreta desta declaração.”

Partindo-se dessa premissa da tutela jurisdicional como atuação concreta do Poder Judiciário, infere-se que a resposta a ser dada pelo Estado-juiz, para ser efetiva, antes de tudo deve ser *adequada*. Explica-se: determinada crise do direito material surge e é levada ao Poder Judiciário para que seja solucionada, o Estado-juiz, então, diante da controvérsia, deverá atuar de forma a solucionar aquela específica crise jurisdicional, prestando uma resposta apta a resolvê-la. A tutela jurisdicional adequada seria, nesse sentido, a resposta dada pelo Poder Judiciário que corresponde de maneira simétrica aos objetivos pleiteados pelo titular do bem jurídico.

Assim, surgem as várias espécies de tutela jurisdicional, classificadas pela doutrina a partir de diversos critérios escolhidos para diferenciar umas das outras, cada uma delas adequada a solucionar uma diferente espécie de crise do direito.

A tutela jurisdicional pode ser classificada, por exemplo, a partir da perspectiva do dano, em: tutela preventiva, apta a proteger o direito de qualquer ameaça; ou tutela repressiva, adequada a criar condições para que a lesão ao direito seja devidamente reparada (DIDIER JR., 2011). Outra classificação que podemos mencionar a título ilustrativo é a clássica divisão da tutela em razão da sua eficácia em: declaratória, constitutiva, condenatória, executiva e mandamental.

Para o presente trabalho, no entanto, a despeito de se reconhecer a importância das mais variadas classificações elaboradas pela doutrina a partir de profundos estudos sobre o tema, uma dessas classificações toma relevo, pois foi desenvolvida a partir da ideia compreendida na garantia constitucional da efetividade da atividade jurisdicional.

É a classificação que leva em consideração a natureza e o conteúdo dos respectivos provimentos²⁸, dividindo a tutela jurisdicional em: tutela provisória e tutela definitiva.

A tutela definitiva é aquela obtida após atividade cognitiva exauriente, com profundo debate acerca do objeto do processo, garantindo-se o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. É predisposta a produzir resultados imutáveis, cristalizados pela coisa julgada material, prestigiando, sobretudo, o valor da segurança jurídica (DIDIER JR., 2011).

²⁸Acerca do critério aqui utilizado, Bueno (2009, p. 299) esclarece: “De acordo com o critério classificatório aqui exposto, o importante é verificar se a tutela jurisdicional ou, mais precisamente, a decisão que a veicula depende, ou não, de confirmação pelo próprio juízo que a proferiu ou por juízo diverso, ‘superior’, nos termos expostos no n. 4.5, *supra*. As classes sugeridas neste número, destarte, contrapõem-se do ponto de vista da necessidade, ou não, de sua confirmação por uma outra decisão jurisdicional a ser proferida pelo mesmo ou por outro órgão jurisdicional.”

Zavascki (2005, p. 18) denomina tal espécie de tutela jurisdicional de “tutela-padrão”, elencando duas de suas características principais:

Duas características sobressaem nesta tutela-padrão: (a) é construída no âmbito de um processo com *cognição exauriente* e, assim, construída e prestada; (b) assume caráter de definitividade.

O autor define a tutela definitiva como tutela-padrão devido ao fato dessa espécie de tutela ser utilizada em regra na prática processual civilista, razão pela qual é considerada como “o arquétipo dos processos jurisdicionais civis” (ZAVASCKI, 2005, p. 19), servindo como modelo cognitivo a ser seguido por todos os processos.

Não poderia ser diferente, uma vez que a tutela jurisdicional prometida pelo Estado e prevista na Constituição Federal é tutela de cognição exauriente, que persegue o juízo mais aproximado possível da certeza jurídica, de modo que o processo, como instrumento dessa atividade, deve conduzir sempre a uma resposta definitiva, para por fim ao conflito de maneira conclusiva²⁹.

E, para isso, deve proporcionar às partes a ampla possibilidade de participar do processo, demonstrando suas razões fáticas e jurídicas para dizer que possuem determinado direito, pois a cognição exauriente é um fenômeno necessariamente vinculado a um procedimento que permite a ampla incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa (BUENO, 2007).

Watanabe (1987, p. 23) discorre sobre a relação necessária entre o nível de cognição e a justiça das decisões:

[...] a solução definitiva do conflito de interesses é buscada através de provimento que se assente em cognição plena e exauriente, vale dizer, em procedimento plenário quanto à extensão do debate das partes e da cognição do juiz, e completo quanto à profundidade dessa cognição. Decisão proferida com base em semelhante cognição propicia um juízo com índice de segurança maior quanto à certeza do direito controvertido, de sorte que a ela o Estado confere autoridade de coisa julgada.

Contudo, em algumas situações, a tutela ordinária³⁰, formal, solene, conservadora e, por tudo isso, mais lenta, não atende às peculiaridades do conflito a ser enfrentado. A

²⁹Explica Zavascki (2005, p. 22): “A cognição exauriente e a coisa julgada material, inerentes à tutela jurisdicional prometida pelo Estado, constituem elementos indispensáveis à própria razão de ser da função jurisdicional, que é (a) a manutenção da paz social mediante (b) decisões justas.”

³⁰Fala-se aqui em tutela ordinária de maneira ampla, para compreender todos os procedimentos que seguem a lógica normal prevista em lei, possibilitando a discussão profunda acerca do litígio para que se chegue a uma conclusão definitiva. Desse modo, tal expressão, por ora, abarca todos os tipos de procedimento: ordinário, sumário e sumaríssimo; pois a *sumariedade do procedimento* não pode ser confundida com a *sumariedade da cognição*. A primeira diz respeito à simplificação do processo face ao caráter menos complexos de dadas

prestação jurisdicional não é instantânea, pois, como já falado anteriormente, entre a provocação do Judiciário e a entrega efetiva da prestação jurisdicional haverá sempre um razoável lapso temporal, por mais sumário que seja o rito procedimental e por mais eficiente que sejam os serviços judiciários (ZAVASCKI, 2005).

O tempo, como variável inerente a todos os processos, a despeito de ser necessário à construção de uma decisão justa, importa em consequências práticas negativas ao legítimo titular do direito, pois impede que ele disponha do direito desde logo, já que deve aguardar a conclusão do processo para a certificação do seu direito (ZAVASCKI, 2005).

Nessas situações em que os mecanismos ordinários da prestação da tutela mostram-se insuficientes para garantir ao detentor de dado direito a sua plena satisfação, é necessário que o Estado preste uma solução diferenciada, que seja adequada e tenha o condão de garantir a efetividade da prestação jurisdicional.

Surge então, paralelamente à tutela definitiva, a tutela provisória, no intuito de abrandar os efeitos perniciosos das delongas processuais, distinguindo-se por ser em si mais agressiva e incisiva (DIDER JR., 2011), por prestigiar os valores da celeridade e da efetividade em detrimento da certeza jurídica. Bueno (2007, p. 18) assim explica a tutela provisória:

Quanto menor for o tempo para o juiz decidir, mais 'raso', menos profundo, menos intenso, será o exercício da sua cognição. Quanto mais rápido o juiz tiver de decidir, menos ele terá condições concretas de pesquisar a respeito do caso, menos ele poderá aprofundar-se no exame do caso que lhe foi posto para decisão. E justamente por isso, por essa 'pressa' em decidir ou, mais precisamente, pela necessidade de que decida com alguma pressa, o juiz poderá errar, o juiz poderá, posteriormente, reavaliar aquilo que decidiu. O que ele não pode fazer, mormente quando se analisa a questão a partir do art. 5º, XXXV e LXXVIII, da CF, é não decidir porque acha que não tem condições de decidir, que precisa pensar mais, entender melhor o caso e que tais.

Nesse contexto, a tutela provisória é marcada por duas características essenciais: a *sumariedade da cognição* e a *provisoriedade*; características essas que decorrem da própria necessidade de prestação de uma tutela mais célere.

No que concerne à primeira característica, levando-se em consideração o plano vertical de cognição, conforme ensinado por Watanabe (1987), a tutela provisória é formada

demandas; a segunda corresponde ao nível superficial de profundidade utilizado pelo juiz em sua atividade cognitiva.

com base em cognição sumária³¹, pois é conferida a partir de um juízo de probabilidade, em maior ou menor grau, sempre aquém do juízo da certeza.

É, então, uma tutela que se baseia em uma cognição situada em patamar intermediário, entre a cognição superficial e a exauriente, porque não consiste na mera análise das alegações autorais, e, ao mesmo tempo, não esgota as alternativas de investigação do magistrado, resultando de um juízo de probabilidade, ou improbabilidade (BODART, 2014).

Isso porque, em se tratando de tutela pensada para mitigar os efeitos do tempo no processo e, por consequência, no direito a ser protegido, a sua concessão acaba sendo incompatível com a demora inafastável exigida para a prestação da tutela definitiva.

Assim, resulta de uma atividade jurisdicional que não se debruça a fundo sobre as alegações suscitadas pelas partes, uma vez que não se utiliza de todos os meios de prova oferecidos pelo processo. Ao contrário, forma seu convencimento com base na probabilidade de determinado direito pertencer a uma das partes, a partir dos contornos que a controvérsia tomou naquele dado momento, sacrificando o improvável em favor do provável (MARINONI, 2011), em face da real ameaça ou da própria lesão ao direito posto em discussão.

Desse modo, levando em consideração os poucos argumentos trazidos pelo autor e as provas até então produzidas por ele, bem como os argumentos e provas trazidos aos autos pelo réu, se já existentes, o juiz prestará uma tutela provisória quando observar que militam mais elementos em favor da aludida proposição do que em sentido contrário.

Daí decorre a segunda característica da tutela provisória, expressa em seu próprio nome, a *provisoriedade*, pois, pelo fato de ser fundada em cognição sumária, é concedida em caráter precário e com a condição de vigorar por prazo determinado³², não tendo o condão de formar coisa julgada material.

³¹Watanabe (1987) propõe que o tema relativo à cognição jurisdicional seja pensado em dois planos: o horizontal, relativo à quantidade ou extensão das matérias a serem enfrentadas pelo magistrado, e o vertical, relativo à intensidade ou profundidade de reflexão que o magistrado está autorizado a fazer sobre as questões que lhe são endereçadas para resolução. Desse modo, entende que a limitação no campo das alegações consiste em uma restrição horizontal (quanto à extensão) da cognição, enquanto a limitação na seara probatória acarreta restrição vertical à cognição (quanto à sua profundidade), na medida em que afetará todas as questões passíveis de apreciação pelo magistrado.

³²Nesse aspecto, deve-se entender tal provisoriedade em seu sentido amplo, para compreender os conceitos de temporariedade e precariedade, tal como propõe Zavascki (2005, p. 33): “Ao contrário a tutela-padrão a que se fez antes referência, que tem a marca da definitividade, assim considerada pela sua imutabilidade jurídica (coisa julgada), a tutela especial ora em exame é concedida em caráter precário e com a condição de vigorar por prazo determinado. É, pois, tutela provisória, entendida a provisoriedade em seu sentido amplo, para compreender a temporariedade e precariedade. É provisória porque temporária, isto é, com eficácia necessariamente limitada no tempo. E é provisória porque precária, já que pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo, não estando sujeita à imutabilidade própria da coisa julgada.” Tal distinção entre o que é temporário e o que é provisório, não

E não poderia ser diferente, já que o juiz, ao conceder a tutela sumária, nada declara de maneira conclusiva, limitando-se a afirmar a probabilidade da existência do direito, sendo que, uma vez aprofundada a cognição, nada impede que assevere que o direito que supôs existir, em verdade, não existe (MARINONI, 2011).

Revestida dessas duas características, a tutela provisória nasce como tutela adequada a ser prestada para determinadas ocasiões excepcionais, tendo como pressuposto a existência de uma situação de risco ou embaraço à efetividade da jurisdição, conforme ensina Zavascki (2005, p. 28):

Sem essa qualificação, a da efetividade, a tutela jurisdicional estará comprometida e poderá ser inteiramente inútil. Em situações de risco, de perigo de dano, de comprometimento da efetividade jurisdicional, será indispensável, por isso, alguma espécie de providência imediata, tomada antes do esgotamento das vias ordinárias.

E essas situações excepcionais ocorrem sempre que surgir, durante o regular desenvolvimento do processo, dois tipos de crises jurídicas, a saber: a crise da urgência e a crise da evidência³³; a serem resolvidas através de duas espécies de tutela provisória, respectivamente: a tutela de urgência e a tutela de evidência³⁴.

A crise da urgência será verificada nos casos em que houver risco de dano ao direito ou perigo de inviabilidade da realização de um direito em razão da demora na prestação jurisdicional. Em tais ocasiões, ou se promove desde logo a tutela provisória de urgência para garantir a execução ou para antecipar a tutela requerida, ou se terá frustrada a futura execução e o próprio direito que eventualmente vier a ser reconhecido (ZAVASCKI, 2005).

Por sua vez, a tutela de evidência será prestada como forma de redistribuir o ônus temporal no processo, quando o direito do autor se mostrar evidente em razão da conduta do réu, seja porque ela se mostra maliciosa (BERTOLDI, 1997), seja porque não houve

se faz necessária por ora, uma vez que não traz qualquer implicações práticas na diferenciação entre tutela definitiva e provisória.

³³Seguindo esse mesmo raciocínio, Zavascki (2005, p. 30) ensina que a tutela provisória tem como pressuposto uma situação de urgência. Entretanto, para o autor, o conceito de urgência que enseja a tutela provisória deve ser entendido em sentido amplo: “Em suma, é com um sentido amplo – que abrange, de um modo geral, todas as situações em que se verifique (a) risco ao direito pela sua não fruição imediata, (b) risco à execução pelo comprometimento de suas bases materiais, ou, ainda, (c) risco à regular prestação da tutela jurisdicional pela indevida oposição de embargos – que se deve compreender a situação de urgência a que nos referimos e que dá suporte à tutela provisória.” Desse modo, no presente trabalho, no intuito de garantir uma melhor didática, preferiu-se destrinchar esse conceito de urgência em duas hipóteses: a urgência e a evidência.

³⁴Sobre o tema, Boeckel (2011, não paginado) afirma: “De qualquer forma, é verdade que a concessão dessas duas espécies de tutela jurisdicional tem em vista, preponderantemente, garantir a efetividade da jurisdição. Sob tal prisma, ambas podem ser colocadas como espécies do mesmo gênero: a *função constitucional* exercida por qualquer delas realmente consiste em proporcionar *efetividade* ao processo, visto este como instrumento para a realização concreta dos direitos materiais abstratamente previstos nas normas.”

controvérsia em relação à parte dos pedidos, ou em razão das provas produzidas até então. Essa espécie de tutela provisória, não tem relação com o risco de dano reparável ou de difícil reparação ao direito, mas com a altíssima probabilidade de que o direito alegado realmente exista.

Nesses dois casos, de urgência e evidência, a tutela provisória será prestada através da outorga de mecanismos processuais de dois tipos: providências que antecipam os efeitos da tutela definitiva (aptas a instrumentalizar tanto a tutela de urgência, quanto a tutela de evidência) e providências assecuratórias da viabilidade da realização de um direito (adequadas apenas à instrumentalização da tutela de urgência); as quais serão analisadas e aprofundadas a seguir.

3.2 As Técnicas Processuais de instrumentalização da Tutela Provisória: a tutela cautelar e a tutela antecipada

Definida, portanto, a tutela provisória como espécie de tutela jurisdicional, baseada na cognição sumária e na provisoriedade, adequada a mitigar os impactos do tempo sobre o processo e sobre o próprio direito para garantia da efetividade processual, passa-se agora a analisar os mecanismos processuais que instrumentalizam esse tipo de prestação jurisdicional provisória.

Com efeito, conforme já mencionado, a tutela jurisdicional, como resposta concreta do Estado-juiz, necessita da técnica processual para que seja prestada, ou seja, de um conjunto de meios e procedimentos aptos a garantir a atuação jurisdicional e, por consequência, a tutela jurisdicional.

Nesse sentido, a técnica processual deve ser capaz de permitir a efetiva tutela do direito material (MARINONI, 2011), pois se a tutela jurisdicional deve ser adequada aos reclamos dos jurisdicionados, a técnica processual deve ser pensada para que determinada espécie de tutela cumpra a sua função de maneira efetiva.

Assim, para que a tutela provisória seja prestada, o processo deve estar equipado com mecanismos processuais que diminuam os efeitos do tempo no processo, através da relativização das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa em prol da celeridade e da efetividade processual.

Zavascki (2005, p. 25-26) elenca duas espécies de mecanismos processuais apto a instrumentalizar a tutela provisória:

Todavia, considerando que esse ordenamento ideal não existe, os sistemas costumam oferecer, em maior ou menor extensão, e paralelamente à tutela definitiva, outra espécie de tutela jurisdicional, uma tutela diferenciada, consistente, em essência, na outorga de providências de dois tipos: (a) providências antecipadoras do gozo do direito vindicado e (b) providências de garantia para a futura execução.

As primeiras providências mencionadas pelo autor relacionam-se à tutela antecipada, as últimas dizem respeito à tutela cautelar, ambas as quais serão objeto de estudo a partir de agora.

3.2.1 A Tutela Cautelar

A despeito do entendimento aqui exposto, o atual CPC brasileiro, promulgado no ano de 1973, concedeu ao processo cautelar tratamento distinto e autônomo, reservando-lhe todo um livro próprio para sua disciplina, o Livro III, intitulado “Do Processo Cautelar”.

Dessa forma, o legislador garantiu ao processo cautelar o *status* de *tertium genus* de processo (SILVA, 2000), elevando-o ao mesmo nível de tratamento dos processos de execução e de conhecimento. Assim o fez com base nas lições desenvolvidas por Chiovenda e Liebman, segundo os quais o processo cautelar é em verdade um terceiro gênero de processo, porque nele não existem nem conhecimento autêntico, nem execução propriamente dita (*apud* SILVA, 2000).

Para esses autores, a classificação das formas de tutelas jurisdicionais em processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar fazia-se necessária pelo fato de que cada um desses processos possuía uma função específica que se sobressaía em relação às outras³⁵.

Tinha-se, portanto, a visão de que os processos não poderiam se comunicar ou desenvolver funções diferentes das quais foram incumbidos de fazer. Isso se dava muito em razão do conceito de sentença que até então dominava o pensamento dos processualistas, como explica Baptista da Silva (2000, p. 24):

O motivo determinante desta radicalização que acabou legitimando na doutrina, e consagrando disposições legislativas, a formação de um *tertium genus* representado pelo processo cautelar provém da exasperação do conceito de sentença como *ato final* por meio do qual se encerra o procedimento, acolhendo ou rejeitando a demanda e, por tal meio, realizando a *composição da lide*, como dizia CARNELUTTI.

³⁵Nesse sentido, Theodoro Jr. (1997, p. 360) define o processo cautelar como um *tertium genus* que “contém a um só tempo as funções do processo de conhecimento e de execução, e tem por elemento específico a prevenção.”

Nesses termos, o conceito de tutela cautelar confundia-se com o próprio conceito de processo cautelar, o que ocasionava a sua errônea conceituação como instrumento de realização de outro processo.

Calcados nessa ideia, muitos doutrinadores atribuíam, e ainda atribuem, à tutela cautelar a função de defesa da própria atividade jurisdicional, uma vez que busca o resultado útil de outro processo. Esse pensamento poderia ser traduzido na clássica definição elaborada por Calamandrei da tutela cautelar como “instrumento do instrumento” (*apud* SILVA, 2000), pois, se de um lado o processo tem caráter instrumental em relação ao direito material, de outro, o processo cautelar seria uma forma de assegurar a utilidade dos processos de conhecimento e de execução.

Tal forma de pensamento ainda possui adeptos nos dias atuais, como, por exemplo, o célebre professor Didier Jr. (2011, p. 467), que, ao tentar distinguir a tutela cautelar da tutela antecipada deixa claro o seu posicionamento:

Uma delas é a tutela cautelar, que preserva os efeitos úteis da tutela definitiva satisfativa. A outra é a tutela antecipada, que antecipa os efeitos da própria tutela definitiva satisfativa (ou não-satisfativa; isto é, da própria cautelar). Ou seja, a cautelar garante a futura eficácia da tutela definitiva (satisfativa) e a antecipada confere eficácia imediata à tutela definitiva (satisfativa ou cautelar). Muitos confundem a tutela antecipada (provisória) com a tutela cautelar (definitiva). Possuem pontos comuns, é verdade, mas não deixam de ser substancialmente distintas: uma, a tutela antecipada, e uma técnica processual; a outra, a tutela cautelar, é uma espécie de tutela jurisdicional, resultado prático que se pode alcançar pelo processo. A dificuldade na distinção das figuras certamente decorre disso: possuindo diferentes naturezas, não deveriam ser confrontadas.

Atualmente, no entanto, em razão das implicações práticas negativas trazidas pela incorporação desse conceito ao CPC/73, tem crescido no Brasil o número de adeptos ao pensamento desenvolvido originariamente por Calamandrei, que entendia que a tutela cautelar não deveria ser pensada sobre o ponto de vista de um terceiro gênero processual, possuindo como contraponto o processo de conhecimento e o processo de execução (*apud* SILVA, 2000).

Um desses adeptos é Baptista da Silva (2000), que, embasado nas lições de Calamandrei, afirma que a formação de um *tertium genus* com o processo cautelar, sob a alegação de não ser ele um processo de conhecimento, ofende um princípio elementar de lógica, pois não há, nessa operação classificatória, uniformidade de critério para a formação das três espécies em que se pretende dividir o fenômeno jurisdicional.

Segundo o autor, o critério escolhido para distinguir o processo de cognição do de execução, que leva em consideração a natureza intrínseca da atividade desenvolvida pelo magistrado, não é o mesmo utilizado para diferenciar o processo de conhecimento do processo cautelar, o qual se relaciona com o resultado de ambos, razão pela qual essa classificação não se sustenta³⁶. Nesse raciocínio, sustenta o autor que o contraponto da tutela cautelar seria, em verdade, a tutela satisfativa.

A partir dessa conclusão, Baptista da Silva (2000) foi mais além, definindo a tutela cautelar como um instrumento de proteção do próprio direito material lesado ou ameaçado, contrapondo-se, nesse ponto, à teoria clássica de Calamandrei, segunda a qual a tutela cautelar se destina a dar efetividade à jurisdição e ao processo.

Nessa mesma linha de pensamento, Marinoni (2013, p. 24) afirma:

A tutela cautelar não pode ser vista como dirigida a assegurar a utilidade do processo. Como é evidente, a única utilidade que o autor almeja quando vai a juízo é a tutela do direito material. Assim, a tutela cautelar somente pode ser relacionada com a efetividade da tutela do direito, ou com a segurança da situação tutelável, e não com a “seriedade da jurisdição.”

Tem-se que tal concepção é a que mais se coaduna com o atual estágio do pensamento acerca do processo, relacionado à ideia do processo de resultados, como instrumento efetivo da prestação jurisdicional (CARNEIRO, 2004), pois, atualmente, com a crescente necessidade de uma tutela jurisdicional mais célere e, ao mesmo tempo, efetiva, pensar em proteger apenas o processo é retroceder à época em que, no afã de dar-lhe maior autonomia, dava-se maior valor a ele do que ao próprio direito a ser tutelado.

No entanto, no presente trabalho chega-se ainda mais além, para afirmar que a tutela cautelar, em verdade, além de ser uma tutela oposta à tutela satisfativa, é um mecanismo processual (DINAMARCO, 1986) de instrumentalização da tutela provisória, assim como a tutela antecipada, diferenciando-se desta última, entre outras características, por ter natureza não-satisfativa³⁷.

Nesse diapasão, a tutela cautelar, como mecanismo processual de instrumentalização da tutela provisória, adequado a proteger a efetiva realização do direito material de lesão ou

³⁶Em tom bastante crítico a essa forma de classificação, Baptista da Silva (2000) afirma que, nos termos dos ensinamentos de Calamandrei, a tentativa de se fazer uma divisão tripartida dos provimentos judiciais em declarativos, executivos e cautelares produziria uma classificação ilusória, por heterogeneidade de critérios, tal como o faria alguém que pretendesse dividir os seres humanos em homens, mulheres e europeus.

³⁷Aqui também não se trata a tutela cautelar como espécie de tutela de urgência, ao lado da tutela antecipada, pois, como será adiante demonstrado, a tutela antecipada não é mecanismo processual hábil para solucionar apenas situações de urgência, mas também de evidência do direito, de modo que classificá-la como espécie de tutela de urgência seria reduzir o seu âmbito de aplicação.

ameaça, tem como grande pressuposto a urgência, razão pela qual só será providência adequada para a prestação de uma das espécies dessa tutela diferenciada: a tutela de urgência; como explica Baptista da Silva (2000, p. 17):

O grande móvel, portanto, a justificar a tutela cautelar é sem dúvida a *urgência*, ante a qual as formas convencionais de tutela jurisdicional tornem-se insuficientes e inadequadas, impedindo que o Estado cumpra seu dever de proteção do direito por ele próprio criado, dever este que decorre do monopólio da função jurisdicional.

Nesse ponto, o atual CPC não incorporou em sua disciplina pensamento oposto, pois previu como um dos requisitos para a concessão da tutela cautelar a presença do que a doutrina costuma chamar de *periculum in mora*, que pode ser entendido como o fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave ou de difícil reparação (GOMES, 2007).

Assim, como afirma Baptista da Silva (2000, P. 55), “a tutela cautelar legitima-se porque o direito, carente de proteção imediata, poderia sofrer um dano irreparável, se tivesse de submeter-se às exigências do procedimento ordinário.”

Contudo, a demonstração do “perigo de dano iminente e irreparável”³⁸ não é suficiente para a concessão da tutela cautelar, quando a tutela do direito material não é provável ou verossímil (MARINONI, 2013). Trata-se do segundo pressuposto da tutela cautelar, a probabilidade relacionada à conhecida locução *fumus boni iuris*, ou “fumaça do bom direito”.

Desse modo, para obter a tutela, o autor deverá demonstrar, além do *periculum in mora*, que a tutela do direito provavelmente lhe será concedida. Baptista da Silva (2000, p. 75-76), explica tal requisito:

O quarto elemento a compor o conceito de tutela cautelar é a exigência de que o direito acautelado seja tratado, no juízo da ação assecurativa, não como um direito efetivamente existente, e sim como uma simples probabilidade de que ele realmente exista. A urgência, que é o verdadeiro ‘pano de fundo’ a legitimar a jurisdição cautelar, impõe que o julgador proveja baseado em cognição sumária e superficial, que a doutrina costuma indicar como *fumus boni iuris*, carente da segurança de um julgamento fundado em prova plena, capaz de conduzir a um juízo de certeza.

Portanto, a utilização da tutela cautelar não se dá de maneira indiscriminada, devendo o postulante, para requerê-la, comprovar a presença de dois requisitos específicos, quais sejam: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, nos termos do artigo 798 do atual CPC. *In verbis*:

³⁸Baptista da Silva (2000) prefere assim denominar o requisito do *periculum in mora*.

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. (BRASIL, 1973, não paginado)

Acerca de ambos os requisitos, leciona BEDAQUE (2001, p. 162):

[...] tais requisitos, portanto, representam o mérito do processo. Constituem condições para obtenção do provimento pleiteado, que, mais do que afirmados, necessitam ser provados. Não se trata, pois, como equivocadamente afirma boa parte da doutrina, de condições da ação cautelar.

Entretanto, como o CPC/73 admitiu a tutela cautelar como *tertium genus* de processo, sua invocação acontece por meio de ação autônoma, seja no curso no processo principal, seja de maneira antecedente³⁹, razão pela qual sua admissibilidade subordina-se ainda à presença dos requisitos indispensáveis para o regular processamento de toda e qualquer ação, quais sejam: *legitimatío ad causam*, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido (GOMES, 2007).

Feitas, portanto, tais considerações a respeito da tutela cautelar, passa-se à análise da tutela antecipada.

3.2.2 A Tutela Antecipada

Se, por um lado, a tutela cautelar foi estabelecida no CPC/1973 como terceiro gênero processual, por outro, a tutela antecipada, desde a sua criação, foi concebida no ordenamento jurídico brasileiro como mecanismo processual. Entretanto, no início, era cabível apenas para determinados procedimentos especiais, como era o caso das ações possessórias⁴⁰.

Entretanto, com a reforma produzida na legislação processualista pela Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, o instituto da tutela antecipada ganhou universalidade, pois “as medidas antecipatórias, até então previstas apenas para determinados procedimentos

³⁹Nesse sentido, dispõe o atual CPC (BRASIL, 1973, não paginado): “Art. 796. O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente.”

⁴⁰A respeito do tema, Theodoro Jr. (1997, p. 187) discorre: “[...] o direito processual brasileiro, aos poucos, foi introduzindo no processo de conhecimento alguns mecanismos de 'antecipação de tutela', mas sempre como medida excepcional e restrita a procedimentos especiais, onde a 'cognição sumária' autorizaria o juiz a deferir preliminares, conforme o estado do processo e o grau de convencimento gerado pelos elementos probatórios já disponíveis. Assim se passava com as ações possessórias, com a nunciação de obra nova, com os embargos de terceiro, com o mandado de segurança, com a ação popular, com a desapropriação, com a ação civil pública, com a ação direta de inconstitucionalidade, com as ações locatícias, entre outras.”

especiais. passaram a constituir providência alcançável, generalizadamente, em qualquer processo” (ZAVASCKI, 2005, p. 71)⁴¹.

Assim, ao possibilitar a antecipação dos efeitos da tutela em todos os processos, a inovação introduzida no CPC por essa lei mereceu designação de revolucionária, em razão do profundo caráter progressista do instituto, que redistribuiu melhor o ônus temporal do processo, o qual, no regime anterior, era suportado apenas pelo autor (ASSIS, 1997). Dessa forma, tornou o processo mais efetivo, enfraquecendo-se o mito de que, no direito brasileiro, ser réu é um bom negócio.

Além disso, a reforma corrigiu ainda o inadequado uso da ação cautelar como forma de antecipar os efeitos da solução de mérito esperada para a causa, pois, anteriormente, muitos admitiam a possibilidade do juiz, baseado no poder geral de cautela previsto no artigo 798 do CPC, conceder liminares satisfativas, o que se mostrava uma verdadeira impropriedade técnica⁴².

Com efeito, a reforma possibilitou o adiantamento dos efeitos do provimento final em caráter provisório, satisfativo e revogável, invertendo a lógica processual de que o processo só poderia produzir resultados práticos após o seu fim. Nesses termos, a referida lei deu nova redação ao artigo 273 do CPC, cujo *caput* passou a ser o seguinte:

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. (BRASIL, 1973, não paginado)

⁴¹Nesse mesmo sentido, Lopes (2003, p. 49) afirma: “Em verdade, o art. 273 do CPC não criou o instituto da tutela antecipada, mas apenas converteu em regra o que já estava prescrito para situações particulares.”

⁴²Theodoro Jr. (1997, p. 383) explica: “Para tentar contornar a inadequação do processo tradicional e superar a irritante e intolerável lentidão da Justiça, muitos operadores do direito encontraram na ação cautelar uma válvula para se alcançar algum tipo de aceleração na tutela jurisdicional e alguma forma de antecipar efeitos da solução de mérito esperada para a causa. Havia, porém, dificuldades de ordem técnica, visto que a concepção da tutela cautelar não havia sido elaborada para tal fim. Múltiplas foram as controvérsias e quase sempre se considerava abusiva a prática de se generalizar as cautelares para obter, de plano, satisfação do direito subjetivo da parte, mormente porque não havia, nem na lei, nem na doutrina, uma disciplina que desse apoio e segurança ao desvio do poder geral de cautela para cumprir a missão nova que se lhe atribuía.” Seguindo esse mesmo raciocínio, complementa Nery Jr. (1997, p. 383): “Com a instituição da tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito no Direito brasileiro, de forma ampla, não há mais razão para que seja utilizado o expediente das impropriamente denominadas cautelares satisfativas, que constitui em si mesmo uma *contradictio in terminis*, pois as cautelares, não satisfazem: se a medida é satisfativa é porque, *ipso facto*, não é cautelar.”

A leitura do dispositivo revela os pressupostos que, uma vez presentes, devem conduzir o magistrado à concessão da tutela antecipada⁴³. Tais pressupostos são de duas ordens, como explica Bueno (2007, p. 36):

Os pressupostos legais são de duas ordens: (i) necessários e (ii) cumulativo-alternativos. São sempre necessárias para a concessão da tutela antecipada, a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação a que se refere o *caput* do art. 273. São cumulativo-alternativos o “receio de dano irreparável ou de difícil reparação” e o “abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”, de que se ocupam, respectivamente, os incisos I e II do mesmo dispositivo. Digo que são alternativos porque basta a situação descrita no inciso I ou no inciso II para a concessão da tutela antecipada. Mas não é só. Sempre se há de estar diante de uma “prova inequívoca que convença da verossimilhança.”

Em relação aos pressupostos necessários, tem-se que ambos estão intimamente ligados entre si, razão pela qual devem ser analisados em conjunto para a concessão da tutela antecipada, como bem ensina Lopes (2003, p. 70):

O cotejo entre prova inequívoca e verossimilhança da alegação leva à conclusão de que, para obtenção da tutela antecipada, é bastante a prova segura dos fatos, de que exsurja a probabilidade do direito pretendido.

Dessa maneira, o melhor entendimento para a expressão “prova inequívoca de verossimilhança das alegações” é aquele que afirma tratar-se da relativa certeza quanto à verdade dos fatos, produzida pela apresentação de uma prova robusta, contundente, que, embora no âmbito de cognição sumária, aproxime o juízo de probabilidade do juízo de certeza (ZAVASCKI, 2005).

Entretanto, para deferimento da tutela antecipada, não basta apenas a demonstração dos pressupostos necessários, faz-se necessário ainda a presença de pelo menos um dos seguintes pressupostos alternativos previstos nos incisos do artigo 273 do CPC: “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” e “abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”.

Ressalte-se ainda que, a partir de 2002, a Lei nº 10.444/2002 acrescentou o §6º ao artigo 273 do CPC, prevendo um novo pressuposto alternativo para concessão da tutela antecipada, ao estabelecer que “a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso” (BRASIL, 1973, não paginado).

⁴³Não há “liberdade” ou “discrição” para o juiz no deferimento ou na rejeição do pedido de tutela antecipada (BUENO, 2007). Ou seja, uma vez presentes os pressupostos autorizadores da tutela antecipada, o órgão jurisdicional tem o dever de conceder a tutela antecipada pleiteada.

São, portanto, três pressupostos alternativos, que, em verdade, traduzem as “causas de pedir” da tutela antecipada, como bem afirma Friede (2009), qualificando qual tipo de tutela provisória deverá ser prestada a partir desse mecanismo processual, se tutela de urgência ou tutela de evidência.

O inciso I do referido dispositivo traz a hipótese do “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, que nada mais é do que o risco de perecimento do direito ou do objeto litigioso caso haja demora na prestação da tutela jurisdicional. Nesse caso, utiliza-se do mecanismo da antecipação de tutela para prestar uma tutela provisória urgente, pois, caso não se conceda ao autor, desde logo, o direito de usufruir os efeitos de um possível provimento final, esse último pode tornar-se inútil pelo decurso do tempo.

A respeito dessa hipótese, dispõe Zavascki (2005, p. 78):

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

Por sua vez, as outras duas causas de pedir, previstas no inciso II e no §6º do artigo 273, podem ser analisadas em conjunto, pois não se relacionam à crise da urgência, mas a um comportamento do réu que demonstra a evidência do direito do autor.

Nesse caso, a tutela antecipada atua como uma técnica processual de redistribuição do ônus temporal no processo (MARINONI, 2011), como forma de instrumentalizar a prestação da tutela provisória de evidência, pois o longo trajeto a ser percorrido pelo credor até conseguir a satisfação do seu direito se transforma quase sempre em um prêmio para o réu inadimplente e em um castigo injustificável para o autor⁴⁴.

Na hipótese descrita no inciso II do dispositivo, isto é, quando houver “abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu”, a tutela antecipada deverá ser utilizada para frustrar a conduta maliciosa do réu, fazendo com que ele arque com o ônus de ter que aguardar o fim do processo sem o direito (BERTOLDI, 1997), pois o prolongamento da duração do processo, por vezes, traz vantagens ao réu, e, de olho nelas, a sua resposta poderá se desviar das linhas de lealdade processual e ser temerária, constituindo obstáculos ao

⁴⁴A respeito da redistribuição do ônus temporal no processo, Theodoro Jr. (1997) afirma que o réu é sempre contemplado com a longa suspensão do dever de cumprir a obrigação violada, enquanto que o autor, não obstante a evidência do seu direito, não tem outro caminho a trilhar senão o de esperar o tempo longo e, às vezes, intolerável, para encontrar a respectiva satisfação.

andamento do processo. Seria, então, um mecanismo relacionado a um comportamento desleal e abusivo do réu⁴⁵.

Já no §6º do artigo 273, a tutela antecipada se faz necessária em razão do comportamento omissivo do réu em relação à parte dos pedidos, pois será cabível quando ele, ao apresentar resposta aos pedidos iniciais, confrontar e refutar seriamente apenas parcela deles, silenciando ou defendendo-se com fundamentos evidentemente descabidos quanto aos demais⁴⁶. Nesse caso, a inexistência de controvérsia deixa clara a evidência do direito do autor, de modo que não seria concebível fazê-lo esperar até o provimento final para obter aqueles direitos que nem o réu contestou de quem seria a titularidade.

Portanto, percebe-se que a tutela antecipada, ao contrário da tutela cautelar, não se presta a instrumentalizar apenas a tutela provisória de urgência, mas também é o mecanismo adequado para proporcionar a tutela provisória de evidência, atuando de maneira satisfativa para assegurar a efetividade da prestação jurisdicional.

Ademais, o artigo 273 do CPC, em seu §2º⁴⁷, traz um pressuposto negativo para a concessão da tutela antecipada, qual seja: a necessidade de que a tutela antecipada seja reversível, em razão de sua provisoriedade e revogabilidade. Trata-se de perigo de irreversibilidade dos efeitos práticos do provimento antecipado, mas não do próprio provimento, pois, como já falado, por ser mecanismo de tutela provisória, poderá ser revogado a qualquer tempo.

Nesse sentido, relevantes são os ensinamentos de Zavascki (2005, p. 100), que afirma que tal dispositivo deve ser relativizado, uma vez que a não concessão da tutela antecipada, sob o fundamento de perigo de irreversibilidade para o réu, pode constituir-se em verdadeiro perigo de irreversibilidade para o próprio autor⁴⁸. Assim, os valores envolvidos no caso concreto devem ser analisados e ponderados para que se verifique qual bem jurídico deve ser prestigiado, *in verbis*:

⁴⁵Lopes (2003, p. 73) caracteriza como abuso de defesa o “exercício anormal, irregular, egoístico do direito com o propósito de prejudicar.” Como exemplo de condutas que podem ensejar a tutela antecipada nesse caso, Bertoldi (1997) cita: defesa de pontos antagônicos em processos diferentes; defesa contra ato incontroverso; defesa carecedora de consistência; alegação tardia de fato relevante; alegações contrárias a documentos exibidos pela própria parte; e interposição de recurso manifestamente incabível.

⁴⁶Zavascki (2005, p. 110): “Em suma: pode-se afirmar que a antecipação da tutela de que trata o §6º do art. 273 do Código de Processo Civil tem como pressuposto pedido (ou a parcela dele) (a) não controvertido seriamente pelas partes, (b) verossímil e (c) cujo atendimento não está subordinado a qualquer questão prejudicial.”

⁴⁷Estabelece o dispositivo: “§2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.” (BRASIL, 1973, não paginado).

⁴⁸Podemos citar para ilustrar tal situação o clássico exemplo do deferimento de tutela antecipada determinando ao plano de saúde que realize uma cirurgia em paciente de estado grave, sem a qual não sobreviverá. Nesse caso, como estamos diante de confronto entre os bens jurídicos vida e patrimônio, deve-se sempre privilegiar o primeiro, mesmo que isso represente perigo de irreversibilidade.

Reitere-se, contudo, que a vedação inscrita no citado §2º deve ser relativizada, sob pena e comprometer quase por inteiro o próprio instituto da antecipação de tutela. Com efeito, em determinadas circunstâncias, a reversibilidade corre algum risco, notadamente quanto à reposição *in natura* da situação fática anterior. Mesmo nestas hipóteses, é viável o deferimento da medida desde que manifesta a verossimilhança do direito alegado e dos riscos decorrentes da sua não fruição direta. Privilegia-se, em tal situação, o direito provável em prejuízo do improvável. Entretanto, impõe-se ao juiz, nessas circunstâncias, prover meios adequados à reversibilidade da situação, como, por exemplo, exigindo caução, pelo menos para garantir a reparação de eventuais indenizações.

Por fim, cabe apenas lembrar que, atualmente, a tutela antecipada não poderá ser deferida de ofício, necessitando sempre de requerimento da parte, nos termos do já transcrito *caput* do artigo 273 do CPC.

3.3 A Fungibilidade entre as medidas de urgência

Traçadas as principais características da tutela antecipada e da tutela cautelar, resta claro que, apesar da forma como estão estabelecidas no CPC, ambas devem ser entendidas como mecanismos processuais de instrumentalização da tutela provisória, razão pela qual acabam por incorporar em si as características próprias desse tipo de tutela.

Em outras palavras, os dois mecanismos processuais caracterizam-se por possuir a mesma finalidade: prestar a tutela provisória para mitigar os efeitos do tempo sobre o processo e, por consequência, sobre o próprio direito objeto do litígio, garantindo a efetividade da jurisdição. Como bem explica Didier Jr. (2011, p. 468):

Ambas identificam-se por ter uma mesma finalidade, que é abrandar os males do tempo e garantir a efetividade da jurisdição (os efeitos da tutela). Servem para redistribuir, em homenagem ao princípio da igualdade, o ônus do tempo do processo (se é inexorável que o processo demore, é preciso que o peso do tempo seja repartido entre as partes, e não somente o demandante arque com ele).

Nesse sentido, buscam abrandar os prejuízos causados pelo tempo, possibilitando uma concessão de tutela com base em cognição sumária, em maior ou menor grau, e marcada pelo traço da provisoriedade.

Entretanto, apesar de estarem inseridos em uma mesma categoria e possuírem a mesma natureza jurídica, possuem uma grande diferença que impede que sejam pensadas como instituto processual único, relacionada em grande medida à forma como pretendem mitigar os efeitos do processo.

Enquanto a tutela cautelar foi pensada para assegurar a efetividade da tutela satisfativa do direito material, a tutela antecipada permite a realização do direito antes do provimento final. Ou seja, a tutela cautelar apenas assegura o direito, porquanto, a tutela antecipada o satisfaz.

Assim, a grande diferença entre essas duas técnicas processuais encontra-se no traço marcante da *satisfatividade*, a qual somente pode ser observada na tutela antecipada, como bem explica Marinoni (2013, p. 62):

Desse modo, a tutela antecipatória não é instrumento de outra tutela, ou faz referência à outra tutela. A tutela antecipatória satisfaz o autor, dando-lhe o que almeja ao propor a ação. O autor não quer outra tutela além daquela obtida antecipadamente, diversamente do que sucede quando pede tutela cautelar, sempre predestinada a dar efetividade a uma tutela jurisdicional do direito. A tutela antecipatória também não aponta para uma situação substancial diversa daquela tutelada, ao contrário da tutela cautelar, que necessariamente faz referência a uma situação tutelável ou a uma outra tutela do direito material.

É possível ainda distinguir ambas pela espécie de tutela provisória que são adequadas a prestar, pois ao passo que a tutela antecipatória tem como pressupostos a urgência e a evidência do direito, a tutela cautelar somente será apta a instrumentalizar a tutela de urgência.

E nesse aspecto, relacionado ao tipo de tutela que tais mecanismos estão aptos a instrumentalizar, ao lado da diferença encontrada entre os institutos, por mais contraditório que possa parecer, também é possível demonstrar um importante ponto de interseção entre os dois mecanismos: a urgência como pressuposto de ambos.

Nesse ponto, percebe-se a existência de um pequeno limite entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, tão tênue que tem causado várias incertezas na doutrina, a qual não tem conseguido demonstrar de maneira clara e objetiva qual a verdadeira diferença entre as duas técnicas.

Isso porque, tendo como pressuposto comum o *periculum in mora*⁴⁹, ou seja, sendo ambos os mecanismos adequados a prestar a tutela provisória de urgência, a diferença estaria então no outro pressuposto, que diz respeito ao nível de cognição exigido para que o juiz defira a medida: enquanto a tutela cautelar exige apenas a “fumaça do bom direito”, a tutela antecipada requer uma cognição mais profunda que a prevista para a concessão da cautelar e

⁴⁹A doutrina é pacífica no entendimento de que o pressuposto do “dano irreparável ou de difícil reparação”, previsto para a concessão da tutela antecipada, não se distingue em nenhum aspecto do requisito do *periculum in mora* necessário à tutela cautelar.

menos rigorosa do que a cognição exauriente, pois necessita de uma “prova inequívoca de verossimilhança das alegações”⁵⁰.

Entretanto, apesar dos esforços teóricos empreendidos pela doutrina para tentar diferenciar essas duas técnicas processuais, na prática, as dúvidas na sua aplicação passaram a causar prejuízos aos jurisdicionados, principalmente porque é tarefa árdua perceber, no caso concreto, a diferença no grau de cognição. Como bem explica Bueno (2007, p. 141):

Não obstante a discussão ser interessantíssima e relevantíssima do ponto de vista teórico, começou-se a verificar que, na prática – leia-se no dia-a-dia forense –, as incertezas da doutrina passaram a ter aptidão para causar prejuízos aos jurisdicionados, os quais, ao baterem nas portas do Judiciário, muitas vezes viam seus pleitos indeferidos por questões técnicas, muito bem fundadas, é verdade, mas técnicas, formais, indiferentes ao fato que reclama o exercício de uma tutela de urgência, independentemente de seu nome, natureza ou regime jurídico.

Assim, o que ocorria constantemente era o seguinte: o jurisdicionado via-se diante de uma situação de ameaça iminente de lesão ao seu direito, apta a causar dano irreparável ou de difícil reparação, razão pela qual reclamava ao Poder Judiciário uma proteção imediata, através da antecipação dos efeitos da tutela. Porém, o magistrado, ao verificar tal pedido, percebia que a medida cabível naquele determinado caso seria a tutela cautelar, mas não a tutela antecipada. Desse modo, indeferia o pedido apenas por razão técnica, de escolha errônea do mecanismo, e deixava de prestar a tutela ao direito ameaçado.

Contudo, faz-se o seguinte questionamento: no atual estágio de desenvolvimento do processo civil, pensado sob o ponto de vista da efetividade jurisdicional, seria possível deixar de prestar uma tutela de urgência em função apenas de uma questão técnica, sendo que nem em sede doutrinária existe consenso na diferenciação dos institutos? A resposta só pode ser negativa, como ensina Theodoro Jr. (1999, p. 94):

Não se deve, portanto, indeferir tutela antecipada simplesmente porque a providência preventiva postulada se confundiria com medida cautelar, ou rigorosamente, não se incluiria, de forma direta, no âmbito do mérito da causa. Havendo evidente dano de risco grave e de difícil reparação, que possa, realmente, comprometer a efetividade da futura prestação jurisdicional, não cometerá pecado algum o decisório que admitir, na liminar do art. 273 do CPC, providências preventivas que, com mais rigor, deveriam ser tratadas como cautelares. Mesmo

⁵⁰Nesse sentido, afirma Zavascki (2005, p. 77): “Atento, certamente, à gravidade do ato que opera restrição a direitos fundamentais, estabeleceu o legislador, como pressupostos genéricos a qualquer das espécies de antecipação da tutela, que haja (a) prova inequívoca e (b) verossimilhança das alegações. O *fumus boni iuris* deverá estar, portanto, especialmente qualificado: exige-se que os fatos, examinados com base na prova já carreada, possam ser tidos como fatos certos. Em outras palavras: diferentemente do que ocorre no processo cautelar (onde há juízo de plausibilidade quanto ao direito e probabilidade quanto aos fatos alegados) a antecipação da tutela de mérito supõe verossimilhança quanto ao fundamento de direito, que decorre de (relativa) certeza quanto à verdade dos fatos.”

porque as exigências para o deferimento da tutela antecipada são maiores do que as da tutela cautelar.

Pensando dessa forma, o legislador infraconstitucional, em 2002, através da Lei nº 10.444/2002, fez introduzir no artigo 273 do CPC, o §7º, com a seguinte redação:

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. (BRASIL, 1973, não paginado)

Criou-se, então, a *fungibilidade* entre as tutelas cautelar e antecipada, nos casos de tutela provisória de urgência, para que ninguém mais se visse barrado de litigar no Estado-juiz em razão de uma discussão, de grande relevância no plano teórico, mas que não fazia nenhuma diferença na prática forense (BUENO, 2007).

Todavia, a reforma processual realizada pelo legislador não foi tão precisa quando deveria ter sido, pois, o dispositivo legal disse menos do que deveria ter dito. Fala-se isso porque, a partir da leitura do §7º do CPC, percebe-se que ele claramente possibilita que, se alguém pede tutela cautelar como se tutela antecipada fôsse, o juiz deve admitir uma pela outra, mas o contrário não é permitido, isto é, adotou-se a “fungibilidade de mão-única”⁵¹.

Tal norma, no entanto, não deve ser interpretada em sua literalidade, sob pena de se subverter valores e garantias constitucionais que caracterizam o processo civil contemporâneo.

Como bem afirma Bueno (2007), a fungibilidade entre as medidas de tutela de urgência é providência impositiva ao magistrado, que não deriva apenas desse dispositivo, mas do sistema processual constitucional como um todo, pois a efetividade jurisdicional e a celeridade, previstas, respectivamente, nos incisos XXXV e LXXVIII, do artigo 5º da CF/88, impedem que o legislador, ao criar mecanismos de acesso ao Poder Judiciário, desenvolva verdadeiras “armadilhas ao jurisdicionado”. Não poderá ele criar técnicas processuais que, em último ponto, servem ao mesmo propósito, mas que se excluem entre si a ponto de prejudicar aquele que, por qualquer motivo, não tiver condições seguras de optar por um (cautelar) ou por outro caminho (antecipada).

Nesse sentido, o autor admite a “fungibilidade de mão-dupla”:

⁵¹O dispositivo incorporou por completo o pensamento de Theodoro Jr. (1999, p. 94) que admitia apenas a fungibilidade de mão-única: “O que não se pode tolerar é a manobra inversa, ou seja, transmutar medida antecipatória em medida cautelar, para alcançar a tutela preventiva, sem observar os rigores dos pressupostos específicos da antecipação de providências satisfativas do direito subjetivo em litígio.”

Assim, não é porque a literalidade do §7º do art. 273 não autoriza a conversão da tutela cautelar em tutela antecipada que, diante desse fato, o magistrado deverá indeferir o pedido de socorro que lhe é endereçado, mesmo que em vestes menos apropriadas. Isso é elitismo intelectual, e não deve servir de fundamento para negar o dever de prestação de tutela jurisdicional. [...] O §7º, para empregar locução que tem ganhado destaque na doutrina que já se pronunciou sobre o tema, deve ser empregado em “mão-dupla.” (BUENO, 2007, p. 145)

Dinamarco (2002, p. 92) também segue esse raciocínio ao afirmar que “também o contrário está autorizado, isto é: também quando feito um pedido a título de medida cautelar, o juiz estará autorizado a conceder a medida a título de antecipação de tutela, se esse for seu entendimento e os pressupostos estiverem satisfeitos.”⁵²

Essa, portanto, é a melhor interpretação a ser dada à *fungibilidade* prevista no §7º do artigo 273 do CPC, admitindo a “conversão” tanto de medida cautelar em antecipada, quanto o inverso, desde que estejam preenchidos os requisitos para o deferimento da providência almejada.

⁵²A respeito do tema, Marinoni (2011, p. 130) também defende tal posicionamento, fazendo apenas uma ressalva: “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. Neste caso, não existindo erro grosseiro do requerente, ou, em outras palavras, havendo dúvida fundada e razoável quanto à natureza da tutela, aplica-se a ideia de fungibilidade, uma vez que o seu objetivo é o de evitar maiores dúvidas quanto ao cabimento da tutela urgente (evidentemente de natureza nebulosa) no processo de conhecimento.”

4 A TUTELA PROVISÓRIA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

4.1 O Novo Código de Processo Civil e a busca pela Efetividade do Processo

Como já amplamente demonstrado no primeiro capítulo desta obra, atualmente vivenciamos uma fase metodológica do processo civil que prima, sobretudo, pelo processo como instrumento de efetiva satisfação de direitos, à luz das garantias constitucionais, idôneo não apenas para reconhecê-los, mas para ir além, propiciando a concretização de resultados úteis à vida dos jurisdicionados.

Nesse sentido, a ciência do Direito Processual Civil deve estar preocupada em desenvolver um processo efetivo, capaz de se adaptar à dinâmica social contemporânea para resolver os seus problemas da melhor maneira possível. Deve, portanto, ser capaz de instrumentalizar a prestação de tutela jurisdicional, protegendo o direito e possibilitando o seu gozo pelo seu verdadeiro titular.

Nesse contexto, o tempo surge como importante variável no estudo da processualística civil, uma vez que, ao passo que é necessário à maturação do processo, tem a aptidão de influenciá-lo diretamente de maneira negativa, tornando-o inútil.

Dessa forma, como o grande horizonte do processo hodiernamente é a busca pela efetividade e o principal obstáculo para alcançá-lo é o tempo, faz-se necessário pensar cada vez mais em um processo equipado dos mais variados mecanismos e institutos capazes de mitigar os efeitos negativos dessa variável, tornando-o efetivo.

Essa preocupação não é tão recente assim e cresceu a partir da promulgação da CF/88, que estabeleceu no ordenamento jurídico brasileiro valores e garantias a serem perseguidos sempre, em todo e qualquer ramo do Direito, para que se possa falar em justiça. Theodoro Jr. (1997, p. 182) deixa clara essa preocupação:

Muito antes da reforma que introduziu em nosso Código de Processo Civil a figura da “antecipação de tutela” (Lei 8.952/94), já se notava uma inquietação na consciência jurídica universal em torno da necessidade de evitar o perigo de a demora do processo comum transformá-lo em providência inútil para cumprimento de sua função natural de instrumento de atuação e defesa do direito subjetivo material de parte vencedora.

Nesse espírito, destacam-se aqui duas grandes reformas que aconteceram na legislação processual civil, em 1994 e em 2005, respectivamente⁵³. Na primeira delas, a Lei nº 8.952/1994 incorporou ao sistema a figura da tutela antecipada, como já visto, um importante mecanismo processual de combate aos efeitos deletérios do tempo no processo. Por sua vez, a partir da segunda grande reforma, realizada através da Lei nº 11.232/2005, alterou-se o conceito de sentença, de modo que as atividades de conhecimento e execução passaram a se desenvolver no mesmo processo, em fases distintas⁵⁴.

Entretanto, tais reformas, a despeito de terem introduzido no sistema modificações muito significativas, foram pontuais e não conseguiram solucionar o problema de uma vez por todas. Ao contrário, ainda provocaram uma quebra de coesão no CPC/73⁵⁵, ainda vigente, tornando-o uma verdadeira “colcha de retalhos” e ocasionando certas contradições em seu texto.

Desse modo, a concepção de um novo Código faz-se necessária, pois, além de trazer novamente uma unicidade ao sistema, adaptará o processo civil brasileiro às novas necessidades sociais, através da consagração de um processo mais efetivo, capaz de solucionar a equação do tempo no processo.

Dessa forma, buscou-se elaborar um novo código que se adequasse melhor ao preceito constitucional da efetividade jurisdicional, proporcionando um processo capaz de instrumentalizar uma tutela jurisdicional útil, adequada e célere.

Com efeito, o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil foi pensado e elaborado no intuito de adaptar o sistema processual brasileiro à nova dinâmica social, tentando promover um processo que proporcione à sociedade a efetiva realização dos seus direitos, com a devida concretização dos princípios processuais insculpidos na CF/88, baseando-se, em especial, em uma maior celeridade processual e no respeito à razoável duração do processo (PAULINO FILHO, 2013).

⁵³Nesse sentido, Junqueira (2010, não paginado) afirma: “É importante ressaltar que as mudanças pelas quais o Código de Processo Civil (CPC) vem atravessando revelam a preocupação dos legisladores em tentar alcançar a efetividade e celeridade processual com a obtenção da satisfatividade do cidadão.”

⁵⁴Junqueira (2010, não paginado) explica essa segunda grande reforma: “A Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, alterou significativamente a execução do título executivo judicial, tentando acabar com a possibilidade de várias relações jurídicas e criar um processo sincrético, onde o título executivo dará início a uma fase do processo de conhecimento e não mais a um processo autônomo. Esta lei também diz ter alterado o conceito de sentença, imprescindível compreender a sua extensão para aplicabilidade da liquidação e posterior cumprimento da sentença.”

⁵⁵Maciel Jr. (2013, p. 306) destaca os problemas ocasionados pela falta de uma coesão no texto do código processual: “Entretanto, a falta de visão sistemática sobre os institutos do direito processual é responsável por grandes equívocos interpretativos da jurisprudência, além de desastrosas propostas de reformas processuais, que muitas vezes alteram significativamente ou mutilam o sistema processual, quebram sua unidade, dificultando sobremaneira sua compreensão.”

O Presidente da Comissão de Juristas responsável pela elaboração do projeto, Luiz Fux, durante a exposição de motivos do Anteprojeto do NCPC, esclarece a proposta da nova codificação para tornar o processo um instrumento efetivo de solução de controvérsias, adaptado às relações sociais que se afiguram mais complexas nos dias de hoje:

Há mudanças necessárias, porque reclamadas pela comunidade jurídica, e correspondentes a queixas recorrentes dos jurisdicionados e dos operadores do Direito, ouvidas em todo país. Na elaboração deste Anteprojeto de Código de Processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver problemas. Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais. (BRASIL, 2010, não paginado)

E, para isso, entendeu-se acertadamente que a Constituição Federal de 1988 é o ponto de partida de todo o ordenamento jurídico e, por isso, deve estabelecer as diretrizes de todo o sistema⁵⁶. Buscou-se, portanto, nela, o fundamento coesivo do sistema, de modo que os princípios constitucionais passaram a ter papel de importante sustentáculo para a criação e aplicação de diversas técnicas de sumarização adotadas no Projeto do Novo CPC, com destaque especial para os “novos” princípios adotados expressamente no texto do Código Projetado⁵⁷.

Nesse sentido, visando a observância dos princípios e garantias constitucionais, a comissão listou na Exposição de Motivos os cinco objetivos precípuos do Novo Código de Processo Civil:

[...] 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente

⁵⁶Nesse sentido, ensina Marinoni (2010, p. 60): “Se é para pensar em nova codificação para o processo civil, é imprescindível que o Código apareça marcado pela nossa cultura – que é a cultura do Estado Constitucional – e possa servir à prática sem descurar das imposições que são próprias da ciência jurídica, como necessidade de ordem e unicidade, sem as quais não há como falar em sistema nem tampouco cogitar de coerência que lhe é essencial. Isto quer dizer que o Código deve ser pensado a partir de eixos temáticos fundados em sólidas bases teóricas. [...] Isto de modo nenhum quer dizer, todavia, que um Código de Processo Civil não deve servir à prática ou, muito menos, que não deve se preocupar com problemas concretos. É claro que não. Um Código de Processo Civil tem antes de qualquer coisa um compromisso inafastável com o foro. Deve servi-lo. Este compromisso, contudo, deve ser entendido e adimplido dentro de um quadro teórico coerente. A recíproca implicação entre teorias e prática deve ser constante a fim de que a legislação processual civil possa constituir meio efetivamente idôneo para resolver problemas concretos, cumprindo com o seu desiderato de outorgar adequada proteção ao direito fundamental ao devido processo legal.”

⁵⁷A Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto do NCPC optou por incorporar ao projeto a técnica de adoção expressa de princípios, elencando todos os princípios que o nortearão logo em seu início, na Parte Geral (Livro I), Título Único, Capítulo I, denominado “Das Normas Fundamentais do Processo Civil”, dando tratamento equilibrado aos princípios da razoável duração do processo e da segurança jurídica, que devem nortear a prestação da tutela jurisdicional (SANTANA, 2014).

alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.” (BRASIL, 2010, não paginado)

Segundo WAMBIER (2011, não paginado), relatora da comissão, os três pontos fundamentais do trabalho de reforma do Código de Processo Civil são:

A organicidade do processo, a capacidade de resolução dos problemas de forma empírica e a simplificação dos trâmites processuais. [...] Queremos que o Código seja bom para a sociedade, possibilitando processos mais simples, mais seguros e mais justos.

Desse modo, tendo sempre como horizonte a busca por uma maior efetividade jurisdicional, baseada em uma maior celeridade processual, foi concebido o NCPC, preservando os avanços incorporados ao sistema processual até então e propondo inovações que visam atribuir maior grau de efetividade ao processo civil brasileiro.

4.2 A Tutela Provisória no Projeto do Novo Código de Processo Civil

Dentre as inovações trazidas pelo anteprojeto visando a efetividade da prestação jurisdicional, deu-se nova roupagem ao instituto da tutela provisória, positivando a recente distinção observada no âmbito doutrinário e jurisprudencial entre a tutela de urgência e a tutela de evidência, superando a clássica dicotomia entre a medida cautelar e a medida antecipatória. O NCPC propõe uma nova concepção desse gênero no país, estruturada em uma evolução dos conceitos das tutelas cautelar e antecipada e na tendência do “sincretismo processual”, já observada desde a reforma ocorrida em 1994.

Apesar das divergências encontradas entre as propostas oriundas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, uma tendência é perceptível em todas as versões do NCPC, e já pode ser observada a partir da opção de sistematização desse conteúdo feita pelo legislador e da própria disposição topográfica dos artigos que tratam da tutela provisória no código: a adoção de um regime unitário de tratamento para as tutelas de urgência e evidência.

Com efeito, optaram os responsáveis pela elaboração do novo código em tratar da matéria sob o prisma dos objetivos e da espécie de tutela a ser prestada, a partir do entendimento de que as tutelas de urgência e evidência são, em verdade, espécies de tutela diferenciadas, pautadas em um objetivo comum, a efetividade (CASTRO, 2013).

Nesse sentido, o legislador, de maneira acertada, achou por bem unificar o tratamento dado a essas modalidades de tutela, pois, como já bem delineado no capítulo 03 deste estudo, elas são, em verdade, espécies de um mesmo gênero, a tutela provisória, a qual tem por

fundamento a busca pela efetividade do processo. Ambas, apesar de possuírem algumas diferenças, devem ser equiparadas, pois apresentam o mesmo objetivo, razão pela qual são consideradas espécies do gênero tutela provisória.

Com efeito, são espécies de tutela concebidas com base em uma cognição sumária, que não necessita de profundidade, mas baseia-se na probabilidade da existência do direito, pois visam prestar uma tutela jurisdicional mais célere, mitigando os efeitos negativos do tempo no direito e no processo (BODART, 2014).

Corrigir-se-á, portanto, a desorganização no tratamento dessas tutelas realizada pelo CPC/73, o qual trata a matéria sobre a ótica da dicotomia entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, já ultrapassada e insuficiente na busca pela maior efetividade ao instituto. E pior, ainda o fez de maneira equivocada.

Explica-se: a matéria no atual código encontra-se estruturada de maneira esparsa, como se os mecanismos fossem coisas completamente distintas entre si e que de forma alguma se relacionam. Apenas o artigo 273 do CPC, localizado no livro relativo ao processo de conhecimento, trata da tutela antecipada, enquanto que a tutela cautelar possui todo um livro para dispor do seu tratamento, o Livro III, intitulado “Do Processo Cautelar”.

Essa forma de estruturação é fruto da visão de que a tutela cautelar e tutela antecipada são institutos processuais que possuem natureza jurídica distinta. A primeira seria espécie de processo ao lado dos processos de conhecimento e de execução, enquanto a segunda seria um mecanismo processual⁵⁸.

Entretanto, esse pensamento é falho em um ponto, pois como institutos processuais que tem o mesmo objetivo mediato (mitigar os efeitos deletérios do tempo no processo e no direito) e que se fundamentam nas mesmas premissas (a efetividade da jurisdição) podem ser tratados como se distintos em essência fossem?

Castro (2013, p. 294) critica essa postura adotada pelo CPC/73 e defende a adoção de um regime único de tratamento para a tutela de urgência e de evidência:

Essa breve digressão sobre a trajetória das tutelas de urgência e tutela da evidência no CPC vigente demonstra como as referidas tutelas diferenciadas encontram-se desorganizadas na codificação processual. Também demonstra, contudo, que tais tutelas jurisdicionais conferem cuidadosa atenção aos efeitos do tempo no processo e a exigência da efetividade. Fundando-se nestas similitudes é que podemos afirmar que existe um regime único de tutela de urgência e tutela da evidência, mesmo que

⁵⁸Nessa linha de raciocínio, por exemplo, podemos citar Didier Jr. (2011), o qual afirma: “Possuem pontos comuns, é verdade, mas não deixam de ser substancialmente distintas: uma, a tutela antecipada, e uma técnica processual; a outra, a tutela cautelar, é uma espécie de tutela jurisdicional, resultado prático que se pode alcançar pelo processo. A dificuldade na distinção das figuras certamente decorre disso: possuindo diferentes naturezas, não deveriam ser confrontadas.”

os dispositivos que disciplinam cada uma dessas modalidades de tutela diferenciada encontram-se espalhados no CPC vigente.

Outrossim, porque tratar a matéria a partir dos instrumentos processuais e não sob a ótica da própria tutela? Ora, a tutela cautelar e a tutela antecipada são apenas instrumentos adequados à prestação da tutela provisória. O jurisdicionado (e fala-se aqui efetivamente em jurisdicionado e não no seu patrono), ao buscar o Poder Judiciário não pensa em qual instrumento deve ser utilizado para resolver seu problema, mas efetivamente quer que seu problema seja resolvido, independentemente do meio utilizado.

Assim, diante de uma situação de urgência ou de evidência, necessita de uma tutela imediata, uma vez que a demora pode lhe ocasionar danos ou pode, no mínimo, ser injustificável em razão do alto grau de probabilidade de que o direito lhe pertença. O Poder Judiciário, assim, ao pensar em uma forma de solucionar a crise apresentada, irá definir qual mecanismo processual a ser utilizado, podendo até mesmo dizer que o mecanismo eleito pelo patrono do autor foi o incorreto, mas não poderá, de forma alguma, negar-lhe a prestação jurisdicional.

Dessa forma, dá-se maior importância à tutela a ser prestada, em detrimento da forma pela qual ela será prestada; preza-se pelo resultado em detrimento da técnica pela própria técnica, conforme tendência a ser seguida por todo o texto do NCPC.

A partir desse pensamento, não se dará margem, portanto, a esdrúxula construção jurídica ainda existente que legitima o indeferimento do pedido de tutela provisória, em razão da simples escolha errônea do mecanismo, o que, diante da atual fase do processo civil, é inconcebível, pois se nega a própria tutela por motivos estritamente técnicos⁵⁹.

E como consequência desse raciocínio do regime único de tratamento para a tutela provisória, sistematizou-se melhor a disciplina das tutelas de urgência e evidência, delimitando exatamente sua aplicabilidade, finalidade, estrutura, dentre outros aspectos (CASTRO, 2013). A Comissão de Juristas (e posteriormente, o Senado e a Câmara), acertadamente, identificou as similitudes e diferenças entre ambas as espécies de tutela provisória, conferindo-a um regime unificado e diferenciado de tratamento, como explica Castro (2013, p. 287):

⁵⁹Aqui, chega-se além da Fungibilidade como solução para o problema, já que infelizmente esse instituto foi colocado no código possibilitando apenas um caminho de mão única, mas não a fungibilidade em duas vias, o que se mostrou insuficiente, apesar das construções doutrinárias que admitem tanto a conversão de tutela antecipada em tutela cautelar, quanto o inverso.

Afirmamos que a tutela de urgência e a tutela de evidência são espécies de tutela diferenciada, pois, ao contrário das tutelas jurisdicionais fundadas em uma racionalidade unitarista – que pretendem apresentar um tipo de tutela jurisdicional padrão supostamente aplicável a todas as situações –, as tutelas diferenciadas são pautadas na efetividade e alinhadas a partir de um elemento que possibilita a sua aplicação sensível e flexibilizada ao caso concreto: a adaptabilidade.

Pensamos que essa é a melhor forma de se sistematizar a tutela provisória, uma vez que é o pensamento mais voltado ao norte maior a ser perseguido hodiernamente: a efetividade da jurisdição. Isso porque dá à técnica a sua real importância de servir de meio para instrumentalizar a tutela jurisdicional, mas não para, por si só, obstaculizá-la.

Nesse sentido, o provável texto final do NCPC incorporará o entendimento aqui defendido de que a tutela provisória é o gênero, o qual se subdivide em duas espécies: tutela de urgência e de evidência; sendo que a primeira delas pode se dar através da tutela antecipada e da tutela cautelar, enquanto a segunda será instrumentalizada apenas por meio da tutela antecipada.

A outra conclusão não se pode chegar pela própria sistematização desse conteúdo realizada pelo legislador, o qual decidiu, ao fim, nomear “Da Tutela Provisória” o Livro V do projeto, deixando bem claro no artigo 292 a adoção desse entendimento: “Art. 292. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental” (BRASIL, 2014, não paginado).

Entretanto, a terminologia adotada ao final pelo NCPC não é a mesma que fora estabelecida no início do processo legislativo que deu origem ao novo código, de modo que pôde ser constatada pela primeira vez apenas no texto do Relatório apresentado pelo Senador Vital Rêgo, elaborado para analisar as modificações sugeridas pela Câmara dos Deputados no texto aprovado inicialmente no Senado. Antes disso, a expressão “tutela provisória” nem sequer chegou a ser mencionada, seja no PLS 166/2010, seja no SDC 8.046/2010.

Na primeira proposta, o código não estabelecia qualquer nomenclatura ou expressão para determinar o gênero, limitando-se a tratar da matéria sob o título “Tutela de Urgência e Tutela da Evidência”. Não se pode afirmar categoricamente que a opção feita pelos legisladores nesse momento foi errônea, mas se mostrou imprecisa, na medida em que falou menos que deveria, pois somente estabeleceu as espécies, sem enquadrá-las em qualquer gênero.

Por sua vez, se a primeira proposta preferiu silenciar quanto ao gênero, a segunda, apresentada pela Câmara dos Deputados, fez pior, pois denominou o livro referente à matéria

de “Da Tutela Antecipada”, considerando, erroneamente, que o conceito de tutela antecipada englobava as tutelas de urgência e evidência.

Nessa linha de raciocínio, segundo o relatório do Deputado Sérgio Barradas, que originou o texto aprovado pela Câmara dos Deputados, o Livro V do projeto passaria a prever a técnica da tutela antecipada, afirmando ser esta a designação consagrada em nosso ordenamento jurídico. O texto do relatório sustentou que “o termo tutela antecipada já está incorporado à tradição jurídica brasileira e não pode ser simplesmente ignorado pelo novo CPC, que não o abandona, mas deixa de mencioná-lo” (BRASIL, 2014, não paginado).

Todavia, o texto do SDC 8.046/2010, apesar de ter retomado a expressão tutela antecipada, atribuiu-lhe um sentido diferente daquele que já estava consagrado e assentado na doutrina, como destaca Assis (2014, p. 252):

Maior problema, entretanto, no novo sentido atribuído à expressão tutela antecipada. Com efeito, nossa doutrina, como fruto de longo desenvolvimento de ideias, assentou que por “tutela antecipada” deveríamos entender a tutela sumária de caráter satisfativo, diferentemente da tutela cautelar, que seria destinada apenas a assegurar, e não a satisfazer.

Trata-se de evidente equívoco, o qual foi, acertadamente, corrigido após a nova análise do texto no Senado Federal, pois, em verdade, a tutela antecipada é um dos mecanismos de instrumentalização da tutela provisória, ao lado da tutela cautelar, sendo impossível o entendimento segundo o qual a tutela antecipada designaria o gênero, contrapondo-se à tutela definitiva⁶⁰. O livro trata de concessão de tutela fundada em cognição sumária, traço marcante da tutela provisória.

Vale transcrever aqui trecho esclarecedor do Relatório apresentado pelo Senador Vital Rêgo, o qual analisou as propostas de mudança apresentadas pela Câmara dos Deputados:

Tendo em vista discrepâncias de nomenclatura entre o PLS e o SCD, o tratamento sistemático do instituto em pauta recomenda a adoção de uma adequada taxonomia, que, a bem da verdade, não implica inovação substancial do texto, mas apenas adaptações decorrentes de ajustes 42 redacionais ou de rejeição de texto do SCD, com restabelecimento do texto correspondente do PLS. Por conta de tais ajustes, a “tutela provisória” será gênero do qual serão espécies: (a) a tutela de evidência e (b) a tutela de urgência, também designada de tutela urgente. (BRASIL, 2014, não paginado)

Ademais, tratar a tutela antecipada como gênero seria dizer, de forma transversa, que existiria tutela antecipada cautelar, o que estaria em dissonância do entendimento doutrinário

⁶⁰Nesse sentido, Maciel Jr. (2013, p. 320): “Em relação às tutelas de urgência restou claro no tópico anterior que elas constituem gênero, do qual a tutela satisfativa e a preventiva são espécies. Portanto, a colocação da tutela de urgência como espécie de tutela antecipada é evidente equívoco.”

majoritário, que as distingue pelo traço da satisfatividade, presente em uma e ausente na outra (MARINONI, 2013).

Poder-se-ia dizer que se trata apenas de questão relacionada à terminologia utilizada, que em nada afetaria na prática jurídica. No entanto, se aqui já se falou que a técnica pela técnica não tem a menor relevância em termos de efetividade processual, a ausência total de técnica também traz malefícios à consecução desse objetivo.

Assis (2014, p. 253), ao comentar a nomenclatura utilizada pela SDC 8.046/2010, explica:

Ocorre que a nova nomenclatura e sistematização tem potencial de gerar desnecessária confusão entre os operadores do direito. Aquele que é estudioso do processo civil, particularmente da tutela de urgência, poderá assimilar a mudança sem maiores dificuldades. Quanto aos demais, é lícito supor que demorem algum tempo até assimilarem a mudança. Mais do que isso. Até se familiarizarem com a inovação, alguns equívocos certamente surgirão, com possível prejuízo ao jurisdicionado. Se ainda houvesse um benefício prático com a mudança, talvez valesse a pena enfrentar tais dificuldades. Não vislumbramos, entretanto, qualquer benefício prático.

Portanto, entendemos que o texto final a ser aprovado estruturou a matéria da melhor maneira possível, contrapondo o conceito de tutela provisória ao de tutela definitiva, para caracterizar a primeira como uma solução diferenciada, que tem o condão de garantir a efetividade da prestação jurisdicional, através do abrandamento dos efeitos perniciosos das delongas processuais, necessária sempre que os mecanismos ordinários da prestação da tutela mostrarem-se insuficientes para garantir ao detentor de dado direito a sua plena satisfação.

Traçado aquilo que se entendeu por mais interessante em relação ao gênero tutela provisória no NCPC, passa-se agora à análise especificamente das suas espécies: a tutela de urgência e a tutela de evidência.

4.3 A Tutela de Urgência no Projeto do Novo Código de Processo Civil

4.3.1 O regime único de tratamento

No que tange especificamente à tutela de urgência, Fux (1996, p. 51) há bastante tempo já afirmava que:

À luz do princípio do acesso à justiça, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que tem como corolário o direito impostergável à adequada tutela jurisdicional, não podia o legislador escusar-se de prever a “tutela urgente”, sob pena de consagrar a tutela “tardia e ineficiente”, infirmo a garantia

constitucional por via oblíqua, na medida em que a “justiça retardada é justiça denegada”.

Desse modo, sob essas premissas e atendendo a reclamos de parcela significativa de especializada doutrina, o NCPC propõe uma nova forma de sistematização desse conteúdo no código, extinguindo o Livro III do atual CPC⁶¹, relativo ao processo cautelar e concedendo tratamento único aos mecanismos processuais de instrumentalização da tutela de urgência (tutela cautelar e tutela antecipada).

Maciel Jr. (2013, p. 310) explica a mudança: “Em verdade o que ocorreu foi a extinção do Livro III do processo cautelar presente no CPC/73 e a consequente fusão do tratamento das tutelas de urgência em um livro próprio, na chamada ‘Parte Geral’ do projeto.”

Assim, o NCPC não mais irá prever os procedimentos cautelares típicos (DE ASSIS, 2014), os quais serão todos enquadrados no âmbito de aplicação da tutela de urgência, aplicável a todos os procedimentos⁶², o que representa uma nova faceta do sincretismo processual, como ensinam Tolentino e Pedron (2014, p. 534):

Ocorrendo isso, a estrutura do Processo de Conhecimento – inclusive após a Lei nº 11.232/2005, que promoveu tamanha transformação, inclusive transpondo a satisfatividade decisória de procedimento autônomo (processo de execução de título judicial) para fase procedimental (cumprimento de sentença, art. 475-J e seguintes do Código de Processo Civil), o que inaugurou o que muitos processualistas denominaram de modelo da ‘ação sincrética’ – passaria agora a uma nova forma de sincretismo, já que unificaria, em um único procedimento, cognição, satisfatividade e cautelaridade.

O Relatório apresentado pelo Senador Vital Rêgo também é esclarecedor nesse ponto:

Esta última (a tutela provisória de urgência) poderá ser de duas naturezas: (1) cautelar, que, no corpo do texto, dará ensanchas à adoção da expressão “tutela cautelar” como fórmula abreviada da longa “tutela provisória de urgência cautelar”; e (2) antecipada, para cuja designação o Código poderá servir-se simplesmente de “tutela antecipada” no lugar de “tutela provisória de urgência antecipada”. (BRASIL, 2014, não paginado)

⁶¹Alvim (2012, não paginado), ao comentar sobre a eliminação das cautelares nominadas, argumenta que: “evidentemente isso responde a uma tendência do direito brasileiro, em que se expandiram as medidas cautelares e de urgência, de tal modo que não se justifica a manutenção de procedimentos cautelares típicos, diante da grande liberdade para decidir, adjudicada ao Judiciário. O PLS 166/2010 consagra a ampliação dos poderes concedidos aos magistrados na concessão de medidas destinadas à tutela da urgência e da evidência, que, como já se disse, passam a ser tratadas em conjunto.”

⁶²Tanto é assim que na provável redação do artigo 299 do NCPC, apresentado pelo relatório do Senador Vital Rêgo, assim estabelecerá: “Art. 299. A tutela urgente de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguarção do direito.” (BRASIL, 2014, não paginado).

Tal tendência pode ser observada em todas as versões do projeto, de modo que o provável texto final do NCPC, apresentado pelo relatório elaborado pelo Senador Vital Rêgo, assentará: “Art. 298. 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” (BRASIL, 2014, não paginado).

Contudo, dizer que o novo código a ser aprovado irá estabelecer tratamento único para os mecanismos de aplicação da tutela de urgência não significa dizer que a tutela de urgência é gênero, cujas espécies são as tutelas cautelar e antecipada. Isso porque, ao fazer tal assertiva, diminuiríamos o âmbito de aplicação da tutela antecipada, também adequada a prestar a tutela de evidência.

Seria, portanto, uma definição imprecisa e insuficiente, que não consegue demonstrar a verdadeira abrangência do mecanismo da tutela antecipada. Trata-se, em verdade, de mecanismo processual instrumental à tutela provisória ao lado da tutela cautelar⁶³.

A opção feita pelo legislador deixa bem clara a adoção do entendimento aqui exposto, segundo o qual as tutelas cautelar e antecipada, em verdade, são instrumentos adequados à prestação da tutela de urgência, distintos apenas pelo caráter satisfativo que a segunda possui e a primeira não. Logo, como possuem a mesma função, devem receber o mesmo tratamento.

Lamy (2013, p. 382), defende tese semelhante, distanciando-se do entendimento aqui exposto apenas pelo fato de chamar de tutela urgente aquilo que denominamos de tutela provisória: “Pensamos, em síntese, que só existem duas espécies de resultado ou tutela jurisdicional: urgente ou definitiva. Logo, a tutela de urgência seria uma, sendo que antecipação e cautela, atualmente, seriam apenas meios para a sua consecução.”

Partindo-se, então, da unificação no tratamento desses dois mecanismos, o NCPC estabelecerá como requisitos para a concessão da tutela de urgência, seja ela cautelar ou antecipada: a *probabilidade do direito* e o *perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo*.⁶⁴

⁶³Vale trazer à baila, mais uma vez, pensamento diametralmente oposto que entende ser impossível metodologicamente a contraposição entre tutela cautelar e tutela antecipada, exposto por Koehler e Miranda (2014, p. 607): “No entanto, a contraposição entre tais formas de prestação jurisdicional é de toda equivocada, uma vez que enquanto a tutela cautelar é um tipo de tutela jurisdicional [...], a tutela antecipada é uma técnica procedimental para obtenção da tutela [...] antes da certificação do direito.” Nesse mesmo sentido Didier Jr. (2011). Todavia, com o devido respeito, tal pensamento é equivocado, pois parte da errônea premissa de que a tutela cautelar é espécie de tutela jurisdicional ao lado da executiva e da cognitiva, o que já fora desconstituído no capítulo 03 do presente estudo.

⁶⁴Sendo que, nos casos de tutela antecipada de urgência, será necessária ainda a demonstração de outro requisito, a inexistência de perigo de irreversibilidade do provimento, nos termos do §3º do mesmo dispositivo: “§ 3º A tutela de urgência, de natureza antecipada, não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.” (BRASIL, 2014, não paginado).

Entendemos aqui que, a partir dessa disposição, supera-se a controvérsia acerca do grau de intensidade da cognição utilizada para deferimento das tutelas cautelar e antecipada, se maior ou menor, a qual se mostrava pertinente apenas no campo doutrinário (BUENO, 2007), como já falado no capítulo 3 do presente trabalho, já que a *probabilidade do direito* constituirá o requisito a ser demonstrado para ambas⁶⁵.

Afirma-se isso com base nos ensinamentos de Marinoni (2011), segundo o qual é equivocada a assertiva que a verossimilhança varia da tutela cautelar para a tutela antecipada, pois, na prática, é impossível distinguir a “fumaça do bom direito” da “prova inequívoca de verossimilhança das alegações”. Nesse sentido, salutareis as lições de Koehler e Miranda (2014, p. 613):

Essa análise superficial do direito positivo, que se apega, em boa medida, à literalidade do texto normativo, não entende que tais noções (verdadeiros conceitos jurídicos indeterminados) são apenas lugares comuns (*topoi*) sobre os quais recai a argumentação jurídica empregada pelo aplicador do direito. As diferenças cerebrinas para justificá-las são, na atuação prática – *locus* adequado para preenchimento dos conceitos jurídicos indeterminados-, falseadas. O pressuposto genérico para o emprego de qualquer técnica antecipatória da tutela é só um: o juízo de simples verossimilhança (*fumus boni iuris*: termo consagrado pela tradição jurídica).

Também seguindo esse raciocínio, Lamy (2013, p. 382), ao comentar o texto da SDC 166/2010, mais uma vez ensina:

Da mesma forma, concluímos que o relatório explicitou que os requisitos entre as medidas foram unificados (art. 282), dado que sempre versaram sobre a urgência do fato e a plausibilidade do direito, com mais ou menos intensidade. Tais diferenças, sempre pensamos, deveriam ser mantidas apenas no plano doutrinário, pois como elemento norteador da prática forense servem primordialmente como argumentos para o indeferimento de medidas cuja proteção ao direito material poderia ser necessária.

Dessa forma, chegou-se mais além da fungibilidade entre as medidas de urgência, pois, não será mais cabível a discussão acerca da possibilidade ou não da “fungibilidade de mão-dupla”. Entende-se aqui que esse é o único pensamento capaz de resolver o problema de maneira definitiva, não havendo mais qualquer possibilidade do magistrado indeferir o pedido de tutela antecipada ou tutela cautelar tecnicamente incorreto⁶⁶.

⁶⁵Aqui vale fazer a ressalva de que o texto proposto pelo Senado inicialmente, através da PLS 166/2010, adotara a expressão “plausibilidade do direito” para designar o requisito relativo ao grau de cognição a ser utilizado pelo juiz para deferimento da tutela de urgência, senão vejamos: “Art. 283. Para a concessão de tutela de urgência, serão exigidos elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação.” (BRASIL, 2014, não paginado). A despeito da diferença, as expressões podem ser tidas como sinônimas, de modo que as casas apenas optaram por terminologias distintas.

⁶⁶Esse pensamento, no entanto, encontra posição contrária, segundo a qual a melhor interpretação ao NCPC seria reconhecer que o grau de probabilidade exigido para a concessão de tutela antecipada é maior do que aquele

Repise-se: o jurisdicionado, ao buscar o Poder Judiciário, requererá uma tutela de urgência, de modo que caberá ao magistrado analisar os seus requisitos para decidir se a concederá ou não. Uma vez constatada a presença dos requisitos, será deferida a tutela de urgência, a qual será instrumentalizada através do mecanismo mais adequado ao caso, nos termos da pretensão do autor (acautelatória ou satisfativa). Jamais o jurisdicionado poderá ter seu pedido indeferido por ter elegido o mecanismo incorreto.

4.3.2 A tutela antecipada antecedente

Ademais, ainda como decorrência desse tratamento unitário, o NCPC possibilitará também o requerimento da tutela de urgência em caráter antecedente ou incidental. Nesse ponto, trará uma inovação em relação ao atual CPC: a possibilidade de pedido de tutela antecipada em caráter antecedente.

O artigo 301 do NCPC é objetivo ao permitir a formulação de pedido de tutela antecipada de urgência em caráter antecedente:

Art. 301. 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. (BRASIL, 2014, não paginado).

Será possível, então, em razão da urgência, pleitear na inicial apenas a tutela antecipada, com simples indicação do pedido de tutela final e exposição sumária da lide. Em outras palavras, nesse caso, ter-se-á uma petição que se limitará pura e simplesmente ao requerimento e ao seu pedido, sem a necessidade de introduzir os elementos diversos da lide a ser futuramente ajuizada (TOLENTINO e PEDRON, 2014).

Assim, não apenas a tutela cautelar, mas também a tutela antecipada, nos casos de urgência, poderá ser pleiteada em caráter preparatório, antes do ajuizamento da ação principal, o que não ocorre atualmente. No entanto, o procedimento a ser adotado para cada uma delas será distinto, reservando o novo código, dentro do Título II, relativo à Tutela de Urgência, o

exigido para a tutela cautelar. Nesse sentido, ao comentar a PLS 166/2010, defendeu Theodoro Jr. (2012, p. 8): “O art. 283 arrola para a tutela cautelar (conservativa) e a tutela antecipatória (satisfativa) os mesmos requisitos, sem atentar para a diversidade de consequências práticas e jurídicas que advém de uma medida neutra, como é a conservativa, e de uma medida de mérito, como é a antecipação da tutela substancial. Questões como a inequívocidade da prova e da irreversibilidade da medida, *data vênia*, não deveriam ser desprezadas quando se trata da antecipação dos efeitos da futura sentença de mérito. A experiência do atual Código, em seu art. 273, não deveria ter sido desprezada. As duas situações são substancialmente heterogêneas, de modo a não permitir tratamento processual homogêneo.”

Capítulo I para o procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, e o Capítulo II para o procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente⁶⁷.

Nesse sentido, uma vez concedida a tutela antecipada de urgência, pleiteada através de pedido preparatório, deverá o autor aditar a petição inicial, com a complementação da sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em quinze dias, ou em outro prazo maior que o juiz fixar. O réu será, então, citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação e, em caso de não impossibilidade de transação, terá o prazo de 15 (quinze) dias para oferecer contestação. Se, por outro lado, não for realizado tal aditamento, o processo será extinto sem resolução do mérito.

Questão mais interessante ocorre em caso de concessão da tutela antecipada preparatória e ausência de recurso por parte do réu contra a decisão que a deferiu, como demonstra o provável artigo 302 do NCPC: “Art. 302. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 301, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso” (BRASIL, 2014, não paginado).

Trata-se da *estabilização dos efeitos da tutela antecipada*. Aqui, caso não seja interposto recurso contra a decisão que deferiu a tutela antecipada, essa terá o seus efeitos prolongados no tempo e o processo no qual se requereu a medida será extinto⁶⁸, sem necessidade de aditamento da inicial e de sua continuidade sob forma de discussão principal da lide (TOLENTINO e PEDRON, 2014). Com efeito, a tutela antecipada deferida ficaria estável até a instauração de um novo procedimento para discutir a referida decisão, sendo que o direito de revê-la, reformá-la ou invalidá-la, extinguir-se-á após dois anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo⁶⁹.

Tal ideia não se afigura uma novidade, uma vez que já havia sido proposta antes, em termos mais abrangentes, através do PLS 186/05, elaborado a partir do trabalho de uma comissão composta pelos professores Ada Pellegrini Grinover, Luiz Guilherme Marinoni e José Roberto Bedaque (DE ASSIS, 2014). Esse projeto, propondo uma mudança no artigo 273 do atual CPC, estabelecia um prazo, findo o qual a tutela antecipada estaria estabilizada e,

⁶⁷Ressalte-se que o procedimento a ser adotado para a tutela cautelar requerida em caráter antecedente assemelha-se muito ao procedimento atualmente utilizado para o processo cautelar preparatório, distinguindo-se desse último apenas porque não se tratará, em verdade, de um processo preparatório, mas de um pedido antecedente.

⁶⁸Conforme disposição do parágrafo 1º do artigo 302: “§ 1º No caso previsto no caput, o processo será extinto.” (BRASIL, 2014, não paginado).

⁶⁹Nesse sentido, dispõe o parágrafo 5º do artigo 302: “§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após dois anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.” (BRASIL, 2014, não paginado).

de provisória, passaria a ser definitiva, podendo, inclusive produzir coisa julgada material (PAIM, 2012)⁷⁰.

No entanto, a proposta apresentada em todas as versões do NCPC não vai tão longe, pois fala expressamente que não haverá coisa julgada, mas apenas estabilidade, a qual será afastável apenas por decisão que a revogue, proferida em ação promovida por uma das partes.

Esta é a dicção do § 6º do artigo 302 apresentado pelo relatório do Senador Vital Rêgo: “§ 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes” (BRASIL, 2014, não paginado).

Paim (2012, p. 155) explica a ideia central desse instituto incorporada pelo Projeto do NCPC:

A decisão provisória demanda uma autoridade própria, tanto em relação às partes como em relação ao próprio juiz que a concedeu. Não possui autoridade de coisa julgada do principal, autoridade de coisa julgada material, mas possui uma autoridade em relação à tutela ordenada, que não poderá ser rediscutida, salvo em caso de modificação das circunstâncias. Ela insinua o definitivo na ordem do provisório.

Nos termos apresentados pelo NCPC, o instituto da estabilização dos efeitos da tutela propõe uma inversão dos papéis na relação processual, porque, uma vez estabilizada a decisão, caberá ao réu o ônus de demonstrar que ela estava incorreta, suportando, assim, o andamento do processo sem poder usufruir do direito objeto da lide.

A medida, portanto, pretende desestimular o perdedor a persistir na demanda em casos meramente procrastinatórios. Paim (2012, p. 164) mais uma vez ensina:

A aliança entre a satisfação do autor provisoriamente e o modelo do provisório independente importa em uma inversão do contraditório, sendo que a iniciativa processual incumbiria ao demandado, e, não mais, ao demandante. Trata-se de fenômeno em que o demandado em um procedimento provisório se encontra forçado, no processo principal, a ocupar a posição de demandante e a suportar todos os seus consequentes incômodos, enquanto o demandante no procedimento provisório estaria plenamente satisfeito.

Poder-se-ia, então, questionar a constitucionalidade do instituto, sob falsa impressão de que seria uma afronta ao Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, como fazem Tolentino e Pedron (2014, p. 543):

⁷⁰ Assis (2014, p. 261) explica melhor a proposta da PLS 186/05: “Nessa proposta, modificava-se parcialmente o art. 273 e acrescentavam-se outros dispositivos em seguida, prevendo, entre outras coisas, a antecipação de tutela requerida em caráter antecedente. Nesse caso, preclusa a decisão que a tivesse concedido, facultava-se à parte propor demanda, em sessenta dias, para discutir o mérito da pretensão, sob pena de a tutela antecipada adquirir estabilidade de coisa julgada material.”

A subordinação da continuidade do procedimento, inclusive com aditamento e desenvolvimento do procedimento principal, à discussão em nível recursal é equivocada, pois não leva em conta que o espaço argumentativo recursal é infinitamente inferior ao espaço que poderia o réu ter em sede de resposta. Há aqui, portanto, inobservância do princípio da ampla defesa, já que restringe-se o *locus discursivo* da demanda ao espaço de um recurso.

Entretanto, é descabida tal crítica, pois, em verdade, o instituto da estabilização da tutela antecipada não ocasiona uma supressão do contraditório, mas apenas o posterga, tornando-o eventual.

O demandado disporá primeiramente do recurso do agravo de instrumento para questionar a decisão que deferiu a tutela antecipada. Não o fazendo, tornará estável tal decisão. Após isso, ainda poderá valer-se de ação plenária para rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada, em um prazo de dois anos, na qual haverá respeito pleno à garantia do contraditório. Assim, não se pode confundir a conduta desidiosa do réu com a impossibilidade de efetivação do contraditório.

Portanto, inegável que a estabilização dos efeitos da tutela antecipada é constitucional, vez que não ofende a garantia do contraditório. Ao contrário, trata-se de instituto que está estritamente voltado à efetividade da tutela⁷¹, atual norte do processo civil, pois dá àquele que tem maior probabilidade de ser o verdadeiro detentor do direito a possibilidade de usufruí-lo com uma segurança maior, invertendo-se o ônus do tempo no processo. Desse modo, pune-se a conduta omissa do demandado e, posteriormente, impede-se sua conduta procrastinatória.

4.3.3 O Poder Geral de Cautela

Por fim, no que tange especificamente à tutela de urgência, é preciso demonstrar uma grave omissão observada no provável texto do NCPC: a ausência de disposição acerca da possibilidade ou não de concessão das medidas de urgência de ofício.

Trata-se de evidente equívoco, pois se, atualmente, quando o CPC/73 disciplina o assunto, já existe um crescente debate entre aqueles que defendem a possibilidade de concessão da tutela antecipada de ofício e aqueles que são contra essa tese, diante do silêncio do NCPC, a tendência é que esses debates aumentem.

⁷¹Nesse sentido, Paim (2012, p. 190): “Trata-se de previsão constitucional, até mesmo pelo respeito à efetividade, erradicando as desigualdades materiais, permitindo um processo de resultados, com uma duração razoável, repartindo o ônus do tempo no processo.”

O CPC/73 é claro ao afirmar, em seu artigo 273, que será necessário o requerimento da parte para que o juiz antecipe, total ou parcialmente, os efeitos da tutela⁷². Desse modo, firmou-se ao longo dos anos, na doutrina, o sentimento de que a tutela antecipada não poderia ser concedida de ofício, funcionando o requerimento da parte como verdadeiro requisito para a concessão de tal medida de urgência, conforme entende Friede (2009).

Aqueles que defendem tal raciocínio afirmam que a exigência de requerimento da parte é consentânea com o princípio da demanda, não podendo o órgão jurisdicional conceder à parte o que não foi pleiteado (CAMARA, 2004), ainda mais quando se tratar de um mecanismo processual tão invasivo que, em sede de cognição sumária, antecipa o provimento final pleiteado. Esse tem sido o entendimento doutrinário e jurisprudencial⁷³ majoritário.

Contudo, corrente minoritária surgiu e cresceu defendendo tese contrária, com base nos novos rumos que o processo civil tem tomado, entendendo ser plenamente possível ao órgão jurisdicional conceder qualquer forma de tutela de urgência sem a necessidade de requerimento por parte do autor⁷⁴.

Seguindo essa corrente, entende BUENO (2007, p. 36) que a tutela antecipada poderá ser deferida de ofício apenas em situações de extrema urgência:

Professor, é possível ao juiz conceder a tutela antecipada de ofício? Pela letra da lei – é lê-la, o texto está escrito -, a resposta só pode ser negativa. À luz de uma visão constitucional do processo, parece que a resposta mais afinada ao que procurei desenvolver no item I, no entanto, é, diferentemente, positiva. Se o juiz vê, diante de si, tudo que a lei reputou suficiente para a concessão da tutela antecipada, não será isso que o impedirá de realizar o valor da ‘efetividade’, sobretudo naqueles casos em que a situação fática reclamar necessidade de tutela jurisdicional urgente (art. 273, I).

Sob esse prisma, não pode ser concebível que, diante de uma situação de extrema urgência, em que todos os requisitos para a concessão da tutela antecipada estejam presentes,

⁷²Dispõe o artigo 273 do CPC/73: “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 [...]” (BRASIL, 1973, não paginado).

⁷³O STJ já decidiu nesse sentido, quando do julgamento do REsp nº 1178500/SP: “Essa observação ganha importância na hipótese analisada porque, dentre os requisitos exigidos para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela, nos termos do artigo 273 do CPC, está o requerimento da parte, enquanto que, relativamente às medidas essencialmente cautelares, o juiz está autorizado a agir independentemente do pedido da parte, em situações excepcionais, exercendo o seu poder geral de cautela.” (BRASIL, 2012, não paginado).

⁷⁴Colhe-se jurisprudência nesse sentido: “PREVIDENCIÁRIO, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EX OFFICIO. CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE. TRABALHADOR RURAL. APOSENTADORIA POR IDADE. PROVA MATERIAL E PROVA TESTEMUNHAL. VALIDADE. TERMO INICIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. I. Em homenagem à busca de uma real e efetiva prestação jurisdicional, conjugada com a necessária imediatidade que o fato concreto exige (a pretendente ao benefício de natureza alimentar tem sessenta e nove anos de idade), é viável a possibilidade da concessão da medida antecipatória de ofício[...]” (BRASIL, 2005, não paginado).

não se conceda a tutela antecipada de ofício pelo simples motivo de não haver requerimento para tanto. Seria uma forma de indeferimento da tutela pleiteada por motivos meramente formais, fato tão confrontado nesse estudo, ainda mais quando se tem pacificada a ideia de que não há discricionariedade para o juiz no deferimento da tutela antecipada.

Nos demais casos, não se vê obstáculo algum ao fato de o magistrado, ao perceber que os requisitos da tutela antecipada estão presentes no caso concreto, intimar o autor para que faça requerimento pleiteando a tutela antecipada, pois não existe aqui nenhuma situação que justifique a necessidade urgente de provimento.

Pensamos que esse seria o melhor tratamento a ser dado à matéria no NCPC, já que é o que mais se coaduna com o grande objetivo a ser perseguido pelo código: o Princípio da Efetividade Processual.

Com efeito, o Anteprojeto original, apresentado inicialmente ao Senado, previa a possibilidade de concessão de tutela de urgência de ofício, seja ela cautelar ou antecipada, de maneira excepcional, incorporando o raciocínio aqui defendido. Após análise nessa casa, a ideia prevaleceu na versão final aprovada no PLS 166/2010, no qual, dentro da seção destinada ao tratamento da tutela de urgência cautelar e satisfativa, possuía o artigo 284, com a seguinte redação: “Em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o juiz poderá conceder medidas de urgência de ofício.” (BRASIL, 2010, não paginado).

Entretanto, de maneira surpreendente, na versão do projeto aprovada na Câmara dos Deputados, consubstanciada na SDC 8.046/2010, tal dispositivo foi suprimido, não podendo ser observada qualquer menção sequer ao poder geral de cautela no projeto. Seguindo a mesma linha de pensamento, mais uma vez silenciou o legislador na versão do código apresentada pelo Senador Vital Rego.

Percebe-se, portanto, que, diante de tanta divergência, optou o legislador, temerariamente, por omitir-se quanto ao tema, mesmo diante da tamanha relevância que possui, o que se mostra uma conduta completamente injustificável, pois poderá ocasionar desnecessária discussão nos tribunais⁷⁵. Desse modo, diante de tantos acertos já apontados, nesse aspecto, é criticável a postura adotada no NCPC.

Analisados os pontos tidos como principais acerca da tutela de urgência, passa-se agora à análise da tutela de evidência no NCPC.

⁷⁵Seguindo esse mesmo raciocínio, afirma Assis (2014, p. 259): “É possível justificar-se a posição mais ampla em matéria de tutela antecipada de ofício, assim como há fortes argumentos para se defender a tese mais restritiva. O que não nos parece justificável é a omissão do legislador em assunto de tal importância, o que fatalmente irá gerar desnecessária discussão nos tribunais.”

4.4 A Tutela de Evidência no Projeto do Novo Código de Processo Civil

O NCPC trará ainda disciplina relativa à tutela de evidência, como espécie do gênero tutela provisória, ao lado da tutela de urgência. Nesse sentido, incorporaram-se os ensinamentos de FUX (1996), aquele que primeiramente cunhou a expressão “tutela de evidência” no processo civil brasileiro.

Em sua obra, intitulada “Tutela de Segurança e Tutela da Evidência”, o autor, de forma pioneira no Brasil, vislumbrou, com base nas lições de Ovídio Baptista da Silva, a tendência moderna de prestígio de uma nova modalidade de tutela jurisdicional satisfativa relativa a direitos demonstrados de plano (BODART, 2014). Nesses termos, foi categórico ao afirmar que “é evidente o direito cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria” (FUX, 1996, p. 311).

Calcado nessa ideia, o autor enumerou uma série de situações que demonstram a evidência do direito do autor:

Assim, é evidente o direito demonstrável *prima facie* através de prova documental que o consubstancie líquido e certo, como também o é o direito assentado em fatos incontroversos, notórios, o direito a coibir um suposto atuar do *adversus* com base em manifesta ‘ilegalidade’, o direito calcado em questão estritamente jurídica, o direito assentado em fatos confessados noutro processo ou comprovado através da prova emprestada obtida sob contraditório, provas produzidas antecipadamente, bem como o direito assentado como prejudicial da questão a ser resolvida e já decidido, com força de coisa julgada noutro processo, máxime quando de influência absoluta a decisão prejudicial, os fatos sobre os quais incida a presunção *jure et de jure* de existência e em direitos decorrentes da ocorrência de decadência ou prescrição. (FUX, 1996, p. 313)

Nessas hipóteses, a tutela de evidência seria deferida, através da tutela antecipada, independentemente da demonstração do perigo, pois a probabilidade de certeza do direito alegado, aliada à injustificável demora do processo ordinário, seriam fundamentos suficientes para que o autor não tivesse de aguardar até o final do procedimento para usufruir do seu provável direito.

Desse modo, o jurista empregou a expressão “tutela de evidência” para designar aquele tipo de tutela jurisdicional a ser prestada nos casos em que as pretensões deduzidas em juízo pelo autor revelavam-se evidentes, ou seja, nas situações de alto grau de probabilidade da certeza do direito alegado (FUX, 1996).

A ideia foi inicialmente incorporada pelo CPC/73 a partir da reforma ocorrida em 1994, quando se instituiu a tutela antecipada no ordenamento jurídico brasileiro, possibilitando a sua concessão nos casos de abuso de direito de defesa e manifesto propósito

protelatório do réu. Mais tarde, em 2002, incluiu-se uma nova situação que permitia a tutela de evidência, quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

Assim, estabeleceu-se a disciplina da tutela de evidência no CPC/73, de maneira mais restritiva que a proposta por FUX (1996), possibilitando a sua aplicação, através da tutela antecipada, em apenas dois casos, os quais se relacionam sobremaneira com a conduta do réu, que, a partir do seu comportamento temerário ou omissivo, revela a evidência do direito.

O CPC/73, no entanto, em nenhum momento utiliza-se da expressão “tutela de evidência” em seu texto, limitando-se a tratar a matéria sob o prisma da tutela antecipada, ao contrário do que pretende o NCPC, que além de introduzir tal expressão em seu texto, concedeu-lhe disciplina específica, como espécie de tutela provisória, ao lado da tutela de urgência.

O projeto do NCPC optou por seguir esse caminho como melhor forma de sistematizar o tratamento dado a matéria, mas não parou por aí, foi além para ampliar consideravelmente os seus casos de aplicação (TOLENTINO E PEDRON, 2014), possibilitando a concessão da tutela de evidência em situações que não se relacionam apenas com a conduta do réu, mas também com a evidência do direito demonstrada a partir de prova extremamente forte produzida pelo autor.

Após diversas inclusões e exclusões de hipóteses, o provável texto final do NCPC foi apresentado, prevendo a possibilidade de concessão da tutela de evidência em quatro casos, senão vejamos:

Art. 309. 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 documental 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. (BRASIL, 2014, não paginado).

O primeiro caso, previsto no inciso I do dispositivo, cuida de previsão idêntica àquela prevista no artigo 273, inciso II, do atual CPC, pautado pelo necessário zelo pela boa-fé no âmbito do processo, dever imposto a todos os sujeitos da relação jurídica processual, incluindo o réu, o qual não poderá se exceder de forma abusiva ao exercer a sua garantia do contraditório e da ampla defesa. Aqui não se tem qualquer novidade.

O inciso II desse artigo, por sua vez, trata da hipótese de tutela de evidência decorrente de controvérsia estritamente jurídica. De acordo com o dispositivo, o juiz poderá conceder a tutela de evidência sempre que a inicial for instruída com documento apto a demonstrar a evidência do direito e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

Nesse caso, o magistrado estará autorizado a julgar *inaudita altera parte* a lide no que toca especificamente ao pedido cujo entendimento jurisprudencial já esteja consolidado (TOLENTINO e PEDRON). Trata-se de hipótese que segue a tendência do NCPC no sentido de garantir maior força aos precedentes judiciais, como explicam Tolentino e Pedron (2014, p. 544) em tom bastante crítico: “Há nítida supervalorização dos entendimentos sumulados e dos resultantes em julgamentos de casos repetitivos, demonstrando claramente a preocupação com a técnica de julgamento de demandas de massa.”

Cabe ressaltar, que tal dispositivo permite a concessão de tutela de evidência liminarmente, nesse caso, o que não poderia ser diferente, pois, após a manifestação do réu, como o caso se trata de controvérsia estritamente jurídica, não haverá necessidade de produção de provas, razão pela qual deverá o juiz proferir sentença, mas não apenas antecipar os efeitos da tutela. Bodart (2014, p. 156) defende que não há qualquer inconstitucionalidade na opção do legislador:

Não cabe alegar, contra a opção do projeto, nenhuma violação ao princípio do contraditório (art. 5º, LV, da CF/1988). A tese jurídica sustentada pelo autor é embasada por jurisprudência consolidada, disso resultando que as chances de sucesso do réu ao final do processo são absolutamente remotas. É claro que a defesa pode demonstrar ao juiz a insubsistência dos fatos alegados pelo autor, ou provar a ocorrência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito, mas tratar-se-ia de situação excepcional. Sendo o risco de erro judiciário significativamente menor que o risco de morosidade na realização do direito, deve-se optar pela concessão da tutela à pretensão do demandante, deixando o tempo do processo transcorrer em favor do réu.

Por conseguinte, o inciso III do artigo 309 projetado traz a hipótese de tutela de evidência em favor do depositante, de modo que substituirá a denominada “ação de depósito”, prevista nos artigos 901 a 906 do CPC/73 (BODART, 2014), a qual tem por fim a restituição da coisa depositada. A versão final do projeto limitou essa possibilidade de tutela de evidência aos casos de depósito convencional, permitindo a sua concessão de maneira liminar.

Para concessão da tutela de evidência nessa hipótese, de acordo com o dispositivo, será necessária apenas a apresentação de prova documental adequada do contrato de depósito. Entretanto, o texto do dispositivo deveria ter incluído a exigência de comprovação da mora

por meio do protesto ou de notificação extrajudicial, conforme a sumulada jurisprudência do STJ a respeito do procedimento de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente⁷⁶. Nesse sentido, esclarece Bodart (2014, p. 160):

Uma vez que o demandante aparelhe não somente com a prova do depósito, mas também com documento comprobatório da mora, afigura-se desproporcional impor-lhe a espera pelos atos de citação e de resposta do réu, para só depois gozar do direito cuja existência já se sabe bastante provável.

Por fim, a última hipótese prevista no NCPC para a concessão da tutela de evidência relacionar-se-á à incontrovérsia de fatos e provas, quando a prova documental apresentada for suficiente para demonstrar fatos constitutivos do direito do autor a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Essa hipótese havia sido suprimida no texto final do projeto aprovada pela Câmara dos Deputados, mas, felizmente, foi novamente incorporada ao dispositivo do artigo 309 no Senado, pois se coaduna sobremaneira com a busca pela efetividade do processo⁷⁷.

Nesse aspecto, a referida hipótese prevista no NCPC virá para substituir a atual previsão de tutela de evidência com base na incontrovérsia de um ou mais pedidos cumulados, ou parcela deles, que atualmente o CPC vigente prevê em seu § 6º do artigo 273, a qual será deslocada para a seção relativa ao julgamento antecipado parcial do mérito no NCPC⁷⁸.

A decisão do legislador mostra-se acertada nesse aspecto, uma vez que quando se fala em pedidos cumulados parcialmente incontroversos, não se pode falar de provimento antecipatório, já que a matéria não será novamente apreciada em decisão futura, mas sim de provimento imediato, oriundo de um juízo de certeza (BODART, 2014), diferentemente do que ocorre quando se fala em fatos ou provas incontroversos.

Desse modo, trará o NCPC essas quatro hipóteses que possibilitaram a concessão da tutela de evidência, sendo que a sistemática procedimental utilizada pelo código vindouro será a mesma utilizada pelo atual CPC, pois a tutela antecipada continuará sendo o único mecanismo processual adequado a instrumentalizar a tutela de evidência.

⁷⁶Súmula 72 do STJ: “A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente.” (BRASIL, 1993, não paginado).

⁷⁷Bodart (2014, p. 151) explica porque essa hipótese está intimamente ligada ao Princípio da Efetividade Processual: “O art. 278, III, da versão inicial da PL 8.046/2010 adota a técnica da condenação com reserva de exceções, pela qual se concede ao autor o acesso ao bem da vida, com base em juízo de probabilidade, não como meio de se tutelar uma situação de urgência, mas para evitar que o autor seja penalizado com os ônus dromológicos do processo.”

⁷⁸A matéria será tratada no artigo 353 do NCPC, o qual disporá: “Art. 353. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles: I - mostrar-se incontroverso; [...]” (BRASIL, 2014, não paginado).

Por derradeiro, vale ainda esclarecer que, nos termos propostos pelo NCPC, a tutela de evidência não poderá ser concedida de maneira antecedente. Afirma-se isso pela própria sistematização do conteúdo da tutela provisória realizada pelo legislador.

Isso porque, apesar de o artigo 297 estar localizado no Título I do Livro V do NCPC, relativo às disposições gerais da tutela provisória, afirmando que “a tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal” (BRASIL, 2014), a nova codificação apenas trata do procedimento relativo à tutela antecipada requerida em caráter antecedente no Título II do Livro V, o qual disciplina especificamente a tutela de urgência.

Outrossim, indo além do argumento relativo à topografia do NCPC, não se vislumbra razão para que a tutela de evidência seja pleiteada e deferida em caráter antecedente, uma vez que não se justifica em qualquer urgência do pedido.

Fala-se isso porque se entende que a ideia de um procedimento preparatório está intimamente ligada à exigência de que se pleiteie em juízo antes do momento ideal, oriunda de uma situação de lesão ou ameaça de lesão iminente ao direito. Nesses casos, o risco ao direito é tão plausível que se renuncia a possibilidade de buscar provas que demonstrem a certeza do direito para propor um pedido baseado apenas em provas que conduzirão o magistrado a um juízo de verossimilhança.

Nos casos de tutela de evidência não se tem essa necessidade tão urgente de qualquer provimento, pois esse tipo de tutela se presta apenas a redistribuir o ônus do tempo no processo quando o direito do autor se mostrar evidente, de modo que seria injustificável que ele suportasse todo o andamento do feito sem poder usufruir o direito.

Sob esse mesmo argumento, também se entende não ser possível a concessão de tutela de evidência de ofício, já que, com base nas lições de BUENO (2007), já se afirmou que a tutela antecipada só poderá ser concedida de ofício em situações de extrema urgência, quando não for possível sequer esperar que o autor realize o seu requerimento, o que não se observa nos casos de evidência do direito.

Ademais, tentar se compatibilizar a tutela de evidência com um procedimento prévio seria uma verdadeira contradição em termos, pois qual seria a utilidade de se propor um pedido antecedente quando já se tem elementos suficientes para demonstrar a evidência do direito e, assim, propor a própria ação principal? A resposta só pode ser nenhuma.

Assim, entende-se que a melhor forma de se interpretar a disciplina do NCPC acerca da tutela de evidência é entender que ela não poderá ser pleiteada através de procedimento antecedente, ou mesmo ser deferida de ofício.

Portanto, por todo o exposto, apesar dos poucos equívocos apontados, considera-se que o NCPC irá sistematizar a matéria relativa à tutela de evidência de maneira mais sensata que o atual CPC/73, criando novas hipóteses para o deferimento dessa espécie de tutela provisória, relacionadas não apenas à conduta do réu, mas também à evidência do direito demonstrada através de prova contundente, o que se mostra um importante avanço na busca pela Efetividade do Processo.

5 CONCLUSÃO

Atualmente, vivenciamos a terceira fase da evolução científica do processo, a Fase Instrumentalista, a qual tem como principal preocupação aproximá-lo da realidade social, desvinculando-se de seu caráter meramente introspectivo e eminentemente formal. Nesse sentido, o novo horizonte a ser perseguido pelos processualistas contemporâneos passou a ser a Efetividade do Processo, no sentido de que ele, o processo, deve ser entendido como instrumento a ser usado para tornar efetivo o direito material, de conteúdo prático.

Para tanto, percebe-se que o processo deve estar adaptado à dinâmica social para “dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter” (GRINOVER, 2006, p. 46).

Aprimorar o serviço jurisdicional prestado através do processo, dando efetividade a seus princípios formativos, portanto, é atualmente uma tendência universal e é justamente essa nova noção de instrumentalidade que o legitima, pois tivesse ele seus próprios objetivos e justificação autossuficiente, não seria um instrumento a serviço de direitos, mas um fim em si mesmo, sem resultados práticos, mas apenas confabulações teóricas.

Tal forma de pensar o processo teve como marco no Brasil a promulgação da Constituição Federal da República, no ano de 1988, quando todo o ordenamento jurídico pátrio passou a ter como fundamento de validade e legitimidade a Carta Magna. A partir de então, desenvolveu-se a noção de que para tratar de processo civil é insuficiente referir-se ao Código de Processo Civil, pois o processo civil, como de resto, todos os outros ramos do direito e disciplinas jurídicas, estão inseridos em um contexto bem mais amplo estabelecido pela CF/88 (BUENO, 2007).

Nesse passo, o processo civil deve estar sempre comprometido com os valores constitucionais, devendo os operadores do direito pensar e analisar sempre os seus institutos da forma que se garanta maior concretude ao “modelo constitucional do processo civil”, o qual estabelece que é dever do próprio Poder Judiciário proporcionar a efetiva tutela àquele que tem direito.

Fomentou-se, portanto, a ideia de que o acesso à Justiça, tal qual delineado na Constituição, não se limita a permitir que o indivíduo vá ao Estado-juiz para pretender proteger um direito seu de lesão ou ameaça de lesão, vai além e determina que a resposta a ser dada deve ser efetiva e adequada, de modo a propiciar justiça. Tem-se, dessa forma, a necessidade de efetividade na prestação da tutela jurisdicional como ideia implícita à concepção de acesso a uma ordem jurídica justa.

Desse modo, o tempo e suas implicações para o processo passaram a ser temas centrais nas discussões contemporâneas a respeito do escopo jurídico e social desse instrumento de solução de conflitos, pois o processo, assim como tudo, não permanece imune aos efeitos dessa variável. Em sendo assim, para que o processo seja capaz de gerar o máximo de efetividade possível, deve ser pensado a partir de uma ótica que entenda que o tempo é uma variável necessária para a solução correta da lide, mas o seu excesso constitui, ao contrário, uma grave forma de injustiça só não mais maléfica que a ocasionada pela negativa da tutela.

Nesse contexto, surge, então, um importante instituto jurídico para combater os possíveis resultados danosos que podem ser provocados pelo tempo e para garantir a utilidade da prestação jurisdicional, a tutela provisória, uma espécie de provimento jurisdicional que, através de uma relativização do devido processo legal, busca o resultado útil da prestação jurisdicional, baseando-se na cognição sumária e na provisoriedade.

Entretanto, percebe-se que a disciplina da Tutela Provisória no CPC/73 não é satisfatória, pois prezou mais pela técnica em detrimento da própria tutela jurisdicional, na medida em que teve como foco de sistematização os mecanismos processuais que a instrumentalizam (a tutela cautelar e a tutela antecipada), o que se revelou uma verdadeira barreira à Efetividade da Jurisdição.

Para corrigir esse erro, o Novo Código de Processo Civil, calcado no Princípio da Efetividade Processual, propõe uma nova sistematização da matéria, dando uma nova roupagem ao instituto da tutela provisória. Assim, positiva a recente distinção observada no âmbito doutrinário e jurisprudencial entre a tutela de urgência e a tutela de evidência, superando a clássica dicotomia entre a medida cautelar e a medida antecipatória, de modo que propõe a adoção de um regime unitário de tratamento para as tutelas de urgência e evidência.

Nesse sentido, o legislador, de maneira acertada, achou por bem unificar o tratamento dado a essas modalidades de tutela, pois, elas são, em verdade, espécies de um mesmo gênero, a tutela provisória, a qual tem por fundamento a busca pela efetividade do processo. Ambas, apesar de possuírem algumas diferenças, devem ser equiparadas, pois apresentam o mesmo objetivo, razão pela qual são consideradas espécies do gênero tutela provisória.

Acertou ainda o legislador em tratar a tutela cautelar e a tutela antecipada como verdadeiros mecanismos processuais de instrumentalização da tutela provisória, sendo a primeira adequada apenas às situações de urgência, enquanto a última, tanto às situações de urgência, quanto de evidência.

Corrigir-se-á, portanto, a desorganização no tratamento dessas tutelas realizada pelo CPC/73, o qual trata a matéria sobre a ótica da dicotomia entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, já ultrapassada e insuficiente na busca pela maior efetividade ao instituto.

Portanto, entendemos que o texto final a ser aprovado estruturou a matéria da melhor maneira possível, contrapondo o conceito de tutela provisória ao de tutela definitiva, para caracterizar a primeira como uma solução diferenciada, que tem o condão de garantir a efetividade da prestação jurisdicional, através do abrandamento dos efeitos perniciosos das delongas processuais, necessária sempre que a tutela jurisdicional ordinária mostrar-se insuficiente para garantir ao detentor de dado direito a sua plena satisfação.

Assim, foram propostas algumas interpretações para as inovações trazidas pelo NCPC a partir dessa nova forma de sistematização do tema, sempre tentando seguir pelo caminho mais adequado à concretização do Princípio da Efetividade do Processo, com pleno respeito ao “modelo constitucional do processo civil”.

Entretanto, não se teve como objetivo prioritário no presente trabalho firmar teses conclusivas a respeito dessas inovações, mas, antes de tudo, dizer que a Tutela Provisória deve ser entendida no NCPC como importante instrumento de efetividade do processo, razão pela qual sempre se deve buscar a interpretação de seus dispositivos do modo mais propício a se chegar a esse fim.

É claro que não se quis no presente trabalho findar o debate (o qual, diga-se de passagem, ainda está só no início), mas, ao contrário, fomentá-lo, como forma de enriquecimento do conhecimento acerca do tema.

E, assim, espera-se que o objetivo tenha sido alcançado.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. *Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil*. 2012. Disponível <em: <http://www.arrudaalvimadvogados.com.br/visualizar-artigo.php?artigo=2&data=14/03/2011&titulo=notas-sobre-o-projeto-de-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em 05 nov. 2014.

ASSIS, Carlos Augusto de. Reflexões sobre os Novos Rumos da Tutela de Urgência e da Evidência no Brasil. In: *Novas Tendências do Processo Civil*. v. 2. (Coord). FREIRE, Alexandre. São Paulo: Juspodivm, 2014.

ASSIS, Araken de. Antecipação de tutela. In: *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. (Coord). WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3.ed. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BERTOLDI, Marcelo. Tutela antecipada, abuso de direito e propósito protelatório do réu. In: *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, (Coord). WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de Evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BOECKEL, Fabrício Dani de. Espécies de Tutela Jurisdicional. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 89, jun. 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9736&revista_caderno=21>. Acesso em: 14 out 2014.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 28 out. 2014.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 6 jun. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 72*. Brasília, DF, 20 de abril 1993. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0072.htm>. Acesso em: 25 de nov. 2014.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível nº 345950 (2000.81.00.001652-0). 4ª Turma. Relator: Luiz Alberto Gurgel de Faria. Recife, 07 de março

2005. Disponível em: < <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta.>> Acesso em: 29 nov. 2014.

_____. Senado Federal. Anteprojeto do Código de Processo Civil. 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>.> Acesso em: 05 de jun. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1178500/SP. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 04 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=108275>. Acesso em: 25 nov. 2014.

_____. Câmara dos Deputados. Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 8.046/2010. 2014. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/426825-NOVO-CPC:-DEVEDOR-PODERA-TER-SALARIO-PENHORADO-E-FICAR-COM-NOME-SUJO.html>>. Acesso em: 28 out. 2014.

_____. Senado Federal. Parecer da Comissão Temporária do CPC sobre o Substitutivo da Câmara dos Deputados (SDC) ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166, de 2010, que estabelece o Código de Processo Civil. 2014. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=157517&tp=1>>. Acesso em: 04 dez. 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Antecipação de Tutela*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CASTRO, Marcello Soares. Tutela de Urgência e tutela da Evidência: limites e possibilidades de um regime único. In: *Novas Tendências do Processo Civil*. v. 1. (Coord). FREIRE, Alexandre. São Paulo: Juspodivm, 2013.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 6.ed. v.2. Salvador: Juspodivm, 2011.

_____. Apontamentos para a concretização do Princípio da Eficiência. In: *Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o Projeto do Novo CPC*. (Coord). FREIRE, Alexandre. Juspodivm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

_____. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Instituições de Direitos Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *A Instrumentalidade do Processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

FRIEDE, Reis; KLIPPEL, Rodrigo; ALBANI, Thiago. *A Tutela de Urgência no processo civil brasileiro*. Niterói: Impetus, 2009.

FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GOMES, Victor André Liuzzi. *Intervenção de Terceiros e Tutela de Urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

JUNQUEIRA, Carla Santos. As reformas processuais civis responsáveis pela busca do sincretismo e da instrumentalidade do CPC brasileiro. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 83, dez 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8726%3C>. Acesso em 10 nov. 2014.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fonte, 2009.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; MIRANDA, Gabriela Expósito Tenório. Conceituação e Classificação da Antecipação dos Efeitos da Tutela, da Tutela Cautelar e da Tutela de Evidência. In: *Novas Tendências do Processo Civil*. v. 2. (Coord). FREIRE, Alexandre. São Paulo: Juspodivm, 2014.

LAMY, Eduardo de Avelar. Considerações sobre a Tutela de Urgência no Relatório Barradas. In: *Novas Tendências do Processo Civil*. v. 1. (Coord). FREIRE, Alexandre. São Paulo: Juspodivm, 2013.

LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MACIEL JR., Vicente de Paula. A tutela antecipada no Projeto do Novo CPC. In: *Novas Tendências do Processo Civil*. vol. 1. (Coord). FREIRE, Alexandre. São Paulo: Juspodivm, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela cautelar, tutela antecipatória urgente e tutela antecipatória. In: *Revista AJURIS*, n. 61, jul. 1994.

_____. *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Antecipação da Tutela*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Processo Cautelar*. 5.ed.v.4 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NERY JR., Nelson. Procedimentos e Tutela Antecipatória. In: *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. (Coord). WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed., v. 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PAULINO FILHO, Ronaldo José de Sousa. A tutela de evidência como instrumento de acesso a um justo processo. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 108, jan 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12650>. Acesso em: 13 nov. 2014.

PAIM, Gustavo Bohrer. *Estabilização da Tutela Antecipada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PINTO FERREIRA, Luiz. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. 6.ed. v. 2. São Paulo, Saraiva, 1983.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de . O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: *Do Formalismo no Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTANA, Alexandre Ávalo. Os princípios do Novo CPC e a Tutela Eficiente em Tempo Razoável, In: *Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o Projeto do Novo CPC*. coord. FREIRE, Alexandre. v. 3. São Paulo: Juspodivm, 2014.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 20. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. O processo e sua recente reforma :os princípios do direito processual civil e as novas exigências impostas pela reforma, no que diz respeito à tutela satisfativa de urgência dos arts. 273 e 461. In: *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*.(Coord). WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Curso de Processo Civil: processo cautelar (tutela de urgência)*. 3. ed. v.3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutela Antecipada. In: *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. (Coord). WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Tutela de emergência. Antecipação de tutela e medidas cautelares. In: *O processo civil no limiar do novo século*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. Primeiras considerações sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v.66, jan. 2012.

TOLENTINO, Fernando Lage; PEDRON, Flávio Quinaud. Sumarização da Cognição nas Tutelas de Urgência e de Evidência no Projeto do Novo Código de Processo Civil: expectativas e frustrações. In: *Novas Tendências do Processo Civil*. v. 2. (Coord). FREIRE, Alexandre. São Paulo: Juspodivm, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. In: SENADO, Comissão de Juristas do. *Uma Proposta para o Projeto do Novo Processo Civil*. Audiência com Comissão de Juristas do Senado e outros. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia. > Acesso em: 20 nov. 2014.

WATANABE, Kazuo. *Contribuição ao estudo da cognição no processo civil*. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 1985.

_____. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. Acesso à Justiça e a sociedade moderna. In: *Participação e processo*, (Coord). Ada P. Grinover, Cândido R. Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 1988.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1998.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.