

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

**SISTEMATIZAÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA NO DIREITO PROCESSUAL
CIVIL BRASILEIRO: A APROXIMAÇÃO ENTRE A TUTELA CAUTELAR E A
TUTELA ANTECIPADA**

Thaís Zeri Negrão

Orientador: Prof. Dr. Camilo Zufelato

RIBEIRÃO PRETO

2015

THAÍS ZERI NEGRÃO

**SISTEMATIZAÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA NO DIREITO PROCESSUAL
CIVIL BRASILEIRO: A APROXIMAÇÃO ENTRE A TUTELA CAUTELAR E A
TUTELA ANTECIPADA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Camilo Zufelato

Ribeirão Preto

2015

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

FICHA CATALOGRÁFICA

Negrão, Thaís Zeri

p. 194;30 cm

Sistematização das tutelas de urgência no direito processual civil brasileiro: a aproximação entre a tutela cautelar e a tutela antecipada / Thaís Zeri Negrão. – Ribeirão Preto, 2014.

Trabalho de Conclusão de Curso -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

Orientador: Camilo Zufelato

1. Tutela cautelar e tutela antecipada. 2. Fungibilidade. 3. Tutelas de urgência. 4. *Procédure de référé*. 5. Novo Código de Processo Civil

NEGRÃO, Thaís Zeri. **Sistematização das tutelas de urgência no direito processual civil brasileiro: a aproximação entre a tutela cautelar e a tutela antecipada.** Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Aos meus pais, a quem tudo devo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus por sempre estar ao meu lado e proteger-me.

Agradeço ao meu pai, Teotônio Negrão Filho, por, apesar de tudo que passou, ter sido forte para me ensinar a viver e que o trabalho pode nos salvar. Igualmente, agradeço à minha mãe, Cláudia Zeri Negrão, pelos, mesmo que poucos, anos que tive a chance de tê-la em minha vida, sempre me mostrando que vale a pena lutar-se para viver.

Agradeço à minha madrastra, Luciana Kroll Negrão, que trouxe paz, esperança e felicidade à um lar que tanto havia sofrido. Agradeço-a, ainda, pela cumplicidade e paciência em todos os momentos de dificuldade que passei.

Agradeço aos meus irmãos, Luiza Kroll Negrão, Patrícia Zeri Jones e Theotônio Negrão Neto, por trazerem alegria à minha vida e por estarem sempre presentes.

Agradeço, ainda, a Grégoire Stéphane Michel Delacour, pelo companheirismo, carinho e amor.

Agradeço também, de forma especial, ao meu orientador, Prof. Dr. Camilo Zufelato, professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, que, muito brilhantemente, orientou-me neste estudo, sempre fazendo críticas apuradas que possibilitaram, cada vez mais, o seu aprimoramento. Igualmente, agradeço ao Prof. Dr. Loïc Cadiet, da Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, que, muito gentilmente, aceitou orientar-me no que diz respeito à pesquisa sobre o sistema francês.

Agradeço, ainda, à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), que teve papel central nesta pesquisa, tanto no que diz respeito à parte realizada no Brasil, quanto àquela perpetrada na França.

Por fim, agradeço à juíza de Direito, Dra. Ana Paula Franchito Cypriano, ao Prof. Dr. Fernando da Fonseca Gajardoni e ao Dr. José Roberto Ferreira Gouvea e a todos os que participaram e contribuíram para fazer desse o primeiro grande trabalho de minha vida.

RESUMO

Do mesmo modo que o Estado tem poder e função para criar o direito material, deve também garantir que esse direito seja efetivado concretamente. Trata-se, portanto, de função jurisdicional do ente estatal, de modo a substituir a autotutela, que este havia vedado. A eficiência dessa função jurisdicional está ligada não só com o desenvolvimento do instrumento utilizado, mas também, e principalmente, com os resultados alcançados. É necessário, pois, que esses instrumentos sejam apropriados e adequados às exigências das relações materiais. Portanto, nos casos em que a urgência estiver presente, para que a prestação jurisdicional seja realizada corretamente, o sistema processual brasileiro encontrou como solução o que é denominado pela doutrina de *tutelas de urgência*. Nesse diapasão, identificam-se no gênero das tutelas de urgência, duas espécies distintas: a cautelar e a antecipatória. Na prática, contudo, em determinados casos, essa distinção entre as tutelas não se faz tão clara, de modo que a confusão entre ambas pode ocorrer. Assim, em razão das dificuldades encontradas na prática, doutrina e jurisprudência têm desenvolvido uma sistematização destas tutelas, unificando-as sob o termo de *tutelas de urgência*, que seriam contrapostas à denominada *tutela da evidência*, critério este adotado pelo Novo Código de Processo Civil. A presente pesquisa visou, portanto, entender tal sistematização analisando doutrina e jurisprudência pátrias atinentes ao tema, com incursões pelo direito francês. O estudo justifica-se, porque as duas tutelas têm requisitos próprios e já há, no Código de Processo Civil atual, uma previsão de fungibilidade entre ambas, de modo que é de se questionar se uma nova sistematização trará benefícios ao sistema processual civil brasileiro.

Palavras-chave: Tutelas de urgência. Fungibilidade. *Référé*. Novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT

As the State has the power and function to create substantive law, it must also assure that this right is made concretely effective. It is, therefore, jurisdictional function of the State, in substitution to the self-enforcement, which was prohibited by himself. The efficiency of this jurisdictional function is not only linked to the development of the instrument that is used, but also to the results achieved. Thereby, it is necessary that those instruments are appropriated to the demands of the material relations. Thus, in cases where the urgency is detected, so the jurisdiction is applied correctly, the Brazilian procedural system has found a solution that is called “urgent procedures”. It is possible to identify in the gender “urgent procedures” two different types: the precautionary and the anticipatory. In practice, however, in some cases, this distinction between these procedures isn’t so clear, which can enable misunderstandings between them. Therefore, because of the difficulties found in practice, it has been developed a systematization of these procedures, unifying them as the “urgent procedures”, that are the opposite of the “evidence procedure”. The New Civil Procedural Code has adopted this classification. The objective of this research is to understand this systematization, by analyzing decisions of the Brazilian Courts and the doctrine (Brazilian and French). The study justifies itself because these two procedures have their own requirements and both of them are already previewed in the Civil Procedure Code, including their fungibility, which makes us wondering whether this new systematization will bring benefits to the Brazilian civil procedure system.

Keywords: urgent procedures. Fungibility. *Référé*. New Civil Procedural Code.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 - Comparação entre tutela definitiva e tutela provisória	37
Quadro 2 - Comparação entre tutela cautelar e tutela antecipada	71
Quadro 3 - Sistematização das tutelas provisórias no direito francês	121
Quadro 4 - Comparação entre o Projeto do Senado Federal (artigo 269) e o Projeto da Câmara dos Deputados (artigo 295).....	130
Quadro 5 - Comparação entre o Projeto do Senado Federal (artigo 270) e o Projeto da Câmara dos Deputados (artigo 298).....	131
Quadro 6 - Comparação entre o Projeto do Senado Federal (artigo 271) e o Projeto da Câmara dos Deputados (artigo 299).....	132
Quadro 7 - Comparação entre o Projeto do Senado Federal (artigo 273) e o Projeto da Câmara dos Deputados (artigo 298, parágrafo único).....	132
Quadro 8 - Comparação entre o Projeto do Senado Federal (artigo 276) e o Projeto da Câmara dos Deputados (artigo 301).....	134
Quadro 9 - Comparação entre o Projeto do Senado Federal (artigo 282) e o Projeto da Câmara dos Deputados (artigo 310).....	135
Quadro 10 - Comparação entre o Projeto do Senado Federal (artigo 284) e o Projeto da Câmara dos Deputados (artigo 311).....	135
Quadro 11 - Comparação entre o Projeto do Senado Federal (artigo 278) e o Projeto da Câmara dos Deputados (artigo 306).....	136
Quadro 12 - Comparação entre o Novo Código de Processo Civil (artigo 294) e o Código de Processo Civil de 1973 (artigos 273 e 796).....	138
Quadro 13 - Comparação entre o Novo Código de Processo Civil (artigo 297) e o Código de Processo Civil de 1973 (artigo 796)	141
Quadro 14 - Comparação entre o Novo Código de Processo Civil (artigo 297) e o Código de Processo Civil de 1973 (artigo 796)	143
Quadro 15 - Comparação entre o Código de Processo Civil francês (artigo 808) e o Novo Código de Processo Civil (artigo 300)	151
Quadro 16 - Comparação entre o Código de Processo Civil francês (artigo 809, alínea 2) e o Novo Código de Processo Civil (artigo 311)	152

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	21
1 TUTELA JURISDICIONAL: PRESTAÇÃO TEMPESTIVA E EFETIVA	25
1.1 O acesso à Justiça	25
1.2 Prestação tempestiva e efetiva: o processo como instrumento da tutela dos direitos	29
1.3 Tutela definitiva e tutela provisória: cognição exauriente e cognição sumária... 32	
1.3.1 Quadro comparativo	37
1.4 Fundamento constitucional da tutela provisória.....	37
2 TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPATÓRIA	41
2.1 A tutela cautelar	41
2.1.1 A origem da tutela cautelar.....	41
2.1.2 A tutela cautelar como garantia constitucional	43
2.1.3 Conceito, função e características da tutela cautelar.....	44
2.1.4 O poder geral de cautela.....	52
2.1.5 Pressupostos, condições e requisitos do processo cautelar.....	54
2.1.6 “Tutelas satisfativas autônomas”	56
2.2 A reforma de 1994 e a expansão da tutela antecipatória.....	58
2.2.1 Tutela antecipada: conceito, função e características.....	59
2.2.2 Condições e requisitos para a concessão da tutela antecipada.....	62
2.2.3 Da tutela antecipada sem o requisito da urgência	65
2.3 Distinções entre tutela cautelar e tutela antecipada.....	67
2.3.1 Quadro comparativo de diferenças entre a tutela cautelar e a tutela antecipada ..	71
2.4 A urgência como elemento comum entre a tutela cautelar e a tutela antecipada: uma primeira aproximação	72

3 A PERDA DA NECESSIDADE DE UMA AÇÃO CAUTELAR AUTÔNOMA...	75
3.1 A autonomia da tutela cautelar no Código de Processo Civil de 1973.....	75
3.2 A instrumentalidade do processo e a busca pela efetividade.....	77
3.3 Fungibilidade entre as tutelas de urgência: entendimentos doutrinários	80
3.4 Análise de casos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e Superior Tribunal de Justiça	85
3.4.1 <i>Método</i>	85
3.4.2 <i>Acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo</i>	86
3.4.2.1 <i>Caracterização da amostra</i>	86
3.4.2.2 <i>Estudo dos casos: o reconhecimento das tutelas de urgência como gênero e sua fungibilidade</i>	88
3.4.2.3 <i>Problemas decorrentes da aplicação do princípio da fungibilidade</i>	92
3.4.3 <i>Casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça.....</i>	94
3.4.3.1 <i>Caracterização da amostra e estudo dos resultados obtidos</i>	94
4 SISTEMATIZAÇÃO DAS TUTELAS PROVISÓRIAS NO SISTEMA FRANCÊS: A PROCÉDURE DE RÉFÉRÉ	97
4.1 Origem e conceito do "référé"	97
4.2 A "procédure de référé"	100
4.2.1 <i>As "ordonnances de référé": conceito e características.....</i>	100
4.2.2 <i>Os "référés" gerais e as condições para a sua aplicação</i>	104
4.2.2.1 <i>A urgência.....</i>	104
4.2.2.2 <i>Ausência de contestação séria ou que justifique a existência de um conflito</i>	106
4.2.3 <i>Os "référés" especiais do artigo 809, do Código de Processo Civil francês</i>	108
4.3 A sistematização adotada: medidas satisfativas e conservativas em um mesmo instituto	109
4.3.1 <i>A ideia de dupla função do juiz</i>	110
4.3.2 <i>O elemento comum às medidas de urgência.....</i>	114

4.3.3 <i>Medidas provisórias no sistema francês e sua sistematização em "référés" de urgência e "référés" de evidência</i>	116
4.3.3.1 <i>Quadro comparativo entre os "référés" de urgência e os "référés" de evidência</i>	120
4.4 Conclusões parciais	121
4.4.1 <i>A importância de uma proteção jurisdicional provisória</i>	121
4.4.2 <i>Noções extraídas das normas jurídicas francesas</i>	122
5 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: DOS PROJETOS AO RESULTADO FINAL	125
5.1 O trâmite legislativo do Novo Código de Processo Civil	125
5.2 Motivos e estrutura do Novo Código de Processo Civil	127
5.3 Sistematização das tutelas provisórias: projetos e resultado final	129
5.3.1 <i>Análise da sistematização das tutelas de urgência e de evidência nos Projetos do Senado Federal e da Câmara dos Deputados</i>	129
5.3.2 <i>A sistematização final adotada</i>	137
5.4 Análise das bases comuns para uma sistematização de tutelas de urgência: o Novo Código de Processo Civil e o Código de Processo Civil francês	149
5.4.1 <i>Estabilização dos efeitos da tutela antecipada: distorção do "référé"?</i>	153
CONCLUSÃO	157
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	161
ANEXO I	167
ANEXO II	171
ANEXO III	177
ANEXO IV	183
ANEXO V	189
ANEXO VI	191
ANEXO VII	193

INTRODUÇÃO

Justificativa

Ao proibir a autotutela privada, o Estado trouxe para si a responsabilidade de garantir Justiça a todos que lhe procuram. Trata-se não apenas da possibilidade de acesso ao Poder Judiciário, mas igualmente da existência de efetividade e adequação, isto é, a Justiça a ser concedida deve proporcionar a mesma satisfação que o direito material assegura ao seu titular.

Quando não são colocados à disposição dos jurisdicionados instrumentos aptos e eficientes para garantir o que buscam, os direitos elencados tornam-se meras palavras inalcançáveis, ou seja, tornam-se letra morta.

Assim, para evitar que tal situação se instalasse, o Código de Processo Civil brasileiro reservou um Livro próprio para o denominado “Processo Cautelar”, o qual prevê, além de diversos procedimentos especiais, o *poder geral de cautela* e, portanto, confere ao magistrado o poder de “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”.¹

A partir desse dispositivo, começaram a surgir indagações sobre a possibilidade destas medidas ultrapassarem o objetivo de garantia do processo, isto é, se lhes seria permitido também antecipar o direito material afirmado pelo interessado.²

A antecipação dos efeitos da sentença é tarefa da tutela antecipada, entretanto, antes das sucessivas reformas processuais sofridas pelo Código de Processo Civil de 1973, não havia menção, neste diploma, da tutela antecipada, mas apenas a existência das medidas cautelares; o que existiam era o que se denominava de “medidas cautelares satisfativas”, provenientes das necessidades encontradas ao longo do desenvolvimento do sistema processual civil brasileiro.

Assim como a tutela antecipada, a tutela cautelar busca garantir efetividade ao processo, pois busca garantir o resultado final do processo principal. Ambas, portanto, prestam-se a evitar que a demasiada demora do processo comprometa o resultado da tutela

¹ “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. Código de Processo Civil (1973). **Código de Processo Civil**: promulgado em 11 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 04 set. 2015.

² ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 41.

jurisdicional. À segunda, contudo, falta o caráter satisfativo presente na primeira. Ademais, a tutela antecipada é requerida incidentalmente por requerimento em um processo já existente e que se desenvolve validamente, ao passo que a tutela cautelar requer o exercício da denominada “ação cautelar”, para o início do “processo cautelar”.³

Desse modo, a tutela cautelar é de cunho *preventivo*; enquanto que a tutela antecipada, de cunho *satisfativo provisório*, mas têm pontos em comum, que incentivaram a unificação de seu regime jurídico, como ocorre com Novo Código de Processo Civil, sob a denominação de *tutelas de urgência*.

Diante da exposição acima, é possível identificar que cada tutela guarda algumas peculiaridades. Entretanto, desde a introdução da tutela antecipada no Código de Processo Civil, em 1994, doutrina e jurisprudência não tiveram êxito em estabelecer um parâmetro objetivo e unicamente aceito capaz de diferenciar a tutela antecipada e a tutela cautelar. Assim, não há consonância, em termos gerais, quanto aos critérios de classificação aptos a distinguir os institutos.⁴

Com o Novo Código de Processo Civil, houve uma sistematização das *tutelas de urgência*, em contraposição à *tutela da evidência*. O que ocasiona essa modificação, como demonstrado, é o fato de a tutela cautelar e a tutela antecipada de urgência apresentarem certos requisitos em comum, pois ambas são concedidas em situações em que a demora processual pode acarretar prejuízos a uma das partes, sendo, inclusive permitida a fungibilidade entre estas, de modo a garantir a efetividade do processo.

O presente estudo buscou, assim, compreender essa nova sistematização, de modo a concluir pela facilitação ou não da práxis jurídica, tendo em vista que cada tutela tem seus requisitos e funções próprias. Destinou-se esse trabalho à análise da sistematização destas tutelas como *tutelas de urgência*, assim, como à análise das consequências desse novo critério de conceituação.

Com a aprovação de um Novo Código, mostrou-se necessária a realização de um estudo que possa proporcionar um panorama acerca da tutela cautelar e tutela antecipada, no que tange à sua aproximação, e também das possíveis mudanças que a unificação das tutelas de urgência poderá ocasionar na jurisprudência brasileira.

A conclusão da pesquisa consistiu, pois, em uma análise dessa sistematização presente na doutrina e jurisprudência (e, possivelmente, em legislação), com incursões no direito

³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, v. 4, p.123.

⁴ BUENO, 2012, p.128-129.

francês, de modo a identificar se o sistema processual civil brasileiro comporta tais critérios de conceituação.

Cronograma de sua execução

O presente trabalho é uma ampliação do estudo realizado a título de iniciação científica, fomentada pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), tanto no que diz respeito à fração realizada em território nacional, quanto àquela realizada no exterior. Todo o estudo realizado tem por objetivo principal expandir os conhecimentos acerca da sistematização das tutelas de urgência no direito brasileiro, seja no regime atual, seja no regime a ser instituído pelo Novo Código de Processo Civil. E, para tanto, foram realizadas quatro etapas essenciais.

Primeiramente, após prévio estudo de base acerca da origem constitucional da tutela provisória e sua distinção da tutela definitiva (Capítulo 1), realizou-se análise das tutelas de urgência mais comuns no direito processual civil brasileiro: a tutela cautelar e a tutela antecipada. Nesta etapa, buscou-se compreender a origem destes dois instrumentos processuais, bem como seu conceito, características e condições, respectivos, por meio da leitura de bibliografia nacional (Capítulo 2).

Na segunda etapa, foi realizado estudo acerca da relação entre estas duas tutelas, isto é, analisou-se a sua *fungibilidade*. Tal estudo, contudo, restringia-se a uma leitura da doutrina brasileira, o que acabou por suscitar uma necessidade de estudo jurisprudencial. Assim, a segunda etapa, consiste na análise jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça, buscando-se identificar o posicionamento destes Tribunais acerca do tema (Capítulo 3). Por meio desta análise, evidenciou-se problemas práticos na aplicação desse regime, isto é, na aplicação da tutela cautelar e da tutela antecipada, bem como do princípio da fungibilidade entre elas, o que acabou por suscitar uma percepção de unificação destas tutelas, para que fosse possível evitar estes obstáculos na práxis forense, que acabavam por minar a efetividade do processo.

Desse modo, posteriormente, já em uma terceira etapa, buscou-se analisar o sistema de tutelas provisórias no direito processual civil francês, para que fosse possível adquirir maiores conhecimentos sobre o funcionamento de um sistema em que houvesse unificação do regime de medidas conservativas e satisfativas (Capítulo 4). Buscou-se, pois, extrair dos *référés* – medidas de urgência no direito processual civil francês – os institutos e bases conceituais que possibilitassem esta forma de sistematização. Tal pesquisa igualmente fora fomentada pela

Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo e realizada no *Institut de Recherche Juridique de La Sorbonne*, da *Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*, sob a orientação do professor doutor Loïc Cadiet.

Finalmente, após todo esse conhecimento adquirido nas etapas anteriores, realizou-se estudo acerca do novo regime adotado para estas tutelas pelo Novo Código de Processo Civil, possibilitando-se uma melhor compreensão da nova sistematização adotada, fazendo-se, inclusive, algumas críticas (Capítulo 5). Para esta etapa, tendo em vista a escassez de bibliografia disponível, por se tratar de legislação recentíssima, foram realizados três questionários, para que fosse possível enriquecer a pesquisa com as visões de um acadêmico (Professor Dr. Fernando da Fonseca Gajardoni, professor na Universidade de São Paulo), de um advogado (Dr. José Roberto Ferreira Gouvea) e de um membro da magistratura (a juíza de Direito, Dra. Ana Paula Franchito Cypriano).

Materiais e métodos

Para a concretização desta pesquisa buscou-se, primeiramente, a análise dos doutrinadores tradicionais em busca de desenvolvimentos teóricos acerca do assunto. Além das bibliografias tradicionais, foi consultada bibliografia, já recente, que tratava da unificação das tutelas de urgência.

O acesso a tais obras deu-se pela utilização dos exemplares das bibliotecas da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo e da Faculdade de Direito em São Paulo, bem como de todos os recursos disponíveis na plataforma de dados “Domino Paris 1”, da *Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*, em especial as bibliotecas do *Centre Pierre Mendès France* e do *Institut de Recherche Juridique de La Sorbonne – Espace André Tunc*.

Foram utilizados, portanto, os métodos (i) *dedutivo*, visto que pela observação dos casos concretos analisados e das peculiaridades definidas para cada uma das tutelas, o autor buscou formular um panorama geral acerca da sistematização destas sob a denominação de “tutelas de urgência”, (ii) de *coleta de jurisprudência*, pois se verificou a tendência dos Tribunais no tocante ao tema das tutelas de urgência e sua fungibilidade,⁵ e (iii) *comparativo*, uma vez que foi realizado estudo do direito processual civil francês, buscando-se adquirir conhecimentos acerca do funcionamento de um sistema que aplicava tal sistematização.

⁵ MARCHI, Eduardo C. Silveira. **Guia de Metodologia Jurídica**: teses, monografias e artigos. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPÍTULO 1

TUTELA JURISDICIONAL: PRESTAÇÃO TEMPESTIVA E EFETIVA

1.1 O acesso à Justiça

Ao proibir a autotutela privada, o Estado trouxe para si a responsabilidade de garantir justiça a todos que dela necessitam. Trata-se não apenas da possibilidade de acesso ao Poder Judiciário, mas também da existência de efetividade e adequação, isto é, a Justiça a ser concedida deve proporcionar a mesma satisfação que o direito material assegura ao seu titular. É nesse sentido que se enquadra o princípio do acesso à justiça, essencial à adequada prestação jurisdicional e efetivação da igualdade material.

Previsto constitucionalmente no inciso XXXV do artigo 5º, esse princípio determina que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”,⁶ garantindo, de forma ampla e genérica, o acesso ao meio estatal para que o Estado proporcione tutela jurisdicional a quem dela necessitar. Assim, uma vez provocado, é dever do Estado-juiz fornecer resposta à demanda que lhe fora imposta, ainda que tal resposta seja negativa à pretensão daquele que recorreu ao Poder Judiciário.

Nesse diapasão, a inovação da Constituição Federal de 1988 foi determinar a apreciação obrigatória pelo Poder Judiciário não só de lesão ao direito, mas também de *ameaça* a um direito. Isso implica dizer que, em situações nas quais ainda não ocorreu um dano efetivo, deve também ser provida adequada e eficaz tutela jurisdicional.⁷ Segundo Cassio Scarpinella Bueno,⁸ com a inclusão do termo “*ameaça a direito*”, tornou-se possível a identificação de duas propostas de proteção: uma *proposta retrospectiva*, voltada a reparação de lesões que já ocorreram, portanto, uma reparação de um dano ocorrido no passado; e uma *proposta prospectiva* do processo, que se voltaria ao futuro para se evitar a consumação de qualquer lesão a determinado direito, evitando que qualquer tutela tardia seja inócua.

Assim, para que se alcance o previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de formas de tutelas de urgência que sejam capazes de evitar a ocorrência de lesão (efetivação da *proposta prospectiva* na visão de Cassio Scarpinella Bueno) a direitos merecedores de proteção jurídica. Tais instrumentos são

⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal**: promulgada em 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 04 set. 2015.

⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, p. 124-125.

⁸ *Ibidem*.

necessários, visto que, caso inexistissem no plano processual procedimentos apropriados à realização eficaz dos direitos previstos no plano material, os direitos existiriam apenas de modo abstrato, uma vez que não haveria meios para a sua efetivação concreta.⁹ Desse modo, para o desenvolvimento da perspectiva de direito material é essencial a noção de direito à tutela do direito material.¹⁰

O princípio do acesso à justiça, como consagrado atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, não se limita ao simples acesso ao Poder Judiciário, mas também compreende a prestação efetiva e eficaz da tutela jurisdicional. Diferentemente do que se entendia deste princípio antigamente, o qual correspondia ao acesso *formal* à justiça, atualmente, soma-se à ideia de efetividade da prestação jurisdicional. Ora, de nada vale o acesso à justiça se esta não é prestada de modo efetivo e eficaz, possibilitando a correta proteção dos direitos já violados ou ameaçados de violação. Segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth: “*O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos*”.¹¹

Diante do exposto, verifica-se que a tutela jurisdicional é *dever* do Estado que deverá ser cumprido eficazmente. Trata-se, pois, de compromisso de apreciar as lesões ou ameaças a direitos. Todavia, para o exercício adequado deste *dever*, há a necessidade de pressuposição de um *poder*; daí o monopólio do Estado no exercício da prestação da tutela jurisdicional, que sujeita a vontade de todos às suas decisões, proibindo, assim, a autotutela.

Ressalte-se, contudo, que apesar de se tratar de *poder-dever* do Estado, sendo este terceiro desinteressado nos conflitos que lhe são apresentados, a tutela jurisdicional não será exercida de ofício, dependendo da ação do interessado, isto é, de sua provocação inicial, demonstrando sua liberdade de submeter-se à lei.

Segundo Teori Albino Zavascki, é possível concluir-se que o conceito de tutela jurisdicional está intimamente ligado à questão de *atividade* e com o *resultado* desta. Portanto, a prestação da tutela jurisdicional significa a *apreciação* das questões conflituosas e dos direitos reclamados, bem como a *imposição de medidas adequadas* à manutenção ou reparação dos direitos conhecidos.¹²

⁹ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Procedimentos Cautelares e Especiais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 35

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 25.

¹¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 12 (grifei).

¹² ZAVASCKI, op. cit., p. 6.

Kazuo Watanabe ressalta, ainda, que a proteção do artigo 5º, XXXV, CF, estende-se a qualquer forma de denegação da justiça, isto é, abrange tanto as situações processuais como as substanciais.¹³ Assim, além de ser necessário o entendimento da existência de um direito no plano material, é preciso a utilização correta do processo, por meio de instrumentos processuais adequados à proteção efetiva do direito, para que este seja realizado no mundo fático.

Desse modo, evidencia-se que o princípio do acesso à justiça tem duas implicações diretas: (i) garantir o acesso aos órgãos do Poder Judiciário; e (ii) garantir a adequada prestação jurisdicional, por meio de instrumentos processuais eficazes e adequados às exigências da relação material. Por essa razão, para Kazuo Watanabe, o princípio do acesso à justiça implica em entregar ao usuário desta uma “ordem jurídica justa”:

(...) a problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à **ordem jurídica justa**. Uma empreitada assim ambiciosa requer, antes de mais nada, uma nova postura mental. Deve-se pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições, pela perspectiva do consumidor, ou seja, do destinatário das normas jurídicas, que é o povo, de sorte que o problema do acesso à Justiça traz à tona não apenas um programa de reforma como também um método de pensamento, como com acerto acentua Mauro Cappelletti.¹⁴

Ideia que também fora adotada por José Roberto dos Santos Bedaque:

Muito mais do que assegurar a mera formulação de pedido ao Poder Judiciário, a Constituição da República garante a todos o efetivo acesso à **ordem jurídica justa**, ou seja, proporciona a satisfação do direito não cumprido espontaneamente.¹⁵

Bedaque ainda ressalta que mesmo aqueles que se dirigem ao Poder Judiciário afirmando serem titulares de direito, mas não o conseguem provar, têm direito ao mecanismo estatal de solução de controvérsias. Para a atuação do Estado-juiz basta a afirmação de um direito, lesado ou ameaçado, garantindo-se a qualquer pessoa o acesso à jurisdição e ao processo.¹⁶ Portanto, todos podem requerer a tutela jurisdicional, mesmo que não sejam merecedores dela, ressaltando, contudo, que o mecanismo jurisdicional está direcionado para a satisfação daqueles que efetivamente merecem a sua tutela.

¹³ WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. 4. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 26.

¹⁴ WATANABE, Kazuo. **Acesso à Justiça e Sociedade Moderna**, in Participação e Processo, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128 (grifei).

¹⁵ BEDAQUE, 1998, p. 57 (grifei).

¹⁶ *Ibidem*, p. 58.

Garantir implica proteção. Portanto, é preciso a predisposição de meios para que esta seja assegurada concretamente. Aqui se enquadram as tutelas de urgência, objeto deste estudo, pois a instituição destas no ordenamento jurídico brasileiro tem por objetivo a concretização da prestação jurisdicional de modo eficiente, buscando evitar que decisões futuras sejam inócuas em razão não só da demora natural do processo, mas porque, por mais rápido que este seja, situações há em que é necessária a prestação jurisdicional de forma *imediata*. Isso porque todos têm direito à tutela jurisdicional *adequada*. Desse modo, se o direito exige que a tutela seja urgente e satisfativa, por exemplo, deve o sistema processual prestá-la, sob pena de violação à garantia constitucional da ação.

Portanto, a concepção de direito à ação adotada aqui é fundada na teoria dos direitos fundamentais, atentando-se para as ideias de dever de proteção (ou de tutela) estatal e de direito fundamental de ação.¹⁷

Não é suficiente que seja assegurado, de modo abstrato, o direito de ação a todos aqueles que pretendam valer-se do processo; é preciso garantir concomitantemente o acesso efetivo à tutela jurisdicional para aqueles que dela necessitam. Portanto, a garantia estabelecida no plano constitucional não assegura o reconhecimento do direito afirmado, contudo, por outro lado, não significa tão somente o acesso livre ao Poder Judiciário; mas assume papel maior, pois representa o complexo de poderes constitucionais conferidos àqueles que necessitam da intervenção estatal. Trata-se de garantia de meio e de resultado, e este não necessariamente corresponde ao conteúdo pretendido pelos litigantes, mas sim com o valor constante da efetividade instrumental:¹⁸

Não se trata, evidentemente, de direito ao resultado favorável, mas também não apenas direito de acesso ao Poder Judiciário. É direito à efetividade da tutela, o que não significa assegurar o acolhimento da pretensão formulada, mas os meios adequados para que tal ocorra.¹⁹

A jurisdição atua por meio do processo e, se todos têm direito a esta jurisdição, conseqüentemente, todos têm direito ao processo. Mas não a qualquer processo. Daí o conceito de **ordem jurídica justa** adotado por Kazuo Watanabe e José Roberto dos Santos Bedaque, pois o acesso à justiça nada mais é do que o acesso a esta ordem jurídica justa, que significa proporcionar a todos, sem restrições, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado, bem como ter à disposição o meio previsto constitucionalmente para o alcance desse

¹⁷ MARINONI, 2011, p. 27.

¹⁸ BEDAQUE, 1998, p. 66.

¹⁹ Ibidem, p. 70.

resultado. Portanto, devem ser proporcionadas vias processuais aptas à resolução dos conflitos de interesses postos diante do Estado-juiz, de modo que a tutela jurisdicional obtida ao final do processo seja efetiva, para atender não apenas ao interesse privado das partes, mas também ao escopo da regra material e de pacificação social. O acesso à ordem jurídica justa pretende, pois, representar o escopo máximo da atividade jurisdicional e de seu instrumento.

1.2 Prestação tempestiva e efetiva: o processo como instrumento da tutela de direitos

A relação de instrumentalidade entre o direito material e o direito processual é identificada, especialmente, pela análise do conjunto de regras que rege cada um desses planos do ordenamento jurídico. As regras de direito material dispõem sobre a solução do conflito de interesses entre pessoas, por meio de determinação de qual deles deve prevalecer, bem como conferem situação de vantagem ao titular do direito nelas inscrito. Diferentemente, as regras de direito processual regulamentam os meios processuais para a efetivação destes direitos materiais (previstos nas normas de direito material) nas situações em que tais direitos não são cumpridos espontaneamente pela outra parte. Desse modo, o processo tem natureza instrumental, contudo, sua autonomia enquanto ciência não pode estar desvinculada do direito material, caso contrário, não haveria razão de ser.²⁰

Por outro lado, o direito material também se encontra intimamente ligado ao direito processual, pois deste depende para a sua efetivação, haja vista que a impossibilidade de exercício da autotutela leva à imprescindibilidade do processo, que é responsável por tornar efetivo o ordenamento jurídico substancial. A processualização deste direito material se dá, pois, através da demanda, que constitui exigência da promessa estatal de tutela jurídica, ou seja, à pretensão material afirmada (e não efetivamente existente), deve corresponder uma pretensão processual, de modo que a pretensão processual estaria ajustada à peculiaridade da pretensão material.²¹ Caso contrário, aquilo que é previsto pelo direito material tornar-se-ia letra morta, pois equivaleria ao estabelecimento de regras sem sanção para o inadimplemento.

Nesse diapasão, verifica-se a necessidade da adequação de mecanismos processuais para a proteção dos direitos previstos na lei material. Assim, a modalidade de tutela processual a ser utilizada depende exclusivamente do tipo de proteção de que o direito material necessita, devendo, portanto, adequar-se a este. É o remédio que se adequa à doença e não o contrário.

²⁰ BEDAQUE, 1998, p. 9.

²¹ WATANABE, 2012, p. 21.

O instrumento processual utilizado deverá proporcionar tutela real do direito assegurado no plano substancial, isto é, deverá gerar efeitos, praticamente, iguais aos que seriam gerados caso houvesse ocorrido o adimplemento espontâneo. Portanto, evidente se faz que a efetividade do processo depende da existência de meios adequados para resolver os problemas surgidos no plano material. Desse modo, conforme José Roberto dos Santos Bedaque, “*a variedade de meios procedimentais, formas e espécies de tutelas está relacionada às necessidades específicas das relações de direito substancial*”.²²

Para que essa função jurisdicional do Estado de tutelar os direitos seja eficiente, não só o desenvolvimento dos instrumentos processuais se faz relevante, mas também a obtenção de resultados satisfatórios, os quais estão, por sua vez, ligados à adequação dos mecanismos processuais adotados, que devem se moldar a partir das exigências das relações materiais. Existe, pois, uma dependência entre a atribuição do direito de quem o afirma e a garantia da disponibilidade de uma forma de tutela que seja adequada à necessidade da sua proteção, isto é, o indivíduo só é titular de um direito, para efeitos concretos, quando dispõe de uma forma de tutela que seja adequada à sua proteção.²³

Ademais, tendo em vista que um dos grandes óbices à efetividade da tutela jurisdicional é o tempo, principalmente no que tange ao processo de conhecimento (pois para o exercício da cognição exauriente é preciso a realização de atos ordinatórios e instrutórios), a implementação destas medidas adequadas se faz imprescindível.

Contudo, ressalte-se, novamente, que as tutelas de urgência são previstas no ordenamento jurídico brasileiro não só em razão da *demora “artificial”* na entrega da tutela jurisdicional, como, por exemplo, em razão do excesso de demandas que aguardam julgamento, mas também em razão da *demora “natural”* do processo, pois existem situações em que o impedimento da imediata concessão do provimento requerido pode gerar risco de inutilidade ou ineficácia do processo. São, portanto, situações em que, não raro, a satisfação necessita ser imediata, sob pena de perecimento do próprio direito reclamado. Entre o nascimento de um direito, a sua violação e a intervenção jurisdicional já decorre lapso temporal capaz de impedir a absoluta equivalência entre a solução obtida mediante processo e aquela decorrente do cumprimento espontâneo da previsão legal. Tal situação corresponde,

²² BEDAQUE, 1998, p. 11.

²³ MARINONI, 2011, p. 26.

assim, à uma demora “natural” do processo, que, nas situações previstas, deverá ser rebatida de imediato para que não haja o perecimento do direito previsto no plano material.²⁴

Não se trata, pois, de duração patológica do processo, haja vista que o processo cognitivo, em razão de sua própria essência, requer tempo para que sejam efetivados todos os atos que lhe são inerentes, de modo a possibilitar a cognição plena da relação substancial, bem como a efetivação do contraditório. Desse modo, o simples fato de o direito permanecer insatisfeito durante o tempo necessário para o prosseguimento natural do processo cognitivo, já configura dano ao seu titular. Ressaltando, ainda, a possibilidade de acontecimentos durante esse *iter* que possam colocar também em perigo a efetividade da tutela jurisdicional.

Nestes casos, faz-se evidente que uma tutela ressarcitória não será capaz de efetivar os direitos pleiteados, pois o próprio ressarcimento do prejuízo patrimonial não é suficiente para reintegrar completamente a esfera jurídica ofendida, causando, portanto, perecimento do direito assegurado materialmente, caso este não seja efetivado de modo imediato.²⁵ A tutela ressarcitória, que é admitida somente após lesão e que deve ser precedida de cognição plena e exauriente, é insuficiente para a completa realização do direito material nos casos supracitados, visto que não proporcionará uma utilidade idêntica àquela que seria proporcionada caso houvesse ocorrido sua satisfação de modo voluntário.

Desse modo, por meio da previsão de instrumentos adequados:

Procura o legislador abrandar o problema, criando mecanismos, no plano substancial e processual, para desestimular atitudes contrárias ao direito, tornar mais rápido o provimento judicial e possibilitar a perfeita correspondência entre o resultado do processo e a vantagem conferida pelo legislador material.²⁶

O grande desafio do legislador processual está centrado na busca por uma maior efetividade na entrega da tutela jurisdicional. E, nesse diapasão, é adequada a tentativa de se identificar a importância constitucional da ação como o direito de obter, no plano real, os meios necessários para a satisfação de um interesse protegido no plano material. Assim, tem-se o (i) direito estabelecido no **plano material**, (ii) o processo como um instrumento para a efetivação deste direito, contudo, instrumento esse que deverá ser acionado no **plano processual** para que, por fim, (iii) o direito seja concretamente realizado no **plano real/fático**.

²⁴ Nesse sentido: “Aliás, a preocupação com o tempo do processo, e com a possibilidade de a demora gerar dano a direito passível de proteção, constitui apenas um dos aspectos inerentes à efetividade da tutela jurisdicional, tema central do processo civil moderno. Tentar eliminar o dano emergente da demora normal do processo é o grande desafio lançado ao processualista” BEDAQUE, 1998, p. 18 (grifei).

²⁵ *Ibidem*, p. 16.

²⁶ *Ibidem*, p. 18.

E, sendo o direito de ação garantido constitucionalmente, conclui-se que a predisposição de instrumentos efetivos no plano processual seja também direito garantido constitucionalmente.

A garantia constitucional estabelece, pois, nexos entre os instrumentos processuais de tutela dos direitos e as situações concretas de direito substancial, por essa razão que para o conceito de tutela jurisdicional a distinção entre direito material e processo não tem relevância, pois aquela se sobrepõe a esta diferenciação, visto que contém elementos tanto de um como de outro.

O direito de ação é garantia fundamental, que, por sua vez, implica em garantir o direito de acesso ao Poder Judiciário e à justiça. E, conforme explicitado anteriormente, para essa garantia constitucional basta a *afirmação* da existência de um interesse juridicamente protegido. Em razão disso, inexistente ação típica, pois a atipicidade deste direito de ação emana do texto constitucional ao amparar *todos* os direitos, sejam eles já lesionados ou ameaçados de lesão. Restringir à tipicidade o direito de ação implicaria na restrição do próprio direito de ação, tornando o ordenamento jurídico ilógico e incoerente; diferentemente, a tipicidade vem insculpida nas tutelas, cada qual com seu objetivo e função.²⁷

Contudo, em que pese o fato de o direito constitucional de ação ser garantia da realização concreta dos direitos reconhecidos pelo legislador material, se o pedido do autor for atendido de forma sumária e irreversível, poderá haver imposição ao réu de sacrifício não previsto pelo direito material. Isto é, como para o exercício do direito de ação basta a *afirmação* de um direito, a entrega da tutela jurisdicional de modo definitivo nos casos de urgência pode implicar em erro na prestação jurisdicional, bem como em restrições indevidas a outra parte. Assim, sempre que possível, as soluções urgentes devem ser *provisórias*, pois sua finalidade será assegurar a efetividade da tutela final e definitiva.

1.3 Tutela definitiva e tutela provisória: cognição exauriente e cognição sumária

O conceito de *tutela jurisdicional* esbarra na ideia de proteção e amparo dados pelo Estado-juíz àqueles que dela necessitam. Assim, o termo compõe-se de dois elementos: (i) a *atividade* propriamente dita de atuar a sua jurisdição e (ii) o *resultado* proveniente desta atividade. É, pois, apreciar as lesões e ameaças a direitos alegados, mas mais do que isso, é também a imposição de medidas necessárias à reparação ou manutenção dos direitos que foram reconhecidos.

²⁷ BEDAQUE, 1998, p. 65.

Conforme mencionado, as características desta tutela jurisdicional vêm insculpidas no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, que prevê o compromisso do Estado de apreciar toda e qualquer lesão ou ameaça a direito.

A “tutela jurisdicional padrão” é aquela que se faz *definitiva*, pois é pautada em *cognição exauriente*. Segundo Kazuo Watanabe, a cognição no processo civil pode ser visualizada em dois planos distintos: o *horizontal* e o *vertical*. Naquele, a cognição poderá ser *plena* ou *limitada*, dependendo da *extensão* do conflito em debate no processo. Já o plano vertical diz respeito ao grau de *profundidade* da cognição, podendo esta ser *exauriente* ou *sumária*.²⁸

Desse modo, a combinação destas modalidades de cognição proporciona ao legislador a possibilidade de conceber procedimentos diferenciados e adaptados aos direitos, interesses e pretensões materiais.²⁹ A técnica da cognição permite a construção de procedimentos ajustados às reais necessidades de tutela.³⁰

Portanto, de acordo com a visualização de Kazuo Watanabe acerca das possibilidades de cognição, mister concluir-se que a solução definitiva de um conflito de interesses é buscada por meio de provimento pautado em cognição plena e exauriente: a primeira quanto à extensão do debate das partes, e a segunda quanto à profundidade com que essa cognição é realizada.

Como o procedimento comum ordinário presta-se à cognição integral e resolução total do litígio entre as partes, ele é considerado o modelo para os outros processos de cognição.³¹ Entretanto, existem situações em que o procedimento comum ordinário, em razão de sua formalidade e, conseqüentemente, sua lentidão, não está apto a atender às peculiaridades da controvérsia levantada. Nestes casos, faz-se imprescindível a formatação de procedimentos próprios, em que os atos processuais sejam moldados conforme a natureza da lide. Desse modo, a cognição exauriente pode também ser exercida no procedimento sumário, pois aqui a cognição é *exauriente em profundidade e limitada em extensão*, como, por exemplo, no caso das ações possessórias; diferentemente do procedimento ordinário comum, no qual a cognição é tanto *plena* como *exauriente*.

Uma vez formado o juízo em processo em que as partes tiveram oportunidade de exercer o direito à cognição exauriente, a tutela jurisdicional resultante terá caráter definitivo em relação às partes. Evidencia-se aqui a segunda característica da *tutela definitiva*: a

²⁸ WATANABE, op. cit., p. 118-119.

²⁹ Ibidem, p. 120.

³⁰ MARINONI, 2011, p. 31.

³¹ ZAVASCKI, op. cit., p. 20.

imutabilidade, pois, após o trânsito em julgado, a sentença de mérito que decidiu o litígio restará imune a qualquer tipo de modificação (e com o esgotamento do prazo para a propositura de ação rescisória, haverá a preclusão máxima da sentença de mérito).³²

A razão desta sistemática de relação entre a *cognição exauriente* e a formação da *coisa julgada* reside nos objetivos da função jurisdicional: (i) a manutenção da paz social (ii) mediante decisões justas. Ademais, evidente que a cognição exauriente é fundamental para a segurança das decisões judiciais, pois os conflitos somente serão plenamente eliminados do plano jurídico quando do esgotamento dos mecanismos de cognição. E, tendo sido esgotados tais mecanismos, nada mais coerente do que transformar esta decisão em definitiva, visto que quanto mais aprofundado o grau de cognição, mais provável será o acerto da sentença.

Resumindo: a tutela jurisdicional prometida na Constituição é tutela de cognição exauriente, que persegue juízo o mais aproximado possível da *certeza jurídica*; é tutela definitiva, cuja imutabilidade confere adequado nível de estabilidade às relações sociais; é, em suma, tutela que privilegia o valor *segurança*. A essa tutela-padrão podemos denominar *tutela definitiva*, como o fazem os clássicos quando a diferenciam da tutela cautelar.³³

Entretanto, notável é o fato de que a prestação da tutela definitiva não ocorre instantaneamente, justamente em razão do tempo demandado para que a cognição exauriente seja atingida. Entre o pedido realizado e a entrega efetiva desta, com a realização de atos ordinatórios e instrutórios, terá decorrido espaço de tempo necessário à atividade jurisdicional de cognição exauriente. Por mais sumário que seja o rito procedimental e por mais eficiente que sejam os serviços judiciários, há uma demora natural na entrega da prestação jurisdicional, conforme fora outrora mencionado.

Essa espera pela entrega da tutela jurisdicional nem sempre é compatível com a natureza do direito afirmado, principalmente quando este deve ser usufruído de imediato, sob pena de perecer ou de lhe ocorrerem danos graves, como, por exemplo, no caso de demanda de prestação alimentícia. Por outro lado, há casos em que a ocorrência de determinados fatos podem colocar em risco a execução da futura sentença confirmatória, é o caso do réu que dilapida seu patrimônio, com o intuito de evitar a entrega de seus bens ao autor.

Nestas situações acima descritas, sendo danosa a espera pelo procedimento ordinário comum, é imprescindível a aplicação de medidas urgentes. Assim, o ordenamento jurídico, em paralelo à tutela definitiva, oferece outra espécie de tutela jurisdicional: a *tutela provisória*, que, por sua vez, subdivide-se em dois grandes tipos: *antecipatória* ou *cautelar*

³² ZAVASCKI, op. cit., p. 23.

³³ Ibidem, p. 25.

(ressaltando, ainda, a existência de procedimentos especiais que objetivam, igualmente, o oferecimento de tutela provisória).

A primeira característica desta tutela provisória é base de sua essência: a presença de risco ou de embaraço à efetividade da jurisdição. São casos, portanto, em que a manutenção do *status quo* até o provimento final, isto é, com o encerramento do processo cognitivo, é incompatível com a efetividade do processo.

É preciso, pois, que ou se promova a antecipação dos efeitos da tutela ou que sejam aplicadas medidas de caráter acautelatório; caso contrário, a futura execução ou o direito a ser reconhecido serão frustrados e ineficientes. Nada mais razoável, tendo em vista que o Estado assumiu para si o monopólio da jurisdição. Proibindo a autotutela, passa, então, a ser dever seu fazer com que os indivíduos, que são submetidos compulsoriamente às suas decisões, não sofram danos em decorrência da demora da atividade jurisdicional.

Portanto, é direito do litigante em juízo obter do Estado-juiz a entrega de tutela em tempo e em condições adequadas, que preservem, efetivamente, o bem da vida que lhe é devido ou a futura prestação jurisdicional.³⁴

E, conforme supracitado, deverá estar presente situação de risco e perigo de dano que levem à ineficácia do processo, de modo que *medidas imediatas* deverão ser aplicadas para garantir a efetividade da atividade jurisdicional, daí a denominação de *tutelas de urgência*.

O conceito de urgência aqui mencionado (que enseja tutela provisória) deve ser entendido em sentido amplo, pois essa urgência deve estar presente em qualquer situação fática de risco ou embaraço à efetividade da jurisdição. Portanto, estende-se a três situações possíveis: (i) quando haja risco ao direito, caso não seja usufruído de imediato; (ii) risco à execução ou ainda (iii) risco à regular prestação da tutela jurisdicional.

Além da necessidade de urgência, outro elemento característico da tutela provisória é a realização de *cognição sumária* para a sua concessão. Essa cognição é aquela realizada superficialmente, na lógica de Kazuo Watanabe, é aquela menos aprofundada em seu sentido vertical.

Diferentemente da tutela definitiva, em que se busca um juízo de certeza, na tutela provisória busca-se um juízo de probabilidade (verossimilhança). E isso em razão justamente de seu primeiro elemento: a urgência. Ora, se esta se faz presente, a sua concessão é incompatível com a demora – artificial ou natural – do processo. Essa cognição sumária, própria de tutela jurisdicional não autônoma, ou seja, de tutela provisória, não tem aptidão

³⁴ ZAVASCKI, op. cit., p. 28.

para a formação de coisa julgada material, exatamente porque trabalha com um juízo de verossimilhança, isto é, pautado na aparência (“*fumus boni iuris*”).

O juiz, quando concede a tutela sumária, nada declara, limitando-se a afirmar a probabilidade da existência do direito, de modo que, aprofundada a cognição, nada impede que assevere que o direito que supôs existir na verdade não existe.³⁵

Nota-se, assim, que a tutela provisória guarda um vínculo com a tutela definitiva. Esse vínculo poderá se dar em um mesmo processo (tutela antecipada) ou em processo autônomo (tutela cautelar). Ou seja, a tutela provisória servirá para antecipar os efeitos da tutela definitiva (tutela antecipada) ou para garantir a execução desta (tutela cautelar). Essa modalidade de cognição, portanto, é aquela realizada para a concessão de medidas liminares em geral.³⁶

Por outro lado, a tutela definitiva, que se vale de cognição exauriente, garante a realização plena do princípio do contraditório, haja vista que não permite a postergação da busca pela verdade e certeza do direito afirmado. Por essa razão, a tutela de cognição exauriente, diferente da tutela sumária, tem como uma de suas características a produção de coisa julgada material.³⁷

Ressaltando que existem casos em que a tutela provisória poderá ter caráter definitivo, mas isso ocorre não porque será juridicamente imutável, mas sim porque será faticamente irreversível, não havendo sentido em seu processamento posterior (como, por exemplo, no caso das tutelas satisfativas autônomas, a serem analisadas em momento oportuno).

Desse modo, diferentemente da tutela definitiva, que tem como uma de suas características a imutabilidade, a tutela provisória é concedida a *caráter precário e por tempo determinado*. Sua eficácia é limitada pelo tempo, bem como pode ser revogada ou modificada a qualquer momento, não estando sujeita à ocorrência de coisa julgada.³⁸

Conclui-se, assim, que a provisoriedade da tutela ora analisada é fruto de sua *finalidade* (seu limite temporal é o da concretização de seu objetivo) e de sua *necessidade* (para situações em que esteja presente a urgência, superado este obstáculo, a tutela provisória não mais terá sua razão de ser).

³⁵ MARINONI, 2011, p. 35.

³⁶ WATANABE, 2012, p. 127.

³⁷ MARINONI, 2011, p. 26.

³⁸ ZAVASCKI, op. cit., p. 34.

1.3.1 Quadro Comparativo

Quadro 1 – Comparação entre tutela definitiva e tutela provisória

CARACTERÍSTICAS	TUTELA DEFINITIVA	TUTELA PROVISÓRIA
Cognição	Exauriente	Sumária
Imutabilidade	Forma coisa julgada material	Não forma coisa julgada
Peculiaridades	-	Presença do elemento “urgência” Ligada à tutela definitiva

Fonte: Elaborado pelo autor.

1.4 Fundamento constitucional da tutela provisória

A Constituição é o diploma jurídico responsável por conferir unidade ao sistema, estabelecendo seus princípios basilares, fixando diretrizes e limites ao conteúdo da legislação ordinária. E é na Constituição que encontra respaldo o poder do juiz de conceder *medidas provisórias*.

Além da previsão do artigo 5º, XXXV, do diploma supracitado, que garante a proteção de situações de *ameaça* a direito (e não só de lesões já ocorridas, cuja tutela é predominantemente a ressarcitória), a tutela provisória justifica-se constitucionalmente também em razão de atuar como uma forma adequada de proteção e concretização de direitos fundamentais em conflito. Desse modo, a justificativa constitucional de sua existência, conforme afirma Teori Albino Zavascki, não decorre somente de um dispositivo, mas sim do próprio *sistema constitucional*.³⁹

O artigo 5º da Carta Magna é o responsável por elencar os direitos e garantias fundamentais, os quais deverão ser aplicados plena e eficazmente. Entretanto, esses direitos podem, não raro, promover conflitos entre si.

Entre esses direitos assegurados pela Constituição, vários deles podem ser enquadrados em um direito mais genérico: o direito ao *devido processo legal*. Para o presente estudo, duas ideias principais desse direito genérico devem ser destacadas: o *direito à efetividade da jurisdição* e o *direito à segurança jurídica*.

³⁹ ZAVASCKI, op. cit., p. 63.

O direito à efetividade da jurisdição compreende os direitos e garantias fundamentais que são atribuídos ao indivíduo, que impedido de exercer sua autotutela, deve provocar o Estado-juiz para reivindicar o direito afirmado. E, conforme discorrido no item “1.1. O acesso à Justiça”, devem ser assegurados meios aptos a promover a eficácia da análise desta demanda levada ao Poder Judiciário. Eficácia no sentido de trazer concretização fática, portanto, ao plano real, ao direito afirmado e previsto materialmente.

Ressalte-se, ainda, que não basta que a pretensão jurisdicional provida pelo Estado seja eficaz, é necessário também que seja entregue rapidamente, pois é inerente ao direito à efetividade da jurisdição que o julgamento da demanda consuma prazo razoável, evitando dilações desnecessárias.

O direito fundamental à efetividade do processo – que se denomina também, genericamente, *direito de acesso à justiça* ou *direito à ordem jurídica justa* – compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos.⁴⁰

Por outro lado, também são previstos constitucionalmente o direito ao contraditório e ampla defesa e o direito ao devido processo legal, intimamente ligados à ideia de direito à segurança jurídica. Trata-se de direito do litigante demandado (bem como do litigante demandante) a realização da *cognição exauriente*, aquela, conforme elucidado, que submete os conflitos materiais a decisões definitivas.

Encontra-se aqui uma tensão entre direitos e garantias assegurados pelo texto constitucional e, como provêm de um mesmo nível hierárquico do ordenamento jurídico, a Constituição Federal, não há prevalência do direito à efetividade da jurisdição sobre o direito à segurança jurídica, nem vice-versa. E, neste caso, o elemento fático capaz de causar tensão no plano concreto é o *tempo*.

O decurso do tempo, conforme elucidado, é obstáculo necessário à garantia de segurança jurídica, pois para o exercício da cognição exauriente, demanda-se lapso temporal considerável, de modo a permitir a realização de atos ordinatórios e instrutórios. Mas, por outro lado, pode ser incompatível nas situações em que haja risco de perecimento do direito, situação essa que reclamará atuação imediata por meio das tutelas de urgência.

Sempre que não for possível a harmonização entre efetividade do processo e segurança jurídica haverá, pois, tensão entre garantias fundamentais. A harmonização, contudo, não será

⁴⁰ ZAVASCKI, op. cit., p. 66.

alcançada com a eliminação de um destes elementos, de modo que a solução conciliadora deverá conter ambos os direitos conflitantes, mesmo que relativizados.

No sistema processual brasileiro, bem como em outros ordenamentos jurídicos (a exemplo do sistema francês com os “*référés*”), a maneira para se viabilizar essa harmonização entre efetividade do processo e segurança jurídica se dá por meio da utilização de medidas de cunho provisório que são pautadas em cognição sumária. No ordenamento pátrio, essas medidas são representadas pela tutela antecipada, prevista no artigo 273, e a tutela cautelar (por meio do procedimento cautelar), prevista no artigo 796 e seguintes, todos do Código de Processo Civil atual. Com a primeira, assegura-se a efetividade mediante a antecipação, total ou parcial, de efeitos da própria tutela definitiva pretendida na inicial; e com a segunda, a efetividade do processo principal é assegurada por meio de medida de garantia.

Diante do exposto, mister concluir-se, a previsão constitucional da tutela provisória. Previsão que se dá não somente pela inserção do termo “*ameaça*” no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, mas também que permeia todo o sistema constitucional, em razão da previsão de garantia do “devido processo legal”, bem como da necessidade de instrumentos aptos a garantir a efetividade do processo – uma vez que este atua como concretizador dos direitos previstos no plano material –, quando haja conflito com o direito à segurança jurídica. Estes instrumentos são representados pelas denominadas “*tutelas de urgência*”, compreendidas pela *tutela cautelar* e pela *tutela antecipada*. “*E é nesta função instrumental concretizadora que ditas medidas legitimam-se constitucionalmente*”.⁴¹

⁴¹ ZAVASCKI, op. cit., p. 71.

CAPÍTULO 2

TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPATÓRIA

2.1 A tutela cautelar

2.1.1 Origem da tutela cautelar

A concepção que se tem hoje acerca da tutela cautelar, isto é, como instrumento destinado a conferir efetividade à outra tutela jurisdicional, é relativamente recente.⁴² E isso porque o Estado de Direito de matriz liberal não fora projetado para a proteção de situações que demandassem uma tutela preventiva. Em seu início, visava, preponderantemente, a proteção da igualdade formal – em razão da ascensão burguesa –, de modo que a proteção especial a qualquer direito, como a sua prevenção, era vista como privilégio incompatível com o então modelo de Estado adotado.⁴³

A tutela contra o ilícito era somente uma tutela em relação ao dano já ocorrido. Portanto, a tutela com o fim de impedir a violação de um direito em uma situação de ameaça não era admitida, pois se entendia que o dano poderia ser adequada e integralmente reparado mediante tutela ressarcitória, bem como porque a ideia de aplicação de uma tutela jurisdicional anterior à ocorrência de dano ou da prática de qualquer ato contrário ao direito era vista como intervenção estatal sobre a liberdade e autonomia do indivíduo.

Quando se entende que o bem jurídico jurisdicionalmente tutelável é uma coisa dotada de valor de troca, e que o juiz deve ter os seus poderes limitados para não interferir na esfera jurídica privada, o processo não só precisa, como não deve, exercer função preventiva.⁴⁴

Contudo, esta situação não poderia perdurar mediante a evolução do Estado e o surgimento de novas situações substanciais carentes de tutela. Assim, a necessidade de uma maior celeridade na entrega da tutela jurisdicional, proveniente das características dos “novos direitos” e das relações jurídicas contemporâneas, fez com que o processo civil clássico – destituído de tutelas de urgência – se tornasse obsoleto e ineficiente.

⁴² BEDAQUE, 1998, p. 30.

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Cautelar**. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 44-45.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 48.

Ora, toda a função jurisdicional estaria desarmada e poderia tornar-se inócua e inoperante se a ordem jurídica não colocasse à disposição das partes os instrumentos adequados para *prevenir* os eventuais danos derivados desse custo processual.⁴⁵

No direito pátrio, somente em 1973, com a promulgação de um novo Código de Processo Civil, que fora inserido o processo cautelar (para o qual fora reservado o Livro III), em razão das insuficiências provenientes do Código de Processo Civil de 1939, que previa tão somente as denominadas “medidas preventivas” para as situações de urgência. Portanto, a previsão da proteção a essas situações de urgência, que no Código anterior era apenas um princípio legal mal definido e que gerava muitas dúvidas em razão de sua redação por vezes ambígua, passou a ser tratada por todo um Livro do então novo Código.⁴⁶

O diploma legislativo de 1973, inspirado pela doutrina de Chiovenda e de Carnelutti, concebeu a função jurisdicional em três espécies de processo para obtenção de resultados específicos: o conhecimento, a execução e a conservação, garantindo, assim, a autonomia processual da tutela cautelar, que passou a ser de importância igual ao processo de conhecimento e ao processo de execução.⁴⁷

A necessidade de se inserir o processo cautelar no Código de Processo Civil é explicada por Alfredo Buzaid,⁴⁸ que via na tutela cautelar um *tertium genus*, isto é, que se distingue do processo de conhecimento e do processo de execução, sem, contudo, excluí-los, mas sim contendo a um só tempo funções de ambos.

Entretanto, para Carnelutti, ainda, a prevenção seria uma terceira finalidade que representaria uma *composição provisória da lide*, tornando efetivo o objetivo final do processo.⁴⁹ Diferentemente, Chiovenda evidenciou que a tutela cautelar realmente dotava-se de *autonomia*.

G. CHIOVENDA já evidenciara a *autonomia* da tutela jurídica à segurança, mostrando que toda a classificação das ações deve ter em vista a natureza do pronunciamento judicial a que a ação tende, e, sob tal critério, dividindo os provimentos judiciais em provimentos de *cognição*, de *conservação* e de *execução*.⁵⁰

Contudo, a práxis forense levou à necessidade de utilização da tutela cautelar não só para *conservar* uma futura prestação jurisdicional, mas também, por meio da utilização das

⁴⁵ SILVA, Ovídio Baptista da. **As Ações Cautelares e o Novo Processo Civil**. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 14 (grifei).

⁴⁶ Ibidem, p. 80.

⁴⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **A Ação Cautelar Inominada no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 3.

⁴⁸ BUZOID, Alfredo. **Anteprojeto de Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 22.

⁴⁹ CARNELUTTI, Francisco. **Sistema de Processo Civil**. 2. ed., Franca: Lemos & Cruz, 2004.

⁵⁰ SILVA, 1980, p. 17.

cautelares inominadas, para *satisfazer* de imediato os efeitos que seriam provenientes da tutela final. Assim, a tutela cautelar passou a ser utilizada até mesmo para situações que reclamavam uma antecipação da tutela jurisdicional final, fazendo surgir o que a doutrina da época denominava de “tutela cautelar satisfativa”.⁵¹

Todavia, o entendimento acerca da função da tutela cautelar era de que esta deveria ser destinada à proteção da tutela jurisdicional final, de modo que a sua utilização como “tutela cautelar *satisfativa*” fazia-se equivocada, haja vista sua essência ser evidentemente *conservativa* e sua natureza *instrumental e provisória*.⁵²

O que a doutrina brasileira não enxergava era que um processo cautelar com medida liminar satisfativa corresponderia, em verdade, a um processo de conhecimento com medida liminar,⁵³ fato este que levaria à instituição da tutela antecipada em 1994, com a reforma do Código de Processo Civil brasileiro.

2.1.2 A tutela cautelar como garantia constitucional

Conforme discorrido no “Capítulo 1: Tutela jurisdicional: prestação tempestiva e efetiva”, a garantia constitucional da tutela jurisdicional, bem como do direito de ação, só é efetivada mediante a disposição de instrumentos processuais capazes de evitar a ocorrência de riscos durante a realização da atividade jurisdicional. Portanto, tais garantias previstas na Carta Magna não estão limitadas às tutelas definitivas e satisfativas. A tutela cautelar deve também ser incluída no âmbito de proteção que a Constituição Federal prevê ao direito de ação, que, conforme analisado, é relacionado ao direito de acesso às garantias do devido processo legal ou, nos termos de José Roberto dos Santos Bedaque e Cassio Scarpinella Bueno, “devido processo constitucional”.⁵⁴

Trata-se, portanto, de mecanismo voltado à preservação de determinada situação fática, de modo a evitar que o decurso do tempo possa prejudicar a solução jurídica e definitiva do litígio. E, para tal, é necessária a conservação de coisas ou pessoas.

⁵¹ MARINONI, 2012, p. 55.

⁵² Nesse sentido: “Por outro lado, como bem adverte Lopes da Costa ‘a medida cautelar não deve transpor os limites que definem a sua natureza provisória’. Seu fito é apenas garantir a utilidade e eficácia da futura prestação jurisdicional satisfativa. Não pode, nem deve, a medida cautelar antecipar a decisão sobre o direito material, pois não é de sua natureza autorizar uma espécie de execução provisória.” THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 108.

⁵³ MARINONI, 2012, p. 59.

⁵⁴ BUENO, 2012; BEDAQUE, 1998.

Igualmente, o poder geral de cautela vem insculpido implicitamente na Constituição, garantindo uma maior abrangência da aplicação e utilização do processo cautelar visando à efetividade da prestação jurisdicional.

Melhor do que entender a *preventividade* como algo inerente a um “processo” (o “cautelar”), portanto, é entendê-la como **inerente ao próprio exercício da função jurisdicional**. E nem poderia ser diferente à luz do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que se refere expressamente a *lesão* e a *ameaça* a direito, impondo que ambas sejam objeto de proteção do Estado-juiz.⁵⁵

Ressalte-se que, mesmo antes do surgimento de sua base constitucional, a tutela cautelar já começava a ser vista pela doutrina como garantia, em razão do princípio do acesso à justiça.

Portanto, como afirma Teori Albino Zavascki,⁵⁶ a previsão da tutela cautelar como garantia constitucional não decorre somente do previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, mas sim do próprio modelo constitucional, isto é, a tutela cautelar é garantia decorrente da ideia por trás de todo o sistema constitucional, pois essa atividade sempre se desenvolve com o objetivo de assegurar o princípio constitucional da efetividade e também de harmonizar todo o ordenamento jurídico.

O poder de agir em juízo não se limita ao direito de pedir, mas abrange o direito de obter uma tutela efetiva. Daí ser também direito a uma tutela provisória. Andou bem o legislador constitucional ao prever a tutela cautelar inominada para a garantia do princípio da efetividade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV).⁵⁷

Por fim, a previsão de medidas cautelares adequadas afasta o perigo de ineficácia decorrente da demora do processo, bem como é essencial ao direito constitucional à ampla defesa.⁵⁸

2.1.3 Conceito, função e características da tutela cautelar

O processo cautelar tem previsão legal no Livro III do atual Código de Processo Civil, completando a tríade do direito processual civil hodierno: processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar. Os dois primeiros são instrumentos para a realização do direito material; já o processo cautelar tem natureza subsidiária e auxiliar a

⁵⁵ BUENO, 2012, p. 156. (grifei).

⁵⁶ ZAVASCKI, op. cit., p. 60.

⁵⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo:** influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 161.

⁵⁸ BEDAQUE, 1998, p. 83.

estes, pois objetiva proteger o estado de pessoas, coisas e provas, para que no futuro, ou mesmo simultaneamente, o processo de conhecimento ou de execução sejam terminados eficazmente.⁵⁹

Frise-se, contudo, a existência de doutrina minoritária, composta dentre outros por Ovídio A. Baptista da Silva e Luiz Guilherme Marinoni, que entende a tutela cautelar como tutela do próprio direito (direito à segurança) e não do processo.⁶⁰

A tutela cautelar é direito da parte, correlacionada com o próprio direito à tutela do direito. Em razão deste direito, a jurisdição tem o dever de dar tutela cautelar à parte que tem o seu direito submetido a perigo de dano. O titular do direito ao ressarcimento, que vê o infrator se desfazer dos seus bens para futuramente não poder ser alcançado pela execução, tem ameaçado o seu direito à tutela ressarcitória, e, por isto, tem direito à tutela de segurança (cautelar) da tutela ressarcitória.

(...) o titular do direito à tutela do direito – por exemplo, ressarcitória – também possui direito à tutela de segurança (cautelar) do direito à tutela do direito.⁶¹

Contudo, baseando-se na teoria dominante, a tutela cautelar em sua essência tem escopo *assecuratório*, ou seja, busca garantir a eficácia e a utilidade de providência jurisdicional demandada em ação principal. Portanto, os pronunciamentos de natureza cautelar são definidos em função do objetivo buscado: assegurar o cumprimento e os efeitos da atividade jurisdicional, visando sempre à efetividade da tutela jurisdicional definitiva a ser provida em processo principal. A tutela cautelar é forma de romper a inércia do Estado-juiz para requerer a prestação de tutela jurisdicional preventiva, baseada em *cognição sumária*, para *assegurar* o reconhecimento ou satisfação em tempo oportuno do direito material demandado.⁶² Assim, sua principal característica é a *dupla instrumentalidade*.

Tem-se, pois, por medida cautelar somente aquela representada por providências judiciais destinadas a proporcionar condições para que a tutela definitiva, de conhecimento ou satisfativa, possa ser eficaz, ou seja apta a produzir “efeitos práticos, concretos e palpáveis”. Daí não ser possível a tutela cautelar conferir mais do que o requerente obterá pela tutela principal, satisfativa e final.⁶³

Em razão desta sua principal característica, a tutela cautelar não é de cunho *satisfativo* da pretensão da parte, mas sim *conservativo*, porque cria condições para que esta satisfação seja alcançada no processo principal, caso seja acolhido o pedido. Desse modo, via de regra, se a medida é satisfativa, ela não é cautelar.

⁵⁹ MEDINA; ARAÚJO; GAJARDONI, op. cit., p. 68-69.

⁶⁰ MARINONI, 2012, p. 20.

⁶¹ Ibidem, p. 22-23.

⁶² BUENO, 2012, p. 154.

⁶³ BEDAQUE, 2011, p 152-153.

Conforme fora aduzido, há a necessidade de uma medida rápida, cuja função seja protetiva, devido à demora tanto natural, como artificial do processo, o que torna possível o surgimento de demandas urgentes, que necessitam de imediata intervenção judicial, visando à proteção da futura prestação jurisdicional no processo principal.

Ressalte-se aqui a distinção entre os termos *ação cautelar*, *processo cautelar*, *medida cautelar* e *liminar cautelar*. A *ação cautelar* é o direito público e subjetivo previsto constitucionalmente de demandar providência jurisdicional ao Estado-juiz para a proteção de bens, pessoas ou coisas, objetos de outro processo de conhecimento ou de execução. E para o exercício deste direito subjetivo, há o seu instrumento: o *processo cautelar*, posto à disposição daqueles que necessitarem de tutela jurisdicional. Já a *medida cautelar* é o produto deste processo, é, pois, o provimento jurisdicional em si, que poderá ser dado em sentença ou em *liminar cautelar*.

Enfim, pode-se dizer que o interessado exerce a ação cautelar (direito) através do processo cautelar (instrumento) para obtenção, como regra, de medidas cautelares (provimento jurisdicional), podendo tais medidas ser concedidas também no curso de outras ações.⁶⁴

Diante da impossibilidade de o legislador processual prever todas as situações de urgência que reclamassem a aplicação da tutela cautelar, as cautelares foram divididas em *típicas ou nominadas* e *atípicas ou inominadas*. As primeiras são aquelas previstas no Código de Processo Civil e em legislação especial e as segundas são aquelas decretadas pelo magistrado que se vale do poder geral de cautela (sobre o qual se discorrerá no item seguinte).

Cabe, ainda, mencionar que as cautelares não necessariamente precisam ser propostas antes da ação principal (*cautelares antecedentes*), mas também podem ser propostas durante o andamento do processo principal (*cautelares incidentais*). Ora, de nada adiantaria a previsão da tutela cautelar se esta fosse condicionada à sua propositura anteriormente à ação principal, visto que a situação de urgência pode se configurar durante o *iter* processual.⁶⁵

Quanto às características da tutela cautelar, não há consonância na doutrina, de modo que cada autor enumera as características de sua convicção. Portanto, serão aqui elencadas aquelas que mais indicam consenso na doutrina pátria.

⁶⁴ MEDINA; ARAÚJO; GAJARDONI, op. cit., p. 72.

⁶⁵ “Art. 796. O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente”. BRASIL. Código de Processo Civil (1973). **Código de Processo Civil**: promulgado em 11 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 04 set. 2015.

Apesar de ser negada por algumas doutrinas, a exemplo a de Cassio Scarpinella Bueno,⁶⁶ o entendimento majoritário é pela autonomia da tutela cautelar. Em que pese o fato de ser voltado à tutela de um processo principal, o processo cautelar tem individualidade e finalidades próprias, estando, portanto, no mesmo plano dos processos de conhecimento e de execução. Para Ovídio A. Baptista da Silva, que acredita que a tutela cautelar serve a proteção do direito material (o direito à segurança), o interesse que legitima a pretensão a essa segurança deve estar ligado a uma relação de direito material, entretanto, tal vínculo não impede que exista o direito à segurança, nem afasta a autonomia da pretensão cautelar.⁶⁷

Essa autonomia pode ser facilmente evidenciada, pois o resultado do processo cautelar não reflete sobre a decisão do processo principal ao qual serve tutela, haja vista que nada impede que uma das partes seja vencedora em seu pedido cautelar, mas seja derrotada na ação principal ou o contrário.⁶⁸

Outra característica frequentemente citada pela doutrina é a ideia de acessoriedade da tutela cautelar, pois apesar de autônoma, só se justifica perante a existência de um processo principal de conhecimento ou de execução, do qual será subordinada. Em razão dessa ideia de acessoriedade, vale aqui a regra de que o acessório segue o principal. Desse modo, o processo cautelar é distribuído em dependência ao processo principal, bem como a extinção do processo principal acarreta na extinção do processo cautelar, que perde sua razão de ser.⁶⁹

Alguns autores, como Cassio Scarpinella Bueno⁷⁰ e Luiz Guilherme Marinoni,⁷¹ referem-se à acessoriedade como “referibilidade”, pois o inciso III do artigo 801 exige a indicação (portanto, a referência) da lide principal e seu fundamento na petição inicial do processo cautelar preparatório. É, então, referência que o autor do processo cautelar deve fazer, indicando o que pretenderá obter do Estado-juiz no processo principal. Para Marinoni, o termo correto é referibilidade, pois, conforme seu conceito de tutela cautelar, nesta há sempre uma referência a uma situação substancial acautelada e não uma referência a outro processo; para ele, o conceito de referibilidade provém, portanto, da ideia de ligação assecurativa da tutela cautelar à tutela do direito.⁷²

Do mesmo modo, Ovídio A. Baptista da Silva entende que a ação cautelar é ação assecurativa que corresponde a uma pretensão específica à tutela jurídica (tutela à segurança),

⁶⁶ BUENO, 2012, p. 162.

⁶⁷ SILVA, 1980, p. 21.

⁶⁸ MEDINA; ARAÚJO; GAJARDONI, op. cit., p. 77.

⁶⁹ Ibidem, p. 79.

⁷⁰ BUENO, 2012, p. 166.

⁷¹ MARINONI, 2012, p. 37-38.

⁷² Ibidem, p. 37-38.

devendo ser afastada qualquer ideia de acessoriedade que ligue o provimento cautelar a um outro provimento que teria, em relação a este, o caráter de provimento principal.⁷³

Conforme mencionado acima, a tutela cautelar é dotada de *dupla instrumentalidade*. Sendo o processo o instrumento para a declaração ou satisfação do direito material e a proteção deste processo de conhecimento ou de execução se dá por meio da tutela cautelar, que por sua vez também é processo, e, portanto instrumento, mister concluir-se que esta última é o “instrumento do instrumento”,⁷⁴ conforme exaustivamente aduziu o mestre Piero Calamandrei:

A tutela cautelar, quando comparada com o direito substancial é uma tutela *mediata*: mais do que fazer justiça serve a garantir o eficaz funcionamento da justiça. Se todos os provimentos jurisdicionais são um instrumento do direito substancial que atuam através deles, nos provimentos cautelares há uma instrumentalidade qualificada, ou seja, elevada ao quadrado: eles são um meio para a atuação do direito; são, com relação à finalidade última da função jurisdicional, instrumentos do instrumento.⁷⁵

A instrumentalidade é a característica capaz de distinguir o processo cautelar dos processos de conhecimento e de execução; estes últimos visam tutelar o direito material, enquanto que o processo cautelar busca tutelar o próprio direito processual.⁷⁶

Para Luiz Guilherme Marinoni, esta instrumentalidade da tutela cautelar é evidenciada não porque ela é um instrumento que serve à efetivação de outro instrumento, mas sim porque um instrumento voltado a dar segurança à tutela do direito desejada, ou que pode vir a ser reclamada no processo principal.⁷⁷ Entretanto, a doutrina majoritária permanece com a ideia de Piero Calamandrei, haja vista do próprio conceito definido por essa doutrina para a tutela cautelar.

Uma característica primordial da tutela cautelar, decorrente do seu caráter preventivo e determinante para o seu enquadramento como *tutela de urgência*, é a presença do elemento *urgência*. Isto é, para a sua concessão, a tutela cautelar supõe que a situação a ser tutelada ou a tutela devida ao direito material estejam expostas a perigo.⁷⁸ É necessário, pois, que se faça

⁷³ SILVA, 1980, p. 28.

⁷⁴ Nesse sentido: “O ‘processo cautelar’, de acordo com a proposta original do Código de Processo Civil, quer ser próprio e distinto de um outro processo, que, naquela perspectiva, é chamado de ‘processo principal’, o ‘processo de conhecimento’ e/ou o ‘processo de execução’. É para o asseguramento útil destes ‘processos’ que serve, na formulação original acolhida pelo Código, o ‘processo cautelar’. Por isso, fala-se, usualmente, em ele fazer as vezes de um ‘instrumento do instrumento’, um processo que tem em mira a tutela de um direito a ser reconhecido ou satisfeito em *outro* processo e não nele próprio”. BUENO, 2012, p. 154.

⁷⁵ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**. Campinas: Servanda, 2000, p. 41.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 163.

⁷⁷ MARINONI, 2012, p. 36.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 28.

presente uma situação que represente risco às pessoas, bens ou coisas. Tal perigo de dano evidenciado pela urgência da situação concreta deve ser pautado em elementos objetivos e não subjetivos.

Ao invés do termo “urgência”, alguns autores, como Cassio Scarpinella Bueno,⁷⁹ utilizam o termo *preventividade* da tutela cautelar, pois a tutela que se busca com o “processo cautelar” é a de se evitar a ocorrência de um dano, de modo a impedir que uma *ameaça* a direito se efetive em *lesão*. Partindo-se da concepção de Alfredo Buzaid,⁸⁰ essa característica seria a responsável por distinguir a função jurisdicional do processo cautelar, da função jurisdicional dos processos de conhecimento e de execução.

Sendo a tutela cautelar uma tutela provisória, conforme mencionado no capítulo 1 deste trabalho, a cognição no âmbito cautelar é de caráter sumário, justamente em razão da característica a pouco apresentada: a urgência. Segundo Kazuo Watanabe, a cognição sumária é aquela exercida verticalmente e com menor grau de profundidade na apreciação das matérias suscitadas pelas partes, sendo, portanto, uma análise superficial.⁸¹ Tendo em vista a necessidade de uma rápida intervenção estatal nas situações de urgência, a *cognição* aplicada deverá ser *sumária*,⁸² baseada, assim, em um juízo de probabilidade.

Assim, quando o juiz forma convicção de probabilidade, utiliza-se de uma cognição sumária, que é aquela menos aprofundada em sentido plano vertical, constituindo uma etapa do caminho rumo à cognição exauriente da matéria fática envolvida no litígio.⁸³

É inerente ao chamado “processo cautelar” que o magistrado decida sem ânimo de definitividade e, por definição, premido pelo tempo. Houvesse tempo para decidir e a hipótese repeliria a *necessidade* de se observar os ditames do Livro III do Código.⁸⁴

Ressalte-se que aqui estão incluídas todas as tutelas cautelares genuínas, sejam elas concedidas liminarmente ou ao final do processo cautelar.

Devido à aplicação de cognição sumária, diante da urgência, nada mais lógico que outra característica da tutela cautelar seja a *inexistência de coisa julgada*. Como no processo cautelar o legislador buscou a celeridade, que é incompatível com o exercício da cognição exauriente, nada mais coerente do que impedir que recaiam sobre essa decisão os efeitos da coisa julgada, visto que a certeza jurídica não fora, ainda, alcançada. Desse modo, é

⁷⁹ BUENO, 2012, p. 160.

⁸⁰ BUZAID, 1964.

⁸¹ WATANABE, op. cit., p. 132.

⁸² Cf. item 1.3.

⁸³ MARINONI, 2012, p. 29.

⁸⁴ BUENO, 2012, p. 162.

importante não haver descuido para que a tutela cautelar adquira definitividade do direito substancial, isto é, não é permitido à tutela cautelar assimilar-se a uma pronúncia sumária de mérito.⁸⁵

A exceção prevista legalmente a esta regra, é a situação em que no processo cautelar é reconhecida a ocorrência de prescrição ou decadência, decisão esta que fará coisa julgada em relação à propositura de ação principal, pois uma vez ocorrida a prescrição ou decadência no âmbito cautelar, estas, por conseguinte, terão também ocorrido no plano do processo principal.⁸⁶ O que implica dizer que, nos casos em que o magistrado reconhecer a prescrição ou a decadência, a parte não poderá intentar nova ação, não podendo mais provocar o Estado-juiz visando a tutela de um mesmo direito, pelas mesmas razões e entre as mesmas partes.⁸⁷

Assim, tendo em vista que a tutela cautelar não é capaz para a formação de coisa julgada, mister deduzir-se que outra característica sua é a *precariedade* e isso porque a tutela cautelar não é suficiente, devendo ser sucedida por uma tutela jurisdicional satisfativa.⁸⁸ Desse modo, como a sua eficácia é sujeita à apreciação do pedido principal, a tutela cautelar persistirá enquanto não ocorrer o julgamento daquele. Uma vez realizado tal julgamento, a tutela terá seus efeitos cessados e será absorvida pela decisão do processo principal.⁸⁹ Alguns autores, como Luiz Guilherme Marinoni,⁹⁰ utilizam o termo “temporiedade”, pois a eficácia da tutela cautelar se liga ao perigo de dano, de modo que tem uma relação de temporiedade, já a provisoriedade seria em relação à sentença de mérito.

Em suma, o significado dessa característica é o de que a proteção obtida em sede cautelar se extingue com a efetivação da tutela jurisdicional que se pretende proteger. O que permanece é a proteção jurisdicional e não, propriamente, o processo cautelar, que é precário ou provisório.⁹¹

Caracteriza-se, portanto, pela provisoriedade, não constituindo meio idôneo para dar disciplina definitiva à relação substancial controvertida; pela sumariedade da cognição; e, finalmente, pela instrumentalidade quanto ao procedimento de cognição plena.⁹²

⁸⁵ BEDAQUE, 2011, p. 154.

⁸⁶ “Art. 810. O indeferimento da medida não obsta a que a parte intente a ação, nem influi no julgamento desta, salvo se o juiz, no procedimento cautelar, acolher a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor”. BRASIL. Código de Processo Civil (1973). **Código de Processo Civil**: promulgado em 11 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 04 set. 2015.

⁸⁷ BUENO, 2012, p. 175.

⁸⁸ BEDAQUE, 2011, p. 152.

⁸⁹ MEDINA; ARAÚJO; GAJARDONI, op. cit., p. 82.

⁹⁰ MARINONI, 2012, p. 30-32.

⁹¹ BUENO, 2012, p. 161.

⁹² BEDAQUE, 2011, p. 154.

E, em razão dessa precariedade, a tutela cautelar é *revogável e modificável* a qualquer momento, conforme previsto pela segunda parte do artigo 807, do Código de Processo Civil.⁹³ Essa característica é decorrente também do fato de que para a concessão de tutela cautelar, a cognição aplicada é sumária, de modo que com o desenrolar da cognição, após ser concedida a medida cautelar, nada impede que o magistrado entenda não estarem mais presentes os requisitos da tutela cautelar, revogando-a.

Trata-se, portanto, do reconhecimento do sistema processual civil da necessidade de adequação da proteção concedida jurisdicionalmente para os fins do Livro III, do Código de Processo Civil, buscando-se a melhor maneira de proteger o direito ameaçado. Assim, à medida que a cognição exercida é aprofundada, pode-se promover a adaptação da medida adotada pelo magistrado para oferecer uma melhor tutela aos direitos e interesses das partes no plano material e, do mesmo modo, pode-se proceder à revogação, total ou parcial, da medida cautelar outrora concedida.⁹⁴

As medidas cautelares podem, ainda, serem *substituídas por caução*, conforme dispõe o artigo 805, do Código de Processo Civil,⁹⁵ que deverá ser adequada e suficiente, caso contrário, haverá infungibilidade.

Assim, o oferecimento de caução ou, mais amplamente, de qualquer garantia que busque tutelar *suficientemente* o direito ou o interesse das partes e de eventuais terceiros pode, quando determinada ou aceita pelo magistrado, *substituir* quaisquer outras providências anteriormente autorizadas.⁹⁶

Por fim, as medidas cautelares são *fungíveis*, isto é, podem ser concedidas umas no lugar das outras, caso o juiz entenda que uma delas é mais conveniente do que a outra no que diz respeito ao caso em análise, sempre visando a maior proteção àquele que merece a tutela jurisdicional. E essa fungibilidade só é possível em virtude do poder geral de cautela concedido ao juiz pelo Código de Processo Civil.

⁹³ “Art. 807. As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas”. BRASIL. Código de Processo Civil (1973). **Código de Processo Civil:** promulgado em 11 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 04 set. 2015.

⁹⁴ BUENO, 2012, p. 164.

⁹⁵ “Art. 805. A medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente”. BRASIL. Código de Processo Civil (1973). **Código de Processo Civil:** promulgado em 11 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 04 set. 2015.

⁹⁶ BUENO, 2012, p. 165.

2.1.4 O poder geral de cautela

Conforme aduzido anteriormente, impossível seria ao legislador processual a previsão de todas as hipóteses que poderiam ocorrer no plano fático e que ensejariam a utilização do processo cautelar. Em razão disso, hoje é previsto no ordenamento jurídico uma fórmula genérica que possibilita ao magistrado a concessão de tutela cautelar fora das situações elencadas expressamente na lei. Trata-se do denominado *poder geral de cautela* do juiz, que pode ser evidenciado no artigo 798, do Código de Processo Civil.⁹⁷

Este poder de função integrativa tem respaldo constitucional, decorrente do princípio do acesso à Justiça, que garante tutela jurisdicional a todos que tenham seus direitos violados ou ameaçados.

Trata-se, em último caso, de um “poder-dever”,⁹⁸ *dever* porque a tutela de determinada situação apresentada ao juiz é, para ele, impositiva e *poder* porque, para se atingir a finalidade citada, o magistrado poderá valer-se de mecanismos que se mostrem aptos suficientemente para garantir o resultado pretendido, mesmo que não previstos em lei.

Assim, sendo o poder geral de cautela utilizado para a concessão de medidas cautelares para situações não previstas pelo legislador pátrio, é ele o berço das medidas denominadas de *cautelares inominadas* ou *atípicas*. Nesse diapasão, para Cassio Scarpinella Bueno,⁹⁹ o poder geral de cautela deve ser visto do modo mais amplo possível, justamente em razão de seu caráter atípico, buscando sempre atingir a efetividade da tutela jurisdicional, decorrente do que ele denomina “modelo constitucional do direito processual civil”.

Evidente, portanto, o amplo espaço para a aplicação da tutela cautelar, que pode ser concedida mediante as medidas elencadas no Código de Processo Civil, bem como podem ser aplicadas para as situações de risco que não encontram previsão legal, por meio do poder geral de cautela concedido ao juiz. Nada mais lógico, visto que a tutela cautelar tem base constitucional, de modo que atar a sua aplicação a formas específicas implicaria em negação ao disposto na Constituição Federal.

Assim, ainda que ausentes os requisitos legais da tutela cautelar típica, mas presentes os requisitos genéricos da cautelar atípica previstos no art. 798 do CPC

⁹⁷ “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. Código de Processo Civil (1973). **Código de Processo Civil**: promulgado em 11 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 04 set. 2015.

⁹⁸ BUENO, 2012, p. 181.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 183.

(*fumus boni iuris e periculum in mora*), deve ser concedida a medida acautelatória, ou, então, deve ser aplicada a fungibilidade procedimental, recebendo-se a medida típica por atípica, e concedendo-se a cautela com base no poder geral do juiz.¹⁰⁰

Ressalte-se, ainda, que, para alguns autores,¹⁰¹ o poder geral de cautela é mais abrangente do que a simples concessão das medidas cautelares inominadas ou atípicas, mas abarca também as situações em que são concedidas *cautelares nominadas* ou *típicas* em hipóteses diversas da prevista pelo legislador, desde que presentes os requisitos da tutela cautelar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Só assim é possível aplicar-se integralmente o preceito constitucional do acesso à Justiça, pois é incoerente não permitir que determinadas situações carentes de tutela jurisdicional não possam ser abarcadas na ideia de poder geral de cautela para serem solucionadas.¹⁰²

Para os casos em que o magistrado entender necessária a aplicação de medida cautelar, mas que esta não fora requerida por uma das partes, é possível a sua aplicação, desde que já tenha sido ajuizada ação principal ou a própria ação cautelar, pois não lhe é autorizada a instauração de processo de ofício.¹⁰³ Nesse diapasão, em casos excepcionais, poderá o juiz exercer o poder geral de cautela, para efetivar o disposto na Constituição Federal, pois se trata de mecanismo disponibilizado pelo sistema processual para reprimir qualquer situação que possa comprometer os resultados provenientes da atuação jurisdicional.¹⁰⁴

Todavia, para Luiz Guilherme Marinoni, quando o magistrado avistar possível risco à efetividade da tutela do direito material, é preferível que, inicialmente, intime as partes a se manifestarem, para (i) chegar a um consenso ou (ii) abrir oportunidade para a parte que poderá ser prejudicada por esse risco requerer a tutela cautelar. Apenas em casos excepcionais, quando o juiz não tiver tempo para ouvir as partes, a tutela cautelar poderá ser concedida sem o requerimento de alguma das partes. Ressalte-se que, além de se tratarem de casos excepcionais, permanece, ainda, a exigência da constatação do *fumus boni iuris*.¹⁰⁵

É com base no poder geral de cautela que também é permitido ao juiz a concessão de medida cautelar quando este for incompetente, diante de situação de urgência. Trata-se da figura denominada de *traslatio iudici*, que é a possibilidade de concessão de medidas cautelares por juiz absolutamente incompetente, em razão de necessidade urgente de sua concessão.

¹⁰⁰ MEDINA; ARAÚJO; GAJARDONI, op. cit., p. 88.

¹⁰¹ Cf. BUENO, 2012; THEODORO JÚNIOR, 2006; MARINONI, 2012.

¹⁰² BUENO, 2012, p. 185.

¹⁰³ MEDINA; ARAÚJO; GAJARDONI, op. cit., p. 89-90.

¹⁰⁴ BUENO, 2012, p. 188.

¹⁰⁵ MARINONI, 2012, p. 107.

Entretanto, esse poder geral de cautela concedido aos magistrados não é ilimitado. Não pode o juiz deferir medida cautelar visando à proibição ou a autorização para fruição de direito expressamente assegurado ou vedado em lei.¹⁰⁶ Frise-se, contudo, que o poder geral de cautela não poderá ser restringido indistintamente por lei ou ato infraconstitucional.¹⁰⁷ Por fim, há também uma limitação natural ao poder geral de cautela, pois este é limitado pelos próprios fins do processo cautelar, haja vista que é impossível (e inadmissível) que o direito material seja tutelado sumária e irreversivelmente por meio do processo cautelar.

2.1.5 Pressupostos, condições da ação e requisitos do processo cautelar

O processo cautelar, assim como os demais processos previstos pelo Código de Processo Civil, deve respeito às regras de teoria geral do processo. Assim, para que o processo se desenvolva válida e regularmente, é preciso que estejam presentes as condições da ação, bem como os pressupostos processuais.

Entretanto, além dessas condições e pressupostos gerais, para o julgamento de mérito de um processo cautelar é necessário que estejam presentes concomitantemente os requisitos da tutela cautelar: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Frise-se, contudo, que, para parte da doutrina brasileira, estes dois requisitos devem ser classificados como sendo, em verdade, condições da ação cautelar, de modo que estes precisariam estar presentes para a admissibilidade da demanda. Entretanto, como a cognição realizada no processo cautelar é sempre sumária, ou seja, superficial, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* constituem sempre questão de mérito no processo cautelar, pois é com esta análise que o juiz defere ou não a medida, decidindo, assim, o mérito do processo cautelar, a pretensão deduzida em juízo.¹⁰⁸

Aproximar o *periculum in mora* ao “interesse de agir” e o *fumus boni iuris* à “possibilidade jurídica do pedido”, por exemplo, é, a um só tempo, esvaziar a teoria das condições da ação, tal qual agasalhada pelo sistema processual civil, e o “mérito” do “processo cautelar”, na medida em que, sendo aquelas categorias pertencentes às *condições* da ação, nada restaria para ser ou deixar de ser concedido pelo magistrado ao prover sobre a “tutela jurisdicional”, tal qual lhe é pedida no “processo cautelar”.¹⁰⁹

¹⁰⁶ MEDINA; ARAÚJO; GAJARDONI, op. cit., p. 91.

¹⁰⁷ BUENO, 2012, p. 190-191.

¹⁰⁸ BEDAQUE, 2011, p. 159.

¹⁰⁹ BUENO, 2012, p. 158.

De qualquer maneira, estes dois requisitos poderão ser evidenciados pela análise da relação material discutida em juízo e por meio de cognição superficial (em menor grau de profundidade no eixo vertical).

Fumus boni iuris é a “aparência do bom direito”, a plausibilidade do direito reclamado. É, pois, a suficiência de que o juiz se convença, através de cognição sumária, da existência do direito e dos resultados jurídicos reclamados pelo autor para a concessão de tutela jurisdicional.¹¹⁰ O processo cautelar não visa à solução definitiva da relação de direito material, pois seu objetivo não é colocar fim ao litígio, mas sim oferecer condições para que outro processo o faça de modo eficaz. E, em razão dessa natureza da prestação cautelar, a cognição feita aqui acerca da relação material não necessita ser exaustiva (como o é no processo principal), contentando-se, portanto, com a mera plausibilidade ou possibilidade.¹¹¹

Desse modo, para a obtenção da tutela cautelar, deverá o autor convencer o juiz de que a tutela do direito tem probabilidade de ser acolhida no processo principal. A admissão de um juízo de probabilidade, isto é, de uma convicção de verossimilhança, como suficiente para a concessão de tutela cautelar, provém justamente do perigo de dano e, por conseguinte, da situação de urgência que impõem uma tutela jurisdicional imediata.¹¹² Evidente, portanto, a incompatibilidade entre o aprofundamento cognitivo e a situação de urgência.

Sendo a tutela cautelar reservada para as situações de urgência, a sua cognição será sumária e, portanto, baseada em um juízo de probabilidade. Desse modo, o magistrado não aprofunda sua cognição no plano vertical diante da necessidade de uma rápida deliberação, pois a decisão a pretensão material do autor só será decidida no mérito da ação principal.

Já o *periculum in mora* representa o “perigo da demora”, que pode ser evidenciado em situações em que haja risco de perecimento do direito tutelado ou do direito que será tutelado no processo principal, caso não lhe seja concedida uma proteção imediata. Frise-se que a análise deste requisito também se dá através de cognição sumária. “*A simples possibilidade de haver o dano já é bastante para a concessão da medida cautelar*”.¹¹³

E este dano que será levado em consideração na análise do requisito aqui tratado deverá ser *grave e irreparável ou de difícil reparação*. Dano grave é aquele apto a suprimir a possibilidade de se obter a pretensão buscada no processo principal; já dano irreparável é aquele para o qual a tutela ressarcitória não é suficiente para a sua reparação. Assim, para que tal perigo seja idôneo a ponto de requerer-se uma tutela assecurativa, é preciso que este seja

¹¹⁰ BUENO, 2012, p. 204.

¹¹¹ BEDAQUE, 2011, p. 158-159.

¹¹² MARINONI, 2012, p. 29.

¹¹³ MEDINA; ARAÚJO; GAJARDONI, op. cit., p. 94.

atual e que, pelas circunstâncias objetivas que são presentes no caso, conclua-se que, além de possibilidade, há uma verdadeira probabilidade de ocorrência do dano temido.¹¹⁴

Aduz, ainda, Ovídio A. Baptista da Silva,¹¹⁵ que o perigo referido aqui não é somente o retardamento da prestação jurisdicional, mas sim a possibilidade de uma perda, sacrifício ou privação de um interesse relevante juridicamente.

Sempre que, por uma modificação do mundo exterior produzida por um fato do homem ou por fato natural, se cria uma *situação perigosa* que ameaça fazer periclitar um determinado bem jurídico, criando um sério risco de dano, justifica-se a tutela cautelar.¹¹⁶

Frise-se, contudo, que não se deve confundir o perigo de dano com o *periculum in mora*, pois ambos se relacionam como causa (perigo de dano) e consequência (*periculum in mora*), de modo que para que seja evidenciada a necessidade de tutela cautelar não basta alegar o *periculum in mora*, pois é igualmente necessário demonstrar a sua causa, o perigo de dano.¹¹⁷

Por fim, importante ressaltar que, do mesmo modo que o dano a ser sofrido deve ser irreparável, o inverso também deve ser analisado, isto é, não poderá a medida cautelar causar efeitos irreversíveis, haja vista a provisoriedade de seu caráter, pautada em cognição sumária. Trata-se aqui do que a doutrina convencionou chamar de “*periculum in mora* inverso”, o que significa dizer que do mesmo modo que aquele que demanda tutela cautelar deverá provar o risco de lesão irreparável ou de difícil reparação, a concessão da medida pleiteada não poderá agravar o risco daquele que é demandado, fazendo com que este sofra – ou fique em condições de sofrer – o dano que, inicialmente, pretendeu-se evitar com a medida concedida.¹¹⁸

2.1.6 “Tutelas satisfativas autônomas”

No Livro III, do atual Código de Processo Civil, estão aglutinadas diferentes situações e todas se referem à nomenclatura “processo cautelar”. Entretanto, nem todas as hipóteses elencadas correspondem genuinamente ao conceito de tutela cautelar. Assim, é possível identificar aquelas que são as denominadas “cautelares genuínas” ou “cautelares propriamente

¹¹⁴ SILVA, 1980, p. 29.

¹¹⁵ Ibidem.

¹¹⁶ Ibidem.

¹¹⁷ MARINONI, 2012, p. 28.

¹¹⁸ MEDINA; ARAÚJO; GAJARDONI, op. cit., p. 95.

ditas” e as demais hipóteses que, apesar de consideradas nominalmente como cautelares, em verdade, não o são. Estas outras hipóteses tão-somente se valem do rito cautelar, visto que o legislador buscava para estes casos um procedimento mais simplificado e breve do que o procedimento comum, mas não soube ao certo como acomodá-las no código.

As “cautelares propriamente ditas” são aquelas que atendem à própria essência da tutela cautelar, porque são medidas preventivas para se evitar a ocorrência de um dano, que venha a frustrar a posterior tutela jurisdicional definitiva, autorizando o magistrado a decidir-se mediante cognição sumária dos elementos da relação material. E essa cognição sumária será insuficiente para a formação de coisa julgada.¹¹⁹

Neste diapasão, seguindo ainda a natureza e essência da tutela cautelar, essas “cautelares propriamente ditas” não são satisfativas, visto que não atuam propriamente no plano material, mas sim no plano processual. É somente no processo principal (de conhecimento ou de execução), ao qual a cautelar serve, que haverá a satisfação do direito material.

Daí a impropriedade da expressão “cautelares satisfativas”, pois a natureza do provimento cautelar, por definição, é *conservativa*. Essas espécies previstas no Livro III, cuja concessão já implica em satisfação da pretensão jurisdicional, devem ser chamadas “tutelas satisfativas autônomas”. Exemplo pródigo deste tipo de tutela é a ação de exibição de documentos, pois, uma vez exibidos os documentos, não há nada mais de pretensão jurisdicional a ser buscada, levando à desnecessidade de propositura de ação principal.¹²⁰ Por essa razão, que as tutelas satisfativas autônomas também não são dotadas de *instrumentalidade*

Nesse diapasão, mister concluir-se que as tutelas satisfativas autônomas são dotadas de *ultratividade*, visto que, ao serem concedidas, atingem o interesse a ser tutelado, adquirindo, assim, estabilidade e continuando a produzir efeitos, mesmo que não tenha sido confirmada ou absorvida em uma sentença que tenha se baseado em cognição exauriente.¹²¹

Frise-se, contudo, que a decisão proveniente de um pedido de tutela cautelar satisfativa autônoma, ainda assim, não produz coisa julgada, justamente, porque ao seguir o rito cautelar, pauta-se em cognição sumária.

Desse modo, no presente estudo, sempre que houver menção à tutela cautelar será uma referência às “cautelares genuínas” e não às denominadas “tutelas satisfativas autônomas”.

¹¹⁹ BUENO, 2012, p. 151.

¹²⁰ MEDINA; ARAÚJO; GAJARDONI, op. cit., p. 59.

¹²¹ Ibidem, p. 64.

2.2 A reforma de 1994 e a expansão da tutela antecipatória

À medida que a sociedade fora se desenvolvendo, surgiu a necessidade de se quebrar o padrão ordinário de atividade jurisdicional, instituindo medidas liminares, mas diversas das medidas cautelares, pois estas prestavam-se – ou deveriam prestar-se – tão somente à *conservação*.¹²²

O que existia, como a pouco discorrido, eram as tutelas satisfativas autônomas, que, antigamente, causavam discordâncias na doutrina brasileira sobre o fato de ser permitido a uma medida cautelar alterar sua natureza de *conservativa* para *satisfativa*. Somado a isso, também a jurisprudência era oscilante, ora admitindo, ora rejeitando essa alteração.¹²³

Entretanto, tais medidas, ainda assim, não tinham aparência de serem provisórias, algo que a então sociedade moderna reclamava. Desse modo, o crescimento do número de ações especiais, que possibilitavam a concessão de liminares de cunho antecipatório, bem como a utilização distorcida da tutela cautelar objetivando a *satisfação* de um interesse jurídico, cada vez mais fazia explícita a necessidade de se recuperar a funcionalidade do procedimento ordinário, para que a prestação jurisdicional fosse corretamente assegurada.

Por essas razões, com a Reforma do Código de Processo Civil, em 1994, foi inserida no artigo 273 no Livro I, a *tutela antecipada*, com o objetivo de se evitar os males corrosivos do tempo no processo,¹²⁴ bem como de corrigir o uso exacerbado do poder geral de cautela – que deveria ser usado somente em casos excepcionais – como técnica de sumarização da tutela jurisdicional definitiva.¹²⁵

A utilização distorcida da técnica cautelar, mediante o poder geral de cautela, era de relevante preocupação prática e não só conceitual, pois determinadas situações que não faziam jus à utilização do rito cautelar, dele se utilizavam por meio da *cautelar inominada* e do poder geral de cautela, de modo a ferir princípios processuais constitucionais, como o contraditório e a ampla defesa, ao conceder tutela *satisfativa*, em substituição à via ordinária.¹²⁶

Essa nova técnica, prevista no dispositivo supracitado, diferentemente da tutela cautelar, visa à antecipação dos efeitos da tutela que seriam somente concedidos ao final do

¹²² CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. **A Origem Romana da Tutela Antecipada**. São Paulo: LTr, 2001, p. 52.

¹²³ *Ibidem*, p. 53.

¹²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 140.

¹²⁵ BEDAQUE, 1998, p. 275.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 277.

processo por meio de sentença transitada em julgado ou que não fosse objeto de recurso com efeito suspensivo.

Logo, não se trata da obtenção de medida que impeça o perecimento de um direito ou que assegure ao seu titular a possibilidade de exercê-lo futuramente. A tutela antecipada concederá ao autor o exercício do próprio direito afirmado por ele.¹²⁷

A inserção do disposto no ordenamento processual civil pátrio possibilitou o requerimento de tutela antecipada, em casos de *periculum in mora*, diante de qualquer espécie de situação litigiosa material.¹²⁸

Assim, a alteração do código foi necessária tanto para tutelar corretamente as novas situações de direito material, bem como, e principalmente, porque doutrina e tribunais não eram unânimes quanto à admissão de prestação de tutela satisfativa, fundada em cognição sumária, com base no rito cautelar.

Mas o que se deve ter, sobretudo, presente quando se faz a exegese do art. 273 (CPC), é que ele representa uma nova concepção de processo civil, uma alteração nos rumos ideológicos, marcada pelo acentuado privilégio do princípio da efetividade da função jurisdicional.¹²⁹

O artigo 273, assim, além de corrigir o uso distorcido da tutela cautelar, colocou um fim na discussão sobre a possibilidade de se requerer a tutela antecipatória em todas as situações conflitivas concretas. Houve, portanto, uma extensão, realizada pelo legislador processual, no que tange a solução excepcional da antecipação de tutela a todas as situações sujeitas ao processo cognitivo, isto é, admitiu, desde que preenchidos os requisitos, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional em qualquer procedimento.¹³⁰

2.2.1 Tutela antecipada: conceito, função e características

A antecipação da tutela consiste em antecipar providências executórias que poderiam decorrer de uma futura sentença procedente, reduzindo, assim, a utilização indiscriminada das “tutelas cautelares inominadas”, outrora utilizadas para todas as situações de urgência não previstas no Código de Processo Civil. A tutela antecipada é, pois, a possibilidade da precipitação da proteção de efeitos práticos de tutela jurisdicional, os quais não seriam

¹²⁷ DINAMARCO, 1996, p. 141.

¹²⁸ MARINONI, 2012, p. 61.

¹²⁹ ZAVASCKI, op. cit., p. 74.

¹³⁰ BEDAQUE, 1998, p. 276.

perceptíveis de imediato, pois estariam condicionados ao proferimento da sentença.¹³¹ Trata-se de antecipação, no plano fático, dos efeitos requeridos na exordial.

Os efeitos antecipáveis são aqueles que potencialmente poderiam figurar da sentença de mérito. Desse modo, a antecipação dos efeitos da tutela significa a antecipação das eficácias potencialmente contidas na sentença. São, portanto, antecipados os efeitos executivos da futura sentença de procedência. “*Antecipa-se a eficácia social da sentença, não a eficácia jurídico-formal*”.¹³²

Cabe, ainda, ressaltar que *tutela antecipada* não é sinônimo do termo “*liminar*”. As liminares são referentes ao momento em que o provimento judicial é proferido e não ao seu conteúdo. O oposto de uma liminar seria uma decisão proferida na própria sentença. Existem, assim, *liminares cautelares* (conferidas dentro do processo cautelar) e *liminares antecipatórias* (conferidas dentro de qualquer espécie de processo).¹³³

Com a instituição da tutela antecipada, em relação ao processo de conhecimento, houve uma valorização do princípio da efetividade da função jurisdicional, atribuindo ao juiz o poder de deferir medidas de cunho executório no curso do próprio processo de conhecimento por meio de decisão interlocutória. Ressalte-se, contudo, que a concessão de tutela antecipada significa a prestação de tutela jurisdicional *provisória* e, portanto, excepcional.

Portanto, as medidas antecipatórias somente devem ser utilizadas quando, no caso concreto, se torne indispensável a proteção de outro valor de mesma estatura e que venha a ser considerado prevalente. Logo, além de ser caracterizada pela *provisoriedade*, a tutela antecipada tem os mesmos pressupostos da cautelar: o perigo de dano e a probabilidade do direito afirmado.

Note-se que a decisão que deferir a tutela antecipada deverá ser fundamentada,¹³⁴ cabendo ao magistrado explicar e demonstrar os pressupostos que o conduziram a tal concessão. Em que pese a lacuna deixada quanto à motivação de decisão que *indefere* a antecipação dos efeitos da tutela, entendemos que também ela deverá ser motivada, justamente em observância ao artigo 93, IX, da Constituição Federal.¹³⁵

¹³¹ BUENO, 2012, p. 37.

¹³² ZAVASCKI, op. cit., p. 87.

¹³³ BEDAQUE, 1998, p. 278.

¹³⁴ “Art. 273 (...) § 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento”. BRASIL. Código de Processo Civil (1973). **Código de Processo Civil**: promulgado em 11 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 04 set. 2015.

¹³⁵ “Art. 94 (...) IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a

Mas, também na tutela antecipatória, o juiz não pode deixar de justificar: i) as razões que o levaram a acreditar, ou não, na prova; ii) a ligação que realizou entre as provas e os fatos; iii) os motivos que o levaram a estabelecer, ou não, uma presunção; e iv) de referir e fundamentar as regras de experiência que guiaram o seu raciocínio. Assim, **nada significa dizer, seca e simplesmente, que há, ou não, verossimilhança, pois essa convicção deve resultar da justificativa da decisão “antecipatória”**.¹³⁶

As medidas de antecipação da tutela têm, pois, eminente caráter *satisfativo*, incidem sobre o próprio direito e não são meios colaterais para ampará-los, como ocorre com as medidas cautelares. Contudo, necessitam de posterior confirmação ou revogação quando da sentença final, pois é somente com o acolhimento da demanda, que os efeitos antecipados se consolidam no plano jurídico¹³⁷.

Essa possibilidade instituída pelo artigo 273 tem razão de ser, pois permite ao autor, em situações de perigo, usufruir desde já os efeitos do possível provimento final antes de seu momento procedimental usual; caso contrário, se tivesse que aguardar o provimento final do processo, provavelmente, ficaria impossibilitado de fazê-lo.

A tutela antecipada poderá ser concedida total ou parcialmente. A determinação desse alcance da antecipação da tutela não se dará em razão de discricionariedade do magistrado, mas sim utilizando o *princípio da menor restrição possível*, de modo que a tutela antecipada somente será aplicada em situações excepcionais, visto que implicará em limitação ao direito fundamental à segurança jurídica.¹³⁸

O mesmo princípio deverá ser aplicado pelo juiz ao decidir o momento de aplicação da tutela antecipada, de modo que deverá ser analisado o lapso temporal para o acontecimento do dano, sendo sempre preferível o exercício do contraditório e da ampla defesa. Caso a situação de urgência configure-se somente em fase recursal, o pedido de tutela antecipada deverá ser feito ao tribunal. Já no caso da *antecipação punitiva*, mister concluir-se que esta supõe a ocorrência dos atos protelatórios por parte do réu.¹³⁹

Por fim, conforme previsto no § 4º, do artigo 273, do Código de Processo Civil, a tutela antecipada poderá ser modificada ou revogada a qualquer tempo.¹⁴⁰ Uma vez revogada

seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal**: promulgada em 5 out. 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 04 set. 2015.

¹³⁶ MARINONI, 2011, p. 177 (grifei).

¹³⁷ BEDAQUE, 1998, p. 308.

¹³⁸ ZAVASCKI, op. cit., p. 78.

¹³⁹ Ibidem, p. 84.

¹⁴⁰ “Art. 273 (...) § 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada”. BRASIL. Código de Processo Civil (1973). **Código de Processo Civil**: promulgado em 11 jan.

a medida antecipatória, a situação retornará ao estado anterior e a ocorrência de dano ensejará a apuração de eventual responsabilidade.¹⁴¹

A *revogação* implica em negar efeitos a uma anterior decisão que os havia concedido, retirando do mundo jurídico a decisão anterior. Já *modificar* implica em uma alteração parcial, limitando-se a tutela antecipada a uma parte do pedido ou a tutela antecipada havia sido concedida em parte e, agora, entende-se pela sua totalidade.

2.2.2 Condições e requisitos para a concessão da tutela antecipada

Os pressupostos para a concessão da tutela antecipada são de duas espécies: concorrentes obrigatoriamente (*prova inequívoca* e *verossimilhança da alegação*) e cumulativo-alternativos (incisos I e II, do artigo 273, do Código de Processo Civil atual).¹⁴²

A tutela antecipada, segundo o atual Código de Processo Civil, poderá ser concedida em duas situações cumulativo-alternativas: (i) quando estiver presente a urgência, representada pelo *periculum in mora* e (ii) quando houver manifesto abuso de defesa ou identificar-se o intuito protelatório do réu. A primeira busca evitar que a futura sentença não perca sua utilidade prática e a segunda quando houver fatos que prejudiquem a celeridade da prestação jurisdicional injustificadamente. Ambas, contudo, visam obviar os males do tempo dispendido no processo: a primeira, porque uma situação fática está ameaçando a efetividade da tutela final e a segunda, pois a demora natural do processo não se justifica mediante o comportamento do réu.

Somente a primeira hipótese de concessão da tutela antecipada que se enquadra nas denominadas “tutelas de urgência” (juntamente com as “cautelares genuínas”), pois esta situação requer uma *antecipação assecuratória*, visto que sua concessão depende, além de outros requisitos, da existência de risco para a efetividade da tutela jurisdicional, de modo que é a urgência que justifica a necessidade de antecipação do provimento final. E, é em razão

1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 04 set. 2015.

¹⁴¹ ZAVASCKI, op. cit., p. 104.

¹⁴² “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. Código de Processo Civil (1973). **Código de Processo Civil:** promulgado em 11 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 04 set. 2015.

disso, que a tutela a ser concedida antecipadamente deve limitar-se ao necessário para se evitar a ocorrência do dano.¹⁴³

Diferentemente, a hipótese prevista no inciso II do artigo 273, do Código de Processo Civil é uma *antecipação punitiva*.¹⁴⁴ Nesta última hipótese não há a necessidade de demonstração de qualquer necessidade urgente, visto não ser ligada a perigo de dano concreto. Destina-se, pois, a tão-somente agilizar o resultado do processo, porque o direito afirmado é verossímil, que, em última análise, acaba sendo confirmado pelos comportamentos protelatórios do réu.¹⁴⁵ Trata-se, conforme dito, de utilização da técnica antecipatória provisória, mediante cognição sumária, para punir ilícito processual, visto que o autor não deve ser prejudicado pelo comportamento desleal do réu, nem este pode beneficiar-se da própria torpeza.

Para os casos do inciso II, deverão ser utilizadas as disposições que tratam do “princípio da lealdade” do artigo 17, do Código de Processo Civil, que discorre acerca da litigância de má-fé.¹⁴⁶ São exemplos dessa protelação indevida o réu que dificulta a sua citação, o réu que interpõe recursos completamente infundados, bem como o réu que retira os autos do processo do cartório e somente os devolve após o prazo.

Para a concessão da tutela antecipada, o artigo 273 prevê, ainda, a necessidade de *prova inequívoca* que seja suficiente para que o juiz se convença da *verossimilhança da alegação*. Embora o dispositivo pareça abarcar certa contrariedade, as expressões “prova inequívoca” e “verossimilhança da alegação” quando analisadas em conjunto representam a ideia de probabilidade, ou seja, não tão incerto quanto a verossimilhança, nem tão certo quando a prova inequívoca.¹⁴⁷

A *prova inequívoca* seria, assim, aquela que dê, por si só, a maior margem de segurança possível para que o magistrado seja convencido acerca da existência ou inexistência de um fato e de suas consequências jurídicas. Trata-se de uma prova apta a trazer suficiência na formação do juízo do magistrado, para que ele possa decidir sobre fatos e as consequências jurídicas que lhe são apresentados.

Conseqüentemente, é essa a *prova inequívoca* que conduzirá o juiz a um estado de convencimento da *verossimilhança da alegação*, no sentido de que foi narrado e demonstrado ao magistrado, que entendeu parecer verdadeira a alegação. “O adjetivo ‘inequívoca’,

¹⁴³ BEDAQUE, 1998, p. 306.

¹⁴⁴ ZAVASCKI, op. cit., p. 77-78.

¹⁴⁵ BEDAQUE, 1998, p. 309.

¹⁴⁶ BUENO, 2012, p. 45.

¹⁴⁷ DINAMARCO, 1996, p. 145.

portanto, relaciona-se ao substantivo ‘prova’; a ‘verossimilhança’ é da ‘alegação’”,¹⁴⁸ de modo que não há paradoxo contido no dispositivo supracitado, conforme aduzido há pouco. É relevante, pois, saber distinguir “prova” de “convencimento”, como bem aduz Luiz Guilherme Marinoni.¹⁴⁹

Aqui, a expressão “prova inequívoca” somente pode significar a prova perfeita em sua forma, cujo tempo para a sua produção não seja incompatível com a necessidade de imediatividade do provimento, para que o direito do autor não seja frustrado.¹⁵⁰ Por essa razão, que é suficiente para fins de tutela antecipada o exercício de *cognição superficial*, isto é, menos aprofundada no plano vertical, reservando-se a cognição exauriente para o momento de se proferir a sentença.

Por outro lado, é também requisito para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela a existência de *reversibilidade* de seus efeitos.¹⁵¹ Trata-se, pois, de um *pressuposto negativo*, diferentemente dos anteriormente citados, visto que é uma situação de fato que não deve estar presente para que seja permitida a antecipação da tutela.¹⁵² Tal irreversibilidade diz respeito aos efeitos práticos provenientes dessa antecipação da tutela, pois a sua concessão não pode criar situação de desigualdade entre os litigantes; a possibilidade de retorno ao *status quo ante* é essencial.

Ressalte-se, ainda, que o *caput* do artigo 273, do Código de Processo Civil, prevê que é necessário o *requerimento da parte* para fins de antecipação da tutela, sendo, portanto, vedado ao magistrado a sua atuação de forma oficiosa. Entretanto, para Cassio Scarpinella Bueno,¹⁵³ tal disposição fere o “modelo constitucional do processo civil”, pois, uma vez presente no caso tudo o que a lei exige para a concessão de tutela antecipada, à exceção do pedido por uma das partes, o juiz deveria ter a liberdade de concedê-la, de modo a privilegiar a efetividade do processo, principalmente porque a situação analisada será de urgência.

¹⁴⁸ BUENO, 2012, p. 40.

¹⁴⁹ MARINONI, 2011, p. 166.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 175.

¹⁵¹ “Art. 273 (...) § 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”. BRASIL. Código de Processo Civil (1973). **Código de Processo Civil**: promulgado em 11 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 04 set. 2015.

¹⁵² BUENO, 2012, p. 46.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 39.

2.2.3 Da tutela antecipada sem o requisito da urgência

A hipótese prevista no inciso I do artigo 273 justifica a antecipação dos efeitos da tutela, em razão da necessidade de urgência na concessão da tutela jurisdicional. Diferentemente, o motivo de concessão da tutela antecipada nos casos do inciso II¹⁵⁴ é outro, não vinculando a sua concessão ao perigo concreto de dano. Neste último caso, há ligação à ideia de litigância de má-fé, prevista nos artigos 16 a 18 do Código de Processo Civil.

A ideia para o surgimento de uma previsão legal como esta, é, segundo Luiz Guilherme Marinoni,¹⁵⁵ a percepção de que o autor não pode ser o único a suportar o ônus do tempo do processo, visto que as resistências dilatórias se tornam sempre mais atraentes aos réus quando estes podem obter com aquelas vantagens econômicas, fazendo parecer que é melhor aguardar a decisão desfavorável do que proceder ao adimplemento com pontualidade. Na prática, portanto, o que o autor pretende são os efeitos concretos e o réu a manutenção do *status quo*.

Evidente, portanto, que o fato de o réu apresentar comportamento protelatório e defesa desprovida de seriedade, não está ligado à possibilidade de produção de perigo de dano concreto. O objetivo do previsto no inciso II do dispositivo supracitado é tão-somente agilizar o resultado do processo, visto que o direito afirmado pelo autor é verossímil e é reforçado pela inconsistência dos argumentos levantados na defesa do réu. Isto é, a existência do direito alegado pelo requerente é provável não só pelos argumentos por este levantados, mas também por aqueles aduzidos pela defesa,¹⁵⁶ o que se assemelha, de certo modo, à ideia de “impossibilidade de se contestar seriamente a existência de uma obrigação” previstos no direito processual civil francês para a concessão tanto dos “*référés-provision*”, como dos “*référés-provision*”.

Assim, diante deste aumento da probabilidade de que o direito afirmado exista, o legislador optou por possibilitar a produção imediata de efeitos da tutela pleiteada, buscando-se evitar dano maior ao autor em razão da demora do processo. A postura incorreta adotada pelo réu autorizaria essa solução provisória, para que o autor não seja apenado com este atraso

¹⁵⁴ “Art. 273 (...) II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”. BRASIL. Código de Processo Civil (1973). **Código de Processo Civil**: promulgado em 11 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 04 set. 2015.

¹⁵⁵ MARINONI, 2011, p. 271.

¹⁵⁶ BEDAQUE, 1998, p. 309.

indevido do provimento jurisdicional. Trata-se, pois, de uma maneira de se punir o ilícito processual perpetrado pelo réu.¹⁵⁷

Esse abuso de defesa se dá nas situações em que a parte ré apresenta resistência totalmente infundada ou contra direito expresso à pretensão do autor, ou quando se utiliza de meios ilícitos ou escusos para forjar a sua defesa.¹⁵⁸ Note-se que esse abuso não necessariamente é demonstrado quando da apresentação de defesa do réu, mas também em situações anteriores, como, por exemplo, na tentativa de se ocultar para que não seja possível efetivar a sua citação.

Em razão de sua sistemática, esta hipótese de concessão de tutela antecipada está condicionada (i) à prova inequívoca da verossimilhança e (ii) à fragilidade da resposta apresentada pelo réu. Desse modo, evidente que não há a necessidade da demonstração de perigo de dano para que tal medida seja adotada, não se requerendo, conseqüentemente, a comprovação de existência de urgência.

Ressalte-se, ainda, que nas situações em que o réu age de maneira protelatória é ainda possível o julgamento antecipado da lide, conforme previsto no artigo 330, I, do Código de Processo Civil. Desse modo, quando houver o julgamento antecipado da lide, a tutela antecipada servirá aqui como mecanismo para tornar eficaz, de modo imediato, a sentença, afastando, assim, o efeito suspensivo do recurso.¹⁵⁹

Assim, tanto a tutela antecipada concedida com base no inciso I, quanto aquela concedida com base no inciso II, buscam proteger o autor daquilo que se convencionou na doutrina denominar de “dano marginal do processo”, que é o prejuízo inerente ao tempo *normal e necessário* a toda solução judicial.¹⁶⁰ A disputa por um bem da vida através do processo civil, porque demanda tempo, somente pode prejudicar o autor que tenha razão e beneficiar o réu que não a tenha.¹⁶¹

E, no caso de antecipação concedida com base em abuso de defesa, a cognição é sumária e a medida, provisória; a diferença é que não há necessidade de existência de ameaça concreta à efetividade da tutela definitiva.

Entretanto, mesmo não sendo necessária a demonstração de possibilidade de ocorrência de dano concreto, o objetivo do legislador ainda é a proteção à efetividade da atividade jurisdicional, visto que quanto mais rápido o autor puder valer-se dos efeitos

¹⁵⁷ BEDAQUE, 1998, p. 309.

¹⁵⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 48. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. II, p. 698.

¹⁵⁹ BEDAQUE, 1998, p. 310.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 311.

¹⁶¹ MARINONI, 2011, p. 272.

práticos de seu direito, maior semelhança haverá entre a tutela jurisdicional e os resultados que teriam sido obtidos, caso houvesse ocorrido o cumprimento espontâneo.¹⁶²

Por isso, o sistema processual civil, para atender ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, deve ser capaz de racionalizar a distribuição do tempo do processo e de inibir as defesas abusivas, que são consideradas, por alguns, até mesmo direito do réu que não tem razão. Ora, a defesa é direito nos limites em que é exercida de forma racional e justa ou nos limites em que não retarda, indevidamente, a realização do direito do autor.¹⁶³

A solução dada, portanto, é ainda de cunho provisório, que visa no seu melhor preservar o resultado útil da atividade jurisdicional do Estado-juiz. Desse modo, embora não haja perigo em aguardar o resultado final da atividade cognitiva do Estado-juiz, há sempre o risco do dano marginal, que, para a sua eliminação, o legislador entendeu por bem possibilitar a antecipação dos efeitos da tutela no caso de abuso de defesa ou de intuito protelatório do réu.

O mais importante é verificar que as antecipações dessa natureza, todas elas, têm em comum o caráter de provisoriedade. Não são aptas a eliminar definitivamente a crise do direito material, mas apenas assegurar que esse objetivo seja alcançado com a maior efetividade possível.¹⁶⁴

Frise-se, contudo, que para a correta aplicação do instituto da tutela antecipada, há de se atentar à *necessidade* de sua concessão. Desse modo, a antecipação dos efeitos da tutela somente deverá ser aplicada, quando se mostrar necessária para assegurar a efetividade do processo. No caso de abuso de defesa ou manifesto intuito protelatório, portanto, será adequada a utilização do instituto em comento, caso o comportamento do réu leve a atraso indevido na entrega da tutela jurisdicional.

2.3 Distinções entre a tutela antecipada e a tutela cautelar

A técnica de tutelas sumárias tem sido utilizada pelo legislador processual sempre buscando garantir o efetivo acesso à Justiça. Cabem aqui, as denominadas “tutelas de urgência”. Não só a morosidade do procedimento ordinário, mas também o desenvolvimento

¹⁶² BEDAQUE, 1998, p. 311.

¹⁶³ MARINONI, 2011, p. 271.

¹⁶⁴ BEDAQUE, 1998, p. 312.

das relações sociais, levaram a novas necessidades que precisaram ser atendidas pelo processualista.¹⁶⁵

Determinadas situações fáticas são incompatíveis com o exercício da cognição plena e exauriente do procedimento ordinário, por se tratarem de situações de urgência. Note-se que se tratam, não somente de situações atingidas pela morosidade natural da tutela tradicional, mas sim de casos em que a resposta da atividade jurisdicional deverá ser imediata. Desse modo, é preciso atentar-se às tutelas provisórias que representam meios eficazes de acesso à ordem jurídica justa.¹⁶⁶

O processo precisava adequar-se a essas situações fáticas, para melhor atendê-las, visto que a função jurisdicional só será efetiva se assegurar ao titular de direito a tutela por ele desejada¹⁶⁷. Para tanto, é preciso compreender que um modelo processual não é capaz de prever proteção a toda espécie de relação material. Daí o surgimento das “tutelas de urgência”, das quais fazem parte a tutela cautelar e a tutela antecipada. Embora ambas visem garantir a efetividade do provimento final, existem diferenças relevantes que devem ser analisadas.

Primeiramente, importante informar que a análise comparativa feita aqui levará em consideração a tutela cautelar (as propriamente ditas) e a tutela antecipatória de urgência (aquela prevista no artigo 273, I, do Código de Processo Civil atual). Ambas fazem parte de um gênero denominado de “tutelas de urgência” e são concedidas mediante a constatação do *periculum in mora*. Entretanto, existem distinções notáveis a serem consideradas quando da análise destes dois institutos processuais que merecem especial atenção, pois podem gerar problemas práticos.

A primeira delas é no fato de que a tutela antecipada somente é tutela de urgência nos casos que se enquadram no primeiro inciso do dispositivo que a prevê.

Quanto à essência, a tutela cautelar difere-se da tutela antecipada, pois esta, conforme discorrido, tem por escopo a realização antecipada do direito da parte. Embora ambas sejam precedidas de cognição sumária, a cautelar destina-se tão somente a assegurar a utilidade do provimento final.¹⁶⁸

A tutela cautelar visa, pois, assegurar a efetividade de um outro processo. Logo, caso seja afirmado que esta pode realizar o próprio direito material, incidir-se-ia em contradição, visto que uma vez realizado o direito material, não restaria nada para se acautelar. Isto é,

¹⁶⁵ BEDAQUE, 2011, p. 163.

¹⁶⁶ Cf. item 1.1.

¹⁶⁷ BEDAQUE, 2011, p. 163.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 161.

quando o direito é satisfeito, nada é assegurado e nenhuma função cautelar é cumprida, mas tão somente função antecipatória. Para Luiz Guilherme Marinoni, essa diferença é facilmente constatada analisando-se o caso concreto para que seja possível identificar-se a existência, ou inexistência, do elemento da “referibilidade” (no caso “acessoriedade”, conforme a doutrina majoritária): havendo referibilidade, trata-se de cautelar; em não o havendo, trata-se de tutela antecipatória, pois será tutela que satisfará ao eliminar uma situação objetiva de perigo.¹⁶⁹

Distinção mais facilmente evidenciada entre essas tutelas de urgência é o fato de a tutela cautelar ter a possibilidade de ser concedida incidentalmente ou em ação autônoma; diferentemente, da tutela antecipada, que não tem como uma de suas características a autonomia, de modo que esta será sempre requerida incidentalmente.

Ademais, a tutela cautelar, por se tratar de tutela *conservativa*, não tem aptidão para se tornar definitiva. Por outro lado, os efeitos antecipados quando da concessão da tutela antecipada, ainda que esta seja provisória, tendem a tornarem-se definitivos, uma vez que forem confirmados na sentença final. Daí dizer-se que, diferentemente, a tutela antecipada seria *satisfativa*, não no sentido de prover ao demandante definitivamente o que lhe seria concedido somente com a sentença final, mas sim no que se refere à possibilidade de permissão, total ou parcial, dos efeitos que seriam oriundos dessa tutela definitiva.

Na antecipação dos efeitos da tutela há *satisfação fática*, isto é, cria-se uma situação idêntica àquela que seria criada com a decisão definitiva de mérito (*tutela satisfativa*). Já o processo cautelar não tem essa natureza satisfativa, sendo o seu objeto apenas a garantia da eficácia (condição de gerar efeitos) de um outro processo de conhecimento ou execução (*tutela conservativa*).¹⁷⁰

Nos dois casos, contudo, trata-se de *tutela provisória*, no caso da tutela cautelar, em relação ao pronunciamento judicial e, no caso da tutela antecipada, em relação aos efeitos do provimento judicial.¹⁷¹

Ademais, utilizando-se uma escala de admissibilidade em graus de probabilidade de existência do direito, conclui-se que este é mais intenso no caso de concessão de tutela antecipada e menos intenso no caso da tutela cautelar. Isso porque a tutela antecipada implica na própria concessão dos efeitos reclamados, enquanto que a tutela cautelar somente é responsável por assegurar a possibilidade de algum dia esses efeitos virem a ser realizados diante de um provimento final de procedência.

¹⁶⁹ MARINONI, 2011, p. 109-111.

¹⁷⁰ MEDINA; ARAÚJO; GAJARDONI, op. cit., p. 41.

¹⁷¹ Cf. item 1.3.

Há, portanto, diferença com relação ao grau de convencimento do magistrado para a concessão de cada uma das tutelas. A exigência de uma *prova inequívoca*, no caso de antecipação dos efeitos da tutela, implica em dizer que a mera aparência não basta e que, portanto, a verossimilhança exigida na tutela antecipada é mais do que o *fumus boni iuris* exigido para a concessão de tutela cautelar.¹⁷² A prova inequívoca implica, assim, em juízo mais profundo do que aquele exigido para a cautelar. A concessão desta dependeria unicamente de alegações, ainda que faltantes provas para o seu embasamento. Já para a obtenção da tutela antecipada, é necessário que aquele que a requeira instrua o pedido com elementos probatórios suficientes para a formação do convencimento de verossimilhança da alegação pelo magistrado.

Nada mais coerente, visto que a concessão de tutela antecipada implica na concessão do próprio provimento judicial almejado ao fim do processo, enquanto que na tutela cautelar são deferidas somente medidas conservativas da tutela jurisdicional final.

Para concessão da tutela cautelar, a cognição no plano material é realizada apenas para verificar a plausibilidade e o risco da demora. Na antecipação o juízo de probabilidade é feito com o fim de se entregar desde logo o bem da vida ao autor. A sentença ainda inexistente já produz efeitos como se existisse. A tutela cautelar, deferida em processo autônomo ou de forma incidente no processo de conhecimento, se esgota na prestação da segurança, garantindo ao interessado não o próprio bem da vida pleiteado.¹⁷³

Assim, embora ambas tenham características próprias das tutelas emergenciais, a cautelar tão somente assegura a pretensão, enquanto que a antecipação dos efeitos da tutela realiza a própria pretensão material.

Para Cassio Scarpinella Bueno,¹⁷⁴ essa distinção é correta, até mesmo para servir de diferenciação entre a dinâmica da tutela antecipada e a da tutela cautelar. O pressuposto de *prova inequívoca* é um indicativo de que não é suficiente a formulação retórica do pedido, mas mais do que isso, é necessário que sejam apresentadas provas do que é alegado para basear o pedido.

Entretanto, ao contrário do que ocorre com a diferenciação entre a *prova inequívoca* da tutela antecipada e o *fumus boni iuris* da tutela cautelar, o pressuposto previsto no inciso I do artigo 273 (*dano irreparável ou de difícil reparação*) pode ser assimilado ao *periculum in*

¹⁷² DINAMARCO, 1996, p. 145.

¹⁷³ BEDAQUE, 1998, p. 282.

¹⁷⁴ BUENO, 2012, v. 4, p. 41.

mora da tutela cautelar, que é sempre presente nas “cautelares genuínas”, conforme será discorrido no item seguinte.

Por fim, a tutela antecipada somente poderá ser concedida mediante requerimento das partes; diferentemente, as medidas cautelares podem ser determinadas sem requerimento, com base no poder geral de cautela e desde que já se tenha iniciado o processo.

2.3.1 Quadro comparativo de diferenças entre a tutela cautelar e a tutela antecipada¹⁷⁵

Adotando-se a teoria majoritária, tem-se o quadro comparativo abaixo entre a tutela cautelar e a tutela antecipada. Note-se, ainda, que nas situações em que o autor se referir à tutela cautelar, trata-se daquilo que usualmente se denomina de “cautelares propriamente ditas”.

Quadro 2 – Comparação entre tutela cautelar e tutela antecipada

DIFERENÇAS	TUTELA CAUTELAR	TUTELA ANTECIPADA
Natureza	Conservativa	Satisfativa
Autonomia procedimental	Há	Não há
Grau de convencimento	Alta probabilidade (<i>fumus boni iuris</i>)	Altíssima probabilidade (<u>prova inequívoca da verossimilhança</u>)
Proteção	Ao direito processual (ao processo principal)	Ao direito material (à pessoa)
Tutela de urgência	Sempre	Na hipótese do artigo 273, I do Código de Processo Civil.

Fonte: MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Procedimentos Cautelares e Especiais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 42.

¹⁷⁵ MEDINA; ARAÚJO; GAJARDONI, op. cit., p. 42.

2.4 A urgência como elemento comum entre a tutela cautelar e a tutela antecipada: uma primeira aproximação

Tendo o Estado assumido para si o monopólio da jurisdição e, por conseguinte, proibido a autotutela, passa a ser sua obrigação a correta entrega da tutela jurisdicional aos litigantes. De modo que a tutela entregue deve igualar-se a mesma situação fática que se concretizaria, caso houvesse ocorrido o cumprimento espontâneo da obrigação pela parte demandada. Assim, conforme discorrido no Capítulo 1 deste estudo, é responsabilidade do Estado prover instrumentos adequados e eficazes para este fim.

A “tutela antecipada” e a “tutela cautelar” têm sido comumente identificadas como principais técnicas processuais para se garantir a eficácia na entrega da tutela jurisdicional, evitando que ameaças a direitos consolidem-se em lesões. Ambas são, portanto, instrumentos predispostos pelo legislador processual civil de aplicação imediata nos casos em que a urgência na necessidade de entrega de tutela jurisdicional se faz presente.

De acordo com o que fora anteriormente exposto, a principal diferença entre a tutela antecipada e a tutela cautelar encontra-se exatamente na distinção de sua natureza. A primeira *satisfaz*; já a segunda, *conserva*. Ademais, a tutela cautelar, além de diferente conceitualmente, reclama base procedimental própria. O pedido de antecipação dos efeitos da tutela, diferentemente, prescinde de qualquer base procedimental própria, visto que seu pedido será exercitado incidentalmente por meio de requerimento em processo já existente e que se desenvolve validamente.¹⁷⁶

Entretanto, a característica mais relevante da tutela antecipada prevista no artigo 273, I, do Código de Processo Civil, e da tutela cautelar (as cautelares genuínas) é a presença do elemento “urgência”, suficiente para colocá-las em uma mesma categoria: a das tutelas de urgência.

As tutelas de urgência são espécies de tutela jurisdicional, utilizadas para acelerar a eficácia na entrega desta, evitando que o tempo comprometa a sua efetividade. São previstas constitucionalmente no artigo 5º, XXXV, incluídas no rol dos direitos e garantias fundamentais.

Para Piero Calamandrei, para a concessão de tutela cautelar não basta que haja um estado de perigo e que o instrumento utilizado tenha por fim a prevenção de um dano somente temido, mas é necessário, ainda, que, em razão da iminência do perigo, o requerimento

¹⁷⁶ BUENO, 2012, p. 132.

também tenha caráter de *urgência*,¹⁷⁷ de modo que o atraso na entrega da tutela jurisdicional faria com que a eficácia preventiva do procedimento fosse anulada ou prejudicada.

Assim, a tutela cautelar caracteriza-se pela sua função preventiva, somada à sua necessidade de urgência na entrega da prestação jurisdicional e, por fim, à existência do *periculum in mora*, isto é, o perigo de dano que poderá ocorrer caso a entrega da tutela seja condicionada ao exercício do procedimento ordinário, fazendo-se imprescindível a aplicação do procedimento cautelar.¹⁷⁸

O risco está ligado à efetividade da tutela jurisdicional, isto é, à duração do processo e à impossibilidade de a providência jurisdicional ser proferida imediatamente. E o risco que será combatido pela tutela cautelar refere-se à utilidade que a tutela prestada definitivamente representa para o titular do direito, o que significa dizer que o espaço de tempo para o exercício do procedimento ordinário, pode torná-la insignificante e inútil.¹⁷⁹

Desse modo, o *periculum in mora* é característica intrínseca ao procedimento cautelar (cautelares genuínas). Sem ele não há porque recorrer à tutela cautelar, visto que ele representa a própria razão de ser dessa espécie de tutela jurisdicional.

Já no caso da tutela antecipada, o Código de Processo Civil previu, somente em seu inciso I, situação para assegurar o resultado útil do processo. Nestes casos, a sua concessão depende, dentre outros requisitos, da existência de risco à efetividade da tutela jurisdicional final. É exatamente essa urgência que justifica a antecipação dos efeitos da tutela.

Trata-se, assim, de uma situação em que a tutela jurisdicional é antecipada para amenizar a urgência, de modo que é insuficiente a prática de atos que busquem tão somente assegurar o resultado útil do processo.¹⁸⁰ Sem essa antecipação, o processo não produzirá os efeitos desejados pelo sistema. Desse modo, tem-se aqui o fundamento do *periculum in mora*, ou seja, o risco de ocorrência de dano grave ou de difícil reparação, caso a medida antecipatória não seja concedida.¹⁸¹

Diante do exposto, imperioso concluir-se que a previsão contida no artigo 273, inciso I, do Código de Processo Civil, se assemelha à noção de tutela cautelar. Nota-se que, somado à provisoriedade, a antecipação nestes casos tem os mesmos pressupostos das medidas cautelares: perigo de dano e probabilidade de existência do direito.¹⁸² A diferença reside

¹⁷⁷ CALAMANDREI, op. cit., p. 35.

¹⁷⁸ CALAMANDREI, op. cit., p. 37.

¹⁷⁹ BEDAQUE, 1998, p. 155-156.

¹⁸⁰ BUENO, 2012, p. 43.

¹⁸¹ MEDINA; ARAÚJO; GAJARDONI, op. cit., p. 52.

¹⁸² BEDAQUE, 1998, p. 306-307.

somente em relação aos seus objetivos: no caso da tutela antecipada, *satisfazer*; da cautelar, *conservar*.

CAPÍTULO 3

A PERDA DA NECESSIDADE DE UMA AÇÃO CAUTELAR AUTÔNOMA

3.1 A autonomia da tutela cautelar no Código de Processo Civil de 1973

Conforme discorrido no item “2.1.1 Origem da tutela cautelar”, o processo cautelar só foi inserido no direito processual civil brasileiro em 1973, com a promulgação do atual Código de Processo Civil, o qual reservou a essa modalidade de processo todo um Livro.

A necessidade de um processo cautelar surgiu das insuficiências constatadas no Código de Processo Civil anterior de 1939, que se mostrou incapaz para a proteção das situações jurídicas que demandavam uma tutela urgente, uma vez que tal diploma previa tão-somente as denominadas “medidas preventivas”, que não passavam, entretanto, de um princípio mal definido e que fazia nascer inúmeras dúvidas em razão de sua redação ambígua.¹⁸³

O Código atual, fortemente inspirado pela doutrina clássica de Chiovenda e Carnelutti, que proclamavam a existência de uma tríade processual, concebeu três espécies básicas de processo, cada qual com objetivos bem delimitados: conhecer, executar ou conservar. Elevou-se, assim, o *procedimento* cautelar à categoria de espécie de *processo*, conferindo-lhe autonomia e importância igual ao processo de conhecimento e ao processo de execução.¹⁸⁴

Essa autonomia conferida ao processo cautelar é facilmente evidenciada pelo fato de que o resultado obtido neste não torna obrigatória a sua observação no processo principal ao qual serve tutela, isto é, a decisão obtida em sede cautelar não cria um vínculo obrigatório a ser seguido quando da decisão do processo principal.

Aliado às inspirações de Chiovenda e Carnelutti, a ideia de *instrumentalidade* da tutela cautelar defendida por Piero Calamandrei também aparece como possível justificativa da autonomia do processo cautelar.

Na teoria de Piero Calamandrei, o processo conteria uma *função jurisdicional*, uma vez que aquele representa uma série de atos preparatórios que conduzem à aplicação da tutela jurisdicional. O processo não teria em si outra função, senão aquela de preparar a atuação

¹⁸³ SILVA, 1980, p. 80.

¹⁸⁴ SILVA, 1979, p. 3.

final do magistrado, por meio da qual se desenvolve a função jurisdicional. Os efeitos desta, contudo, serão diversos, a depender da natureza do procedimento utilizado.¹⁸⁵

Desse modo, quando concretizada violação a direito, ou mesmo ameaça de violação, fazendo com que o indivíduo titular deste direito se sinta lesado ou insatisfeito, o Estado-juiz poderá ser convocado para que desempenhe a sua *função jurisdicional*. Todavia, para que tal função seja desempenhada da maneira mais efetiva possível, deverá o Estado-juiz exercê-la em conjunto com as demais partes envolvidas no litígio. A esse conjunto de cooperação, poderes, faculdades, deveres, ônus e sujeições, responsáveis por impulsionar essa atividade, dá-se o nome de processo.¹⁸⁶

A doutrina de Giuseppe Chiovenda identifica na concepção de processo três tipos básicos: processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar.¹⁸⁷ Por outro lado, para Calamandrei, “o processo que finaliza um procedimento cautelar não tem uma característica e constante estrutura exterior que permita considerá-lo formalmente como um tipo à parte”.¹⁸⁸

Entretanto, em que pese o fato de não considerar o processo cautelar como um “tipo à parte”, Calamandrei buscou identificar uma característica que pudesse ser tida como única deste procedimento. Analisou, inicialmente, a característica da *provisoriedade*, bem como da necessidade de existência do “*periculum in mora*” para a sua aplicação, sem, contudo, chegar à conclusão de que estas seriam as características diferenciadoras e exclusivas do procedimento cautelar.

Calamandrei conclui, então, que a característica exclusiva dos procedimentos cautelares é a *instrumentalidade*, uma vez que estes nunca são um fim em si mesmos, mas nascem, em verdade, “a serviço de um procedimento definitivo”,¹⁸⁹ de modo que sua função é preparar os meios mais adequados para o êxito do procedimento principal. A *instrumentalidade* é, pois, o caráter que melhor distingue o procedimento cautelar, uma vez que esta espécie de procedimento, além de não aspirar tornar-se definitivo, está, em verdade, destinada a desaparecer.¹⁹⁰

Desse modo, na lógica de Calamandrei, os procedimentos cautelares teriam a finalidade de assegurar, de modo imediato, a eficácia do procedimento definitivo, e este sim

¹⁸⁵ CALAMANDREI, op. cit., p. 17-18.

¹⁸⁶ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 29. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 46.

¹⁸⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 2002.

¹⁸⁸ CALAMANDREI, op. cit., p. 18.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 42.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 41.

seria o instrumento para a aplicação do direito. Nesse sentido, se a tutela cautelar é o instrumento adequado para a proteção da eficácia do procedimento definitivo, que, por sua vez é o instrumento adequado para a aplicação do direito, aquela seria, então, um “instrumento do instrumento”:

Se todos os procedimentos jurisdicionais são um instrumento de direito substancial que, através destes, se cumpre, nos procedimentos cautelares verifica-se uma instrumentalidade qualificada, ou seja, elevada, por assim dizer, ao quadrado: estes são de fato, infalivelmente, um meio predisposto para o melhor resultado do procedimento definitivo, que por sua vez é um meio para a aplicação do direito; são portanto, em relação à finalidade última da função jurisdicional, *instrumentos do instrumento*.¹⁹¹

Desse modo, a *instrumentalidade* seria o caráter constante e típico dos procedimentos cautelares capaz de diferenciá-los das demais modalidades de procedimento, podendo ser tida como a causa de Alfredo Buzaid entender o processo cautelar como um *tertium genus*, justificando-se, à época, a necessidade de lhe conferir autonomia, bem como de lhe dedicar todo um Livro do Código de Processo Civil.

3.2 A instrumentalidade do processo e a busca pela efetividade

Entretanto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, novas luzes foram trazidas ao estudo, análise e sistematização do direito, de modo a fazer nascer novas preocupações que igualmente foram sentidas no plano do direito processual civil. Surgiu, assim, uma tendência ao abandono de uma visão única, exclusivamente técnica deste, para se passar à ideia de que o processo civil busca necessariamente determinados fins, objetivos, valores e escopos que, em verdade, lhe são extrínsecos. Esses fins, objetivos, valores e escopos são, pois, exteriores ao processo civil, mas por ele devem ser alcançados e realizados.¹⁹²

Na doutrina brasileira, Cândido Rangel Dinamarco, em “*A Instrumentalidade do processo*”¹⁹³, traz a ideia de que tanto o direito processual civil e, especialmente o processo, somente podem ser concebidos como *instrumentos* a serviço do direito material.

Segundo o autor mencionado, vivencia-se, atualmente, um momento metodológico do direito processual civil, cuja principal característica é a consciência da extrema relevância do

¹⁹¹ CALAMANDREI, op. cit., p. 42.

¹⁹² BUENO, 2013a, p. 92.

¹⁹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

caráter instrumental do processo, de modo que a *instrumentalidade* pode ser tida como polo de irradiação de ideias e coordenador dos diversos institutos, princípios e soluções.¹⁹⁴ Assim, essa retomada de uma consciência teleológica do direito processual civil possibilita, pois, o correto direcionamento do sistema e a adequação do instrumento que o compõe, para que a produção dos resultados esperados seja mais facilmente alcançada.

Como o processualista de hoje se fez sensível aos grandes problemas jurídicos, sociais e políticos de seu tempo, interessando-se em obter soluções que sejam adequadas, tornou-se possível, em grande parte, o abandono da preocupação em definir e discutir conceitos inerentes ao direito processual civil, uma vez que tais conceitos já estão bem consolidados e a discussão acerca deles já se mostrou satisfatória, não mais se justificando a clássica postura metafísica de investigações conceituais sem uma finalidade constituída.¹⁹⁵

Desse modo, o processo, como todo instrumento, só será corretamente compreendido com o estudo de suas finalidades, ou como denomina Dinamarco, de seus *escopos*, de modo que a aferição da utilidade do processo só tem condições de ser analisada na proporção em que seus fins sejam conhecidos, para se constatar se estes foram alcançados ou não.¹⁹⁶ Assim, a usual afirmação de que o processo é um *instrumento*, além de vaga, pouco acrescenta ao conhecimento do próprio processo enquanto não for acompanhada da indicação dos objetivos que por ele devem ser alcançados.

Todo instrumento, como tal, é *meio*; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos *fins* a que se destina. O raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos *escopos* do processo, ou seja, dos *propósitos* norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam. (...) Fixar os *escopos* do processo equivale, ainda, a revelar o grau de sua *utilidade*.¹⁹⁷

Nesse diapasão, todo instrumento é *meio* e só será legitimado para tal em função dos *fins* a que se destina. Desse modo, a fixação dos *escopos* aos quais o processo deve servir garante a sua utilidade, uma vez que esta somente poderá ser medida e avaliada, na medida em que for possível aferir quais são os fins que o processo deve atingir e em que proporção estes fins podem ser alcançados. E, segundo Dinamarco, o processo teria três tipos de *escopos*: **sociais, políticos e jurídicos**.

De forma simplificada, os *escopos sociais* relacionam-se com a ideia de paz social, isto é, de permitir aos cidadãos e à toda a sociedade as fruições garantidas desde o plano do

¹⁹⁴ DINAMARCO, 2013, p. 22.

¹⁹⁵ Ibidem, p. 22.

¹⁹⁶ BUENO, 2013a, p. 92.

¹⁹⁷ DINAMARCO, 2013, p. 177.

direito material. Implica dizer que o próprio Estado necessita do processo para que seja possível a realização de seus próprios valores, objetivos e finalidades. Os *escopos políticos*, são evidenciados na necessidade de o Estado ter meios para afirmar a sua autoridade e o seu poder, buscando atingir suas finalidades públicas. Em razão de sua própria definição, também se faz lógica a inclusão, nos escopos políticos, da participação dos destinatários da atividade estatal. E, finalmente, os *escopos jurídicos* podem ser identificados nos próprios institutos processuais, bem como seu desenvolvimento, visando ao atendimento de objetivos mais amplos: os escopos sociais e os escopos políticos.

Entretanto, para a correta compreensão dos escopos jurídicos, é necessária uma releitura dos institutos processuais, para que estes sejam entendidos de acordo com seu contexto e função, visto que não é razoável fixar os escopos sociais e políticos como meta, se os meios para que sejam atingidos fiquem distanciados das necessidades evidenciadas no plano fático.

Em razão disso, Dinamarco alerta para o que ele denomina de “instrumentalidade no seu aspecto negativo”, que corresponde às deformações ou exageros que derivam da identificação dos escopos da jurisdição. Trata-se, pois, do tratamento do processo fora de seu contexto, dando-se mais atenção às próprias estruturas do processo, do que àquilo que se encontra fora dele: os escopos sociais e políticos.

Importante, contudo, frisar que o repúdio à “instrumentalidade no seu aspecto negativo” não se trata de renúncia à autonomia do direito processual, ou mesmo aos seus princípios já bem consolidados. A questão a que Dinamarco nos leva a refletir é que a autonomia do processo não deve implicar o seu total isolamento e o seu culto como um valor em si mesmo.¹⁹⁸

Uma excessiva preocupação com os temas processuais auxilia no esquecimento do processo enquanto instrumento. Ademais, tal postura fortalece o formalismo, ignorando-se a ideia de que as formas representam tão-somente meios preordenados para atender aos objetivos específicos referentes a cada momento processual.¹⁹⁹

Nesse diapasão, é de se questionar se a divisão “tutela cautelar/tutela antecipada”, conferindo-se à primeira todo um procedimento autônomo, não poderia representar uma espécie de “instrumentalidade em seu aspecto negativo”, uma vez que tal divisão acaba gerando problemas práticos no cotidiano forense, acabando, por vezes, por tornar o processo ineficaz, conforme será demonstrado em análise jurisprudencial realizada mais adiante.

¹⁹⁸ DINAMARCO, 2013, p. 316.

¹⁹⁹ Ibidem, p. 316.

3.3 Fungibilidade entre as tutelas de urgência: entendimentos doutrinários

Na prática forense cotidiana, a diferenciação entre a tutela antecipada e a tutela cautelar não se faz tão clara, de modo que podem ocorrer dúvidas entre quais destes dois instrumentos processuais é o mais adequado ao caso. Até porque, em última análise, em determinados casos, a tutela cautelar poderia fazer as vezes de uma tutela antecipada parcial. Por exemplo, no caso em que se requer cautelar para sustação de protesto de título, trata-se também de um dos efeitos buscados com a tutela final. É certo que o que se buscará prioritariamente no processo de conhecimento será o reconhecimento de nulidade do título que originou o protesto, contudo, a sua sustação também é um dos efeitos almejados pelo requerente.

Desse modo, nem sempre é possível definir claramente se, no caso concreto, a medida mais adequada a ser utilizada é a cautelar, que deve ser requerida em procedimento próprio, ou a antecipatória.²⁰⁰

Todavia, por se tratarem de situações urgentes, não seria coerente requerer ao demandante que propusesse nova ação para a correção do erro procedimental cometido. Desse modo, como doutrina e jurisprudência não conseguiam atingir um consenso acerca do critério diferenciador entre as duas tutelas, foi instituída a *fungibilidade* entre elas no direito processual civil brasileiro.

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 ao jurisdicionado, o qual, ao bater nas portas do Judiciário, passou a ver seu pleito indeferido por questões técnicas, formais, indiferentes ao *fato* que reclamava a concessão de tutela jurisdicional, independentemente de seu *nome*, *natureza* ou critério classificatório.²⁰¹

Ademais, como cada magistrado tinha sua própria convicção acerca da natureza de um determinado pleito, por vezes o que acabava ocorrendo eram situações em que o jurisdicionado tinha negada a sua demanda por um magistrado que compreendia ser caso de tutela cautelar. Logo, o jurisdicionado propunha nova demanda, desta vez em procedimento cautelar, que também era negada por magistrado diverso que, por sua vez, entendia tratar-se de aplicação da tutela antecipada, levando ao completo desamparo de alguns jurisdicionados por parte do Poder Judiciário.

²⁰⁰ MEDINA; ARAÚJO; GAJARDONI, op. cit., p. 52.

²⁰¹ BUENO, 2012, p. 136.

Assim, para estes casos, buscando-se evitar o prejuízo para aquele que se socorre da jurisdição, o legislador processual brasileiro acrescentou ao artigo 273, do Código de Processo Civil, o § 7º que prevê a fungibilidade entre estas tutelas.²⁰² Desse modo, nas zonas limítrofes ou cinzentas entre os dois institutos, a lei autoriza que o magistrado aplique o *princípio da fungibilidade*, recebendo o pedido antecipatório como cautelar incidental, de modo a deferir a correspondente proteção.²⁰³

O que importa para o sistema constitucional é que ameaças e lesões a direitos sejam coibidas e solucionadas – devendo prevalecer o conteúdo sobre a forma –, bem como que existam técnicas capazes de prover a correta tutela jurisdicional pleiteada, independentemente de seu rótulo.

As dificuldades encontradas na prática acabaram, assim, atentando aos olhos do legislador processual civil, que, em 2002, com a Lei 10.444, inseriu o §7º no tão outrora revolucionário artigo 273, do Código de Processo Civil, permitindo, assim, a fungibilidade entre as tutelas antecipada e cautelar.

Entretanto, em que pese o avanço obtido com a instituição dessa fungibilidade, a redação do dispositivo restou imprecisa, haja vista que a disposição legal trata tão somente dos casos em que o indivíduo requer tutela cautelar como tutela antecipada. Isto é, não há disposição acerca da possibilidade de a recíproca ser igualmente permitida.

Assim, a leitura literal do parágrafo deixa clara a impossibilidade da conversão da tutela cautelar em tutela antecipada. Tal interpretação, contudo, merece ser afastada em respeito ao disposto na Constituição, visto que não é permitido ao legislador infraconstitucional criar situações que afastem determinados casos da apreciação tempestiva do Poder Judiciário, mormente em razão do disposto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.²⁰⁴

No mesmo sentido é a orientação de Luiz Guilherme Marinoni acerca da possibilidade da denominada “fungibilidade de mão dupla”, pois não existindo erro grosseiro do postulante, isto é, havendo dúvida fundada e razoável quanto à natureza da tutela, a ideia de fungibilidade

²⁰² “Art. 273 (...)§ 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. Código de Processo Civil (1973). **Código de Processo Civil**: promulgado em 11 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 04 set. 2015.

²⁰³ MEDINA; ARAÚJO; GAJARDONI, op. cit., p. 45.

²⁰⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos. São Paulo: Saraiva, 4ª ed., 2012, v. 4, p. 138.

deverá ser aplicada, uma vez que o seu objetivo é o de evitar maiores danos enquanto se discute qual procedimento é cabível.²⁰⁵

No plano fático, é indiferente à tutela de urgência que a medida seja concedida a título de tutela antecipada ou cautelar. O que é imprescindível para o adequado exercício da atividade jurisdicional é que se defira a tutela quando ela deve ser prestada imediatamente.²⁰⁶

Desse modo, o que há de relevante no dispositivo então estudado, é a previsão de que a forma de um ato processual não pode frustrar o atingimento de sua finalidade substancial, visto que o objetivo primordial do § 7º, do artigo 273, é que o Estado-juiz preste tutela às situações de ameaça, sem ater-se ao elemento *forma* (“instrumentalidade das formas”). Presentes as condições e requisitos para o rompimento da inércia jurisdicional, bem como os requisitos da tutela antecipada ou da tutela cautelar, não há óbice para que uma seja convertida na outra (e vice-versa), visando-se a rápida entrega da prestação jurisdicional.

Mister concluir-se que a fungibilidade prevista pelo § 7º deve ser considerada amplamente, de modo a permitir também a recíproca entre as tutelas antecipada e cautelar, buscando atingir ponto ótimo de efetividade na prestação da tutela jurisdicional. Trata-se daquilo que se convencionou denominar de *fungibilidade de mão-dupla*. Desse modo, não existe fungibilidade de mão única, caso contrário não se trataria de fungibilidade.

O duplo sentido vetorial da fungibilidade evidencia, em última análise, a ideia de que o juiz não está adstrito à qualificação jurídica proposta pelo autor, mas sim pelos fatos por este narrados, bem como ao pedido feito, importando tão somente que os fatos narrados sejam capazes de conduzir ao resultado almejado.²⁰⁷

A única observação a ser feita é que, quando da concessão de tutela antecipada (que fora pleiteada como cautelar), o processo cautelar deverá também ser convertido em processo de conhecimento, caso contrário haveria incompatibilidade lógica de se continuar o processo como sendo cautelar, já que os pedidos antecipatórios não se processam de forma autônoma.²⁰⁸

Toda essa análise decorre, principalmente, do disposto no artigo 284 do Código de Processo Civil atual,²⁰⁹ segundo o qual é dever do magistrado sanear eventuais defeitos

²⁰⁵ MARINONI, 2011, p. 130.

²⁰⁶ MEDINA; ARAÚJO; GAJARDONI, op. cit., p. 46-47.

²⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma da Reforma**. São Paulo: Malheiros, 2003.

²⁰⁸ MEDINA; ARAÚJO; GAJARDONI, op. cit., p. 47.

²⁰⁹ “Art. 284. Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias”. BRASIL. Código de Processo Civil (1973). **Código de Processo Civil**: promulgado em 11 jan. 1973. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 04 set. 2015.

formais presentes na petição inicial, mesmo que tais defeitos possam refletir, posteriormente, no procedimento a ser aplicado.²¹⁰

Assim, para os casos em que for requerida tutela antecipada a título de tutela cautelar, deverá o juiz, diante da situação de urgência, deferir a tutela antecipada, requerendo, contudo, que a petição seja emendada para dela constar o pedido principal que será prestado ao final da demanda em caso de procedência. Todavia, essa solução somente é possível quando o magistrado se convencer, por meio de prova inequívoca da verossimilhança da alegação.

Em suma, o que é relevante é que o magistrado consiga, seja pela tutela antecipada, seja pela tutela cautelar, imunizar os riscos, evitando-se que a ameaça se torne lesão e produza danos. Diante de situações de perigo e de plausibilidade do direito alegado, é dever do juiz tomar medidas aptas a imunizar a ameaça, mesmo que para isso determine a satisfação imediata do direito por meio da concessão de tutela antecipada.

Ressalte-se, contudo, mais uma vez, que para a realização dessas conversões é necessário que estejam presentes os pressupostos de cada uma das tutelas, pois não é sempre que há sua coincidência.

Conforme evidenciado no capítulo anterior, os pressupostos da tutela cautelar são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, bem como a possibilidade de reverter a medida concedida, diferentemente, para a concessão da tutela antecipada, que poderá ser de urgência (inciso I do artigo 273) ou não (inciso II do art. 273). Os casos do inciso II não são abrangidos pela fungibilidade prevista pelo § 7º do respectivo dispositivo, pois não há necessidade de uma rápida intervenção. Para as hipóteses do inciso I, isto é, aquelas situações que reclamam uma atuação imediata do Poder Judiciário, além da *prova inequívoca da verossimilhança da alegação*, é preciso que também se faça presente o *periculum in mora*.

Conforme demonstrado anteriormente, o *periculum in mora* da tutela cautelar e o da tutela antecipada correspondem e se equivalem, pois ambos evidenciam situações em que o tempo derivado de uma ameaça a um direito é inferior ao tempo necessário para o exercício de cognição exauriente.

Contudo, em relação ao *fumus boni iuris* e à *prova inequívoca da verossimilhança* não há essa igualdade de conceituação, visto que se entende a existência de graus de convencimento e nesta escala o pressuposto da tutela antecipada seria superior (mais intenso) do que o pressuposto da tutela cautelar.

²¹⁰ BUENO, 2012, p. 139.

E é justamente por prever essa fungibilidade entre tutela antecipada e tutela cautelar que o § 7º, do artigo 273, demonstra a diferença entre estas tutelas, pois “*somente coisas distintas podem ser confundidas*”. O dispositivo busca tão somente ressaltar a possibilidade de se conceder tutela urgente nos processos de conhecimentos quando houver dúvida fundada e razoável quanto à sua natureza.²¹¹

Portanto, evidente que os pressupostos da tutela antecipada são, em última análise, mais rígidos que os pressupostos para a concessão da tutela cautelar. Para a proteção “cautelar” é suficiente que haja mera “aparência do bom direito”;²¹² já para a antecipação dos efeitos da tutela é preciso algo mais profundo, justamente em razão de sua natureza *satisfativa*.

Na práxis forense, difícil é a distinção entre estes dois pressupostos de convencimento, cabendo sempre ao prudente arbítrio do magistrado, diante da necessidade de jurisdição de urgência, decidir-se pela possibilidade ou não de concessão da tutela antecipada, mediante a análise dos elementos fáticos que lhe são apresentados para a formação de seu entendimento.

Desse modo, nas situações em que for pleiteada tutela antecipada a título de tutela cautelar, a melhor orientação ao magistrado é a concessão daquela (tendo em vista a urgência), devendo, se for o caso, requerer que a petição seja emendada para que o autor demonstre tratar-se de algo superior ao *fumus boni iuris*, caso ainda o juiz não tenha se convencido.

O que basta – desprezadas as diferenças *quantitativas* e *qualitativas* de graus de convicção que podem, consoante o caso (e é isto que importa), comprometer a *necessidade* de atuação urgente do magistrado – é que o magistrado entenda *suficientemente* que o requerente da tutela jurisdicional apresenta-se com *mais* razão do que seu adversário e que o seu pedido justifica-se diante de uma situação de *urgência*.²¹³

Para Luiz Guilherme Marinoni, a fungibilidade das tutelas de urgência exige ainda que o erro perpetrado pelo demandante seja escusável, ou seja, a ideia de fungibilidade prevista pelo § 7º pressupõe duas espécies de providências distintas que possam ser confundidas racional e justificadamente, devendo a dúvida ser objetiva e razoável.²¹⁴

²¹¹ MARINONI, 2012, p. 70.

²¹² BUENO, 2012, p. 143.

²¹³ Ibidem, p. 145.

²¹⁴ MARINONI, 2012, p. 70.

3.4 Análise de casos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça

3.4.1 Método

Após o estudo acerca dos dois institutos processuais analisados (tutela cautelar e tutela antecipada), bem como uma comparação entre estes, apontando semelhanças e diferenças, fez-se necessário o estudo do posicionamento da doutrina e da jurisprudência no que diz respeito à sistematização destes institutos sob os termos de “tutelas de urgência” e a existência de fungibilidade entre eles. Assim, feita a análise do posicionamento doutrinário, passe-se, agora, à análise do posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema.

Uma vez definido o objetivo da pesquisa jurisprudencial a ser perpetrada, optou-se pela metodologia qualitativa, tendo em vista o caráter exploratório do trabalho a ser empreendido. Assim, de forma indutiva, as abstrações a serem formuladas serão construídas a partir dos dados, haja vista que, ao planejar-se desenvolver uma posição acerca do tema, tal quadro teórico será construído aos poucos, à medida que os dados forem coletados e analisados.

A pesquisa qualitativa comporta várias maneiras de se prosseguir, entretanto, para o presente capítulo optou-se pela *pesquisa documental*. A pesquisa a ser realizada, portanto, pode ser classificada como qualitativa documental, uma vez que foram analisados ementas e acórdãos, visando compreender se, com base na ideia de *instrumentalidade do processo*, bem como admitindo-se a *fungibilidade das tutelas de urgência*, é possível deduzir que também a jurisprudência já indica traços que demonstrem uma aceitação da ideia de sistematização dos dois institutos analisados como espécies do gênero “tutelas de urgência”.

Para tanto, fez-se necessária uma análise acurada na escolha dos documentos a serem analisados, uma vez que tal escolha não podia se dar de maneira aleatória, mas sim em função de algum propósito, ideia ou hipótese. Desse modo, optou-se pela análise das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e pelo Superior Tribunal de Justiça; o primeiro por fazer parte da realidade na qual o presente estudo se insere e o segundo por ser a Corte responsável pela uniformização da interpretação jurisprudencial.

3.4.2 Acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

3.4.2.1 Caracterização da amostra

Para a pesquisa realizada no *site*²¹⁵ do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, foram, inicialmente, utilizados os termos “tutelas de urgência” e “fungibilidade”, utilizando-se o conectivo “e”, para que os resultados a serem obtidos abarcassem ambas as expressões. Entretanto, foram obtidos 1245 julgados e, muitos deles, sequer tinham relação com o tema estudado.

Desse modo, fez-se necessária a adequação da pesquisa para que ela fosse melhor direcionada. Inseriu-se, assim, o termo “instrumentalidade”, para que fosse possível identificar alteração da jurisprudência, isto é, se esta passou a priorizar a celeridade e utilizar a ideia de *instrumentalidade do processo*, como justificativa para a aplicação da fungibilidade das tutelas de urgência.

Com relação aos termos utilizados, cabe, ainda, mencionar que se tentou incluir os termos “tutela cautelar” e “tutela antecipada” na pesquisa, entretanto, a inclusão destes limitou em demasiado o seu resultado (uma vez que, em várias acórdãos, o termo utilizado era “antecipação dos efeitos da tutela”, “antecipação da tutela”, “tutela acautelatória”, etc.), razão pela qual optou-se em permanecer com os termos outrora utilizados, isto é, “tutelas de urgência”, “fungibilidade” e “instrumentalidade”, todos ligados pelo conectivo “e”.

Da utilização dos três termos acima indicados, foram obtidos 103 resultados, em pesquisa realizada em 22 de julho de 2015 e, atualizada até dia 13 de agosto de 2015. Informe-se, contudo, que da amostra, 3 julgados foram descartados, pois consistiam em *embargos à declaração* e, segundo prevê o artigo 535, do Código de Processo Civil atual, esses recursos visam sanar obscuridades, contradições ou omissões nas sentenças ou acórdãos e não se prestam à rediscussão dos fundamentos da decisão, nem à verificação da justiça ou injustiça desta, de modo que tais documentos não são os mais interessantes à análise aqui perpetrada.

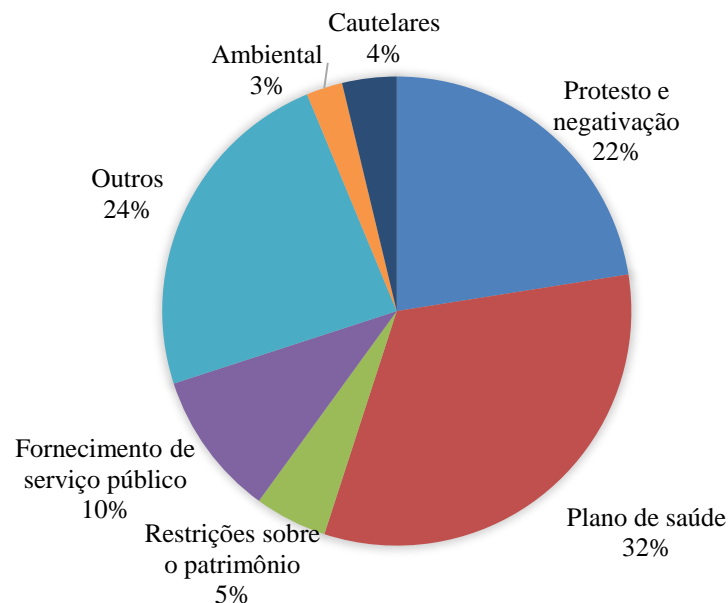
Frise-se, ainda, que não foi necessária a utilização de limitação temporal, uma vez que o §7º, foi inserido no artigo 273, do Código de Processo Civil, somente em 07 de maio de 2002, pela Lei 10.444, de modo que somente um dos acórdãos era anterior a esta data, tendo sido também excluído da análise aqui perpetrada.

²¹⁵ Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. Acesso em: 13 ago. 2015.

Dos documentos restantes a serem analisados, todos foram lidos em sua íntegra. Contudo, 22 deles tratavam de assuntos diversos do tema aqui estudado, uma vez que discorriam acerca da fungibilidade recursal, fungibilidade entre medidas cautelares, entre outros.

Restando, assim, 77 acórdãos para serem analisados, após a leitura de todos eles na íntegra, foi possível sua divisão em cinco grandes temas, isto é, foram agrupados em razão da controvérsia da qual tratavam, obtendo-se, assim, o seguinte gráfico:

GRÁFICO 1 - GRANDES TEMAS



Fonte: Julgados do TJSP. Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. Acesso em: 13 ago. 2015.

Analisando-se o gráfico, tem-se que o assunto mais recorrente no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo relacionado às *tutelas de urgência* diz respeito à negativa de planos de saúde em custear a realização de tratamento médico/cirurgia ou negativa no fornecimento de material necessário à realização de determinado procedimento cirúrgico (26 julgados). Em seguida, também é bastante frequente a demanda em razão de protesto ou negativação indevidos (18 julgados). Ainda, há decisões acerca de corte/manutenção de serviços públicos, como o fornecimento de água e energia elétrica (8 julgados). Com relação aos casos em que se analisa restrição patrimonial a incidência é relativamente baixa (4 julgados). Em seguida, há 3 julgados que tratam de ações cautelares típicas e 2 que consistem em análise de questões ambientais. Finalmente, na categoria “outros” foram incluídos julgados, cujo tema não superava o número de 1. A exemplo, são julgados que tratam de improbidade administrativa,

impedimento de utilização de nome e marca, direito de vizinhança, recondução à administração de empresa, entre outros.

Frise-se, ainda, que, em razão dos termos utilizados, muitos dos resultados obtidos discorriam acerca da *instrumentalidade das medidas cautelares* e, não propriamente, da ideia de *instrumentalidade do processo*. Desse modo, dos 77 julgados analisados e lidos em sua íntegra, 43 deles traziam a ideia de *instrumentalidade do processo* ou de *instrumentalidade das formas e efetividade do processo*, sendo que 37 deles, ao final, acabaram por aplicar a fungibilidade das tutelas de urgência.

Da análise dos 77 julgados, foi, ainda, possível identificar alguns problemas na aplicação da fungibilidade das tutelas de urgência, são eles: (i) há casos em que ainda não se há uniformidade acerca da medida mais adequada a ser aplicada, prolongando-se, assim, uma discussão inútil em sede recursal; (ii) uma vez concedida tutela antecipada no lugar da tutela cautelar que havia sido demandada pela parte, permanecem dúvidas quanto à necessidade de ajuizamento de ação principal; e (iii) a jurisprudência não se mostrou uniforme quanto à possibilidade de aplicação de uma fungibilidade de “mão-dupla”.

Feitas estas considerações, passa-se à análise dos casos mais interessantes e que indicavam o reconhecimento das tutelas de urgência como um gênero do qual seriam espécies a tutela cautelar e a tutela antecipada, bem como à análise dos três problemas elencados.

3.4.2.2 *Estudo dos casos: o reconhecimento das tutelas de urgência como gênero*

Da leitura dos documentos da amostra de pesquisa, notou-se que alguns julgados analisados já reconheciam a desnecessidade de uma ação cautelar autônoma, citando, inclusive, a sistematização adotada pelo Novo Código de Processo Civil, como é o caso do Agravo de Instrumento de número 2011089-64.2015.8.26.0000.²¹⁶ *In casu*, o autor requereu medida cautelar de sustação de protesto, entretanto, com base no princípio da *instrumentalidade das formas*, julgou o magistrado mais adequada a aplicação da fungibilidade das tutelas de urgência, facultando ao autor a emenda da inicial para a transformação do rito em ordinário, para a posterior análise dos requisitos da tutela antecipada, conforme pode ser verificado do seguinte trecho extraído do acórdão:

²¹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento 2011089-64.2015.8.26.0000**. Desembargador Relator: Melo Colombi. São Paulo. J. em: 26 fev. 2015. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8236121&cdForo=0>. Acesso em: 22 jul. 2015>. (grifei).

A distinção rígida entre a tutela antecipada e a liminar cautelar sempre foi permeada de inúmeras discussões. **No projeto do novo Código de Processo Civil, essas tutelas são sincretizadas e denominadas “tutelas de urgência”.** Embora a parte possa escolher validamente o ajuizamento da cautelar para, posteriormente, propor a ação principal, não se observa nenhuma ilegalidade ou irregularidade a impedir que o feito principal seja desde logo aberto, evitando-se inúmeros atos judiciais, simplificando todo o tramitar do feito, economizando etapas, funcionários, tempo. (...)

Como se vê, então, nenhuma irregularidade se observa na determinação de emenda da inicial. Em verdade, a parte é beneficiada com o tramitar único do feito, não precisando preocupar-se com intimações de dois feitos distintos.

Igualmente, a Apelação de número 0012095-34.2012.8.26.0619²¹⁷ faz referência ao Projeto de Novo Código de Processo Civil, tendo sua decisão proferida em 29 de julho de 2014, momento em que o projeto se encontrava, ainda, em análise do Congresso Nacional. Trata-se de controvérsia, na qual demanda o autor tutela cautelar para que o plano de saúde outrora contratado seja condenado a custear procedimento médico. Vencida em primeira instância, a parte contrária interpôs recurso de apelação, alegando falta de interesse de agir na modalidade “adequação”, tendo em vista que fora proposta medida cautelar, quando, em verdade, a tutela requerida tinha natureza satisfativa, ou seja, de antecipação de tutela. Em razão da suposta falta de interesse de agir, a apelante requereu a extinção do feito.

Contudo, em que pese a irrisignação da apelante, entendeu o desembargador que a extinção do processo representaria uma ofensa à instrumentalidade inerente a este, devendo, pois, ser aplicada a fungibilidade das tutelas de urgência, para conceder-se a tutela antecipada, conforme é possível conferir do trecho extraído de seu inteiro teor:

Entretanto, **a extinção do processo sem julgamento de mérito seria um desprezo à instrumentalidade do processo, uma vez que este deve ser entendido como um fim para alcance da tutela jurisdicional efetiva,** sempre com respeito ao contraditório e à ampla defesa.

(...)

Não por outro motivo, é consagrada no Direito brasileiro a fungibilidade entre a tutela cautelar e antecipatória, **sendo que o Projeto de Novo Código de Processo Civil, em votação atualmente nas Casas Legislativas, prevê as medidas de urgência de forma conjunta, sem fazer distinção entre as tutelas cautelar e antecipada.**

(...)

Assim, ainda que proposta medida cautelar quando a hipótese mais adequada seria a de ação de conhecimento com pedido antecipatório, presentes os requisitos e aproveitando-se a petição inicial, possível a concessão da tutela de urgência e prosseguimento da ação com aprofundamento da cognição visando o julgamento do pedido de forma final.

²¹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação 0012095-34.2012.8.26.0619.**

Desembargadora Relatora: Mary Grün. São Paulo. J. em: 19 ago. 2014. Disponível em:

<<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=7716172&cdForo=0>>. Acesso em: 22 jul. 2015. (grifei).

Nesse diapasão, também foram identificados, apesar de não ser citada explicitamente a sistematização adotada pelo Novo Código de Processo Civil, casos em que se reconheceu que a tutela cautelar e a tutela antecipada são espécies de um gênero mais amplo: o das tutelas de urgência.

Este foi o caso, por exemplo, da Apelação de número 0001402-07.2011.8.26.0431.²¹⁸ No caso, o autor propôs “ação cautelar inominada preparatória”, visando o reconhecimento de ilegalidade no procedimento de eleição da nova diretoria da associação apelada, alegando que “o Estatuto não está devidamente registrado no órgão competente”, dentre outras ilegalidades no procedimento eleitoral por ele apontadas. Ao final, entendeu o magistrado de que não se tratava de caso em que faltava interesse de agir, porquanto:

A tutela sumária ou de urgência é um gênero, do qual constituem espécies a tutela cautelar e a tutela antecipada. **Em face do princípio da instrumentalidade do processo, deve ser admitida a fungibilidade de ambas.**

Foi este também o caso da Apelação de número 9126715-61.2005.8.26.0000,²¹⁹ em que o autor requereu a concessão de tutela cautelar para que fosse autorizado a estacionar dois veículos em sua vaga da garagem, ao invés de somente um, como era autorizado pela administração do edifício. Entretanto, entendeu o magistrado tratar-se de pedido de natureza antecipatória, razão pela qual, com base na *instrumentalidade das formas e da efetividade do processo*, bem como amparado na previsão legal de *fungibilidade entre as tutelas de urgência*, deu provimento ao recurso e converteu a medida cautelar pleiteada em obrigação de fazer, concedendo, assim, tutela para autorizar os autores a colocar dois veículos na vaga destinada à sua unidade:

Assim sendo, diante dos princípios da instrumentalidade das formas e da efetividade do processo, e por questões de economia processual, é perfeitamente admissível a aplicação da fungibilidade das medidas de urgência. Esse entendimento, nada mais é do que **dar ao processo uma visão utilitária, ou seja, conduzi-lo como meio de atuação do Estado, para a efetiva composição da lide, pacificação social e restabelecimento do direito e da Justiça.** Por isso se recomenda que se conheça da ação cautelar inominada como ação de conhecimento de obrigação de fazer, quando assim se faz necessário.

²¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação 0001402-07.2011.8.26.0431.** Desembargador Relator: Paulo Eduardo Razuk. São Paulo. J. em: 09 out. 2012. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6256801&cdForo=0>>. Acesso em: 22 jul. 2015>. (grifei)

²¹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação 9126715-61.2005.8.26.0000.** Desembargador Relator: Miguel Brandi. São Paulo. J. em: 31 ago. 2011. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5378095&cdForo=0>>. Acesso em: 22 jul. 2015. (grifei)

Assim, conforme se pode extrair do trecho acima transcrito do acórdão mencionado, a ideia de *instrumentalidade do processo* norteou todo o pensamento do magistrado quando de sua decisão, uma vez que este entendeu que o processo, instrumento como o é, serve à realização da efetiva composição da lide, à pacificação social e ao restabelecimento do direito e da justiça, em uma clara alusão aos pensamentos de Cândido Rangel Dinamarco.

Finalmente, em alguns acórdãos é até mesmo possível identificar a ideia de uma desnecessidade acerca da discussão sobre a natureza da tutela de urgência demandada, conforme se pode deduzir da Apelação de número 9192864-97.2009.8.26.0000,²²⁰ em que o autor requereu a concessão de tutela cautelar, visando a sustação de protesto, mas o magistrado julgou mais adequada a concessão de medida de natureza antecipatória, entendendo que meras questões de forma não devem consistir em obstáculo à prestação de uma tutela jurisdicional efetiva, caso contrário, ferir-se-ia o direito de acesso à justiça, como se extrai do trecho a seguir transcrito:

O inconformismo da apelante, com a devida vênua do nobre juízo "a quo", comporta provimento. Com efeito, desde que o § 7º foi acrescentado pela Lei nº 10444/02 ao artigo 273 do Código de Processo Civil, a **discussão sobre a natureza da tutela de urgência que é buscada pelo jurisdicionado perdeu sua relevância**, haja vista que essa inserção legislativa - introdutora do princípio da fungibilidade às tutelas de urgência - trouxe pragmatismo ao processo civil cotidiano, especialmente para a solução de questões como a dos autos (medida cautelar de sustação de protesto), considerando-se a razoabilidade a respeito da dúvida sobre a natureza da tutela pretendida, se cautelar ou antecipatória.

(...)

O processo não é um fim em si mesmo. É instrumento voltado à solução de conflitos sociais e à distribuição de Justiça. E se assim é, "**Questões meramente formais não podem obstar à realização de valores constitucionalmente garantidos**", como é, **no caso, o direito de acesso à Justiça em busca de uma tutela jurisdicional.**

Evidencia-se, assim, que a jurisprudência, com base na *instrumentalidade do processo*, entendeu necessária a sistematização da tutela cautelar e da tutela antecipada como espécies do gênero das tutelas de urgência, com aplicação do princípio da *fungibilidade* entre si, como modo de se proporcionar uma tutela jurisdicional efetiva e capaz de tutelar o direito pleiteado, colocando-se o direito de acesso à justiça (incluindo-se aqui a noção de "ordem jurídica justa" de Kazuo Watanabe) acima de questões meramente formais, para se buscar garantir a efetividade do processo.

²²⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação 9192864-97.2009.8.26.0000**. Desembargador Relator: Soares Levada. São Paulo. J. em: 26 nov. 2009. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4217235&cdForo=0>>. Acesso em: 22 jul. 2015. (grifei).

3.4.2.3 Problemas decorrentes da aplicação do princípio da fungibilidade

Feitos este panorama acerca do posicionamento da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acerca da possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade às tutelas de urgência, imprescindível, agora, a análise de eventuais problemas que surgem quando da aplicação prática deste princípio.

Primeiramente, da leitura dos julgados, foi possível a constatação de algumas controvérsias em relação a definição da medida adequada para determinados casos, como ocorre no caso de pedido de sustação de protesto, cuja análise segue abaixo.

No Agravo de Instrumento de número 2131553-20.2015.8.26.0000,²²¹ cuja decisão foi proferida em 16 de julho de 2015, o autor realizou pedido de tutela antecipada por meio do procedimento ordinário para que fosse cancelado o protesto feito contra ele, bem como para retirar seu nome dos órgãos de proteção ao crédito. Entretanto, entendeu o magistrado ser mais adequada a concessão de tutela cautelar. Concedeu, assim, com base na *fungibilidade das tutelas de urgência*, por sua vez amparada na ideia de *instrumentalidade do processo*, tutela cautelar para que fosse sustado o protesto.

Por outro lado, no Agravo de Instrumento de número 2048326-35.2015.8.26.0000,²²² cuja decisão foi proferida em 25 de maio de 2015, o autor requereu medida cautelar, visando sustação de protesto. O juiz, contudo, entendeu tratar-se de caso de aplicação de tutela antecipada e, apesar de reconhecer a possibilidade de *fungibilidade das tutelas de urgência*, diante da ausência de prova inequívoca da verossimilhança da alegação (requisito mais rigoroso do que o *fumus boni iuris* da tutela cautelar), negou provimento ao recurso.

Desse modo, é possível concluir que tanto o jurisdicionado, como o Judiciário não mantêm uma posição fixa acerca da natureza da medida a ser aplicada ao caso em que é requerida a sustação de protesto, isto é, há, ainda, confusão acerca do instituto a ser aplicado na prática. Ora, tendo as decisões sido proferidas com menos de dois meses de lapso temporal entre uma e outra, conclui-se que, em determinados casos, a jurisprudência do Tribunal analisado não é pacífica quanto a determinados casos envolvendo o pedido de sustação de protesto.

²²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento 2131553-20.2015.8.26.0000**. Desembargador Relator: Roberto Mac Craken. São Paulo. J. em: 16 jul. 2015. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8630465&cdForo=0>>. Acesso em: 22 jul. 2015.

²²² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento 2048326-35.2015.8.26.0000**. Desembargador Relator: Paulo Barcellos Gatti. São Paulo. J. em: 25 mar. 2015. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8498527&cdForo=0>>. Acesso em: 22 jul. 2015.

Em segundo lugar, em muito julgados encontrou-se a seguinte dúvida: a concessão de tutela antecipada por meio de rito cautelar, no qual fora demanda a concessão de medida cautelar, não pode acabar por ferir o devido processo legal? Daí decorre a questão de haver necessidade ou não de propositura de ação principal nos casos em que foi requerida medida cautelar, mas o magistrado concedeu tutela antecipada.

Dos casos analisados, em 11 deles foi discutida a questão de necessidade de propositura ou não de ação principal acima ventilada, sendo que em 5 casos reconheceu-se a necessidade de propositura de ação principal e em outros 6 julgou-se desnecessária fazê-lo.

A título exemplificativo, tem-se as Apelações de nº 0020766-49.2009.8.26.0361²²³ (cuja decisão foi proferida em 04 de setembro de 2013) e de nº 0024961-75.2012.8.26.0554²²⁴ (decidida em 02 de julho de 2013). Ambos os casos pertencem ao grande tema “Plano de saúde”, isto é, são casos em que houve negativa por parte do plano de saúde em relação ao custeio de procedimento cirúrgico prescrito pelo médico. Ainda, nos dois casos, foi demandada tutela cautelar e o magistrado entendeu ser mais adequada a concessão de tutela antecipada, entretanto, no primeiro caso julgou-se desnecessária a propositura posterior de ação principal, enquanto que, na segunda apelação mencionada, entendeu-se que, mesmo com a concessão de tutela satisfativa, cabia ao autor propor, posteriormente, ação principal.

Assim, tendo em vista os números obtidos da análise, bem como a descrição de decisões opostas em casos semelhantes, é possível concluir a ausência de um posicionamento unânime na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no que diz respeito à necessidade ou não de posterior propositura de ação principal, na ocasião em que há a concessão de tutela antecipada no lugar da medida cautelar pleiteada.

Finalmente, foi também possível identificar que em 5 dos documentos analisados, não foi aceita a ideia de fungibilidade de mão-dupla defendida pela doutrina, são os casos do Agravo de Instrumento de número 2084805-61.2014.8.26.0000,²²⁵ da Apelação de número 0004250-52.2011.8.26.0629,²²⁶ da Apelação de número 0006402-33.2010.8.26.0201,²²⁷ do

²²³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação 0020766-49.2009.8.26.0270**. Desembargador Relator: Walter Barone. São Paulo. J. em: 04 set. 2013. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6991750&cdForo=0>>. Acesso em: 22 jul. 2015.

²²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação 0024961-75.2012.8.26.0554**. Desembargadora Relatora: Christine Santini. São Paulo. J. em: 02 jul. 2013. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6848723&cdForo=0>>. Acesso em: 22 jul. 2015.

²²⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento 2084805-61.2014.8.26.0000**. Desembargador Relator: Paulo Barcellos Gatti. São Paulo. J. em: 16 jun. 2014. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7640197&cdForo=0>>. Acesso em: 22 jul. 2015.

²²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação 0004250-52.2011.8.26.0629**. Desembargadora Relatora: Berenice Marcondes Cesar. São Paulo. J. em: 08 abr. 2014. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7511097&cdForo=0>>. Acesso em: 22 jul. 2015.

Agravo de Instrumento de número 0471072-36.2010.8.26.0000²²⁸ e da Apelação de número 0121997-58.2011.8.26.0100.²²⁹

3.4.3 Casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça

3.4.3.1 Caracterização da amostra e estudo dos resultados obtidos

Foi realizada, igualmente, pesquisa na plataforma virtual²³⁰ do Superior Tribunal de Justiça, realizada em 22 de janeiro de 2015 e, atualizada até dia 13 de agosto de 2015, com os termos “tutelas de urgência” e “fungibilidade”. Desta pesquisa, foram obtidos quatro resultados de acórdãos. Entretanto, o último resultado obtido consistia em embargos à declaração, sendo a análise deste documento descartada, pelas mesmas razões expostas anteriormente. Analisou-se, assim, os três julgados restantes.

O primeiro julgado trata de ação cautelar inominada proposta por empresa autorizada a comercializar serviços de telefonia móvel, requerendo a suspensão de determinadas cláusulas do contrato que havia firmado com a operadora.

Deferida a medida cautelar, a operadora ré contestou, alegando que o meio utilizado (tutela cautelar) era inadequado em razão da natureza satisfativa da medida pleiteada. Afirmou, ainda, não ter sido comprovada a existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Quando da interposição do recurso especial, após decisão que julgou extinto o feito por falta de interesse de agir, a empresa autora alegou que o seu pedido visava assegurar a utilidade do processo principal, bem como que, caso se entendesse tratar de medida antecipatória, doutrina e jurisprudência admitiam a fungibilidade entre ambas.

A Egrégia Corte, de acordo com entendimento já consolidado, entendeu pela fungibilidade das tutelas cautelar e antecipada, recebendo o pleito como medida antecipatória. De modo que, realmente, havia interesse de agir e os autos foram remetidos ao tribunal de

²²⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação 0006402-33.2010.8.26.0201**.

Desembargadora Relatora: Berenice Marcondes Cesar. São Paulo. J. em: 04 out. 2011. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5464383&cdForo=0>>. Acesso em: 22 jul. 2015.

²²⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento 0471072-36.2010.8.26.0000**.

Desembargadora Relatora: Berenice Marcondes Cesar. São Paulo. J. em: 12 jul. 2011. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5268839&cdForo=0>>. Acesso em: 22 jul. 2015.

²²⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação 0121997-58.2011.8.26.0100**.

Desembargador Relator: Roberto Solimene. São Paulo. J. em: 07 jul. 2011. Disponível em:

<<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5249258&cdForo=0>>. Acesso em: 22 jul. 2015.

²³⁰ Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 ago. 2015.

origem, para a apreciação dos demais pedidos formulados pela empresa autora. Confira-se a ementa:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CAUTELAR PREPARTÓRIA - PEDIO DE ANTECIPAÇÃO DE TUELA - CARÁTER SATISFATIVO - TUTELAS DE URGÊNCIA - FUNGIBILIDADE - POSIBILIDADE - ART. 273, PAR. 7º, DO CP - INTERESSE DE AGIR - EXISTÊNCIA, IN CASU - RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM, PARA PROSEGUIMENTO DO JULGAMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO - NECESSIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I -Nos termos do art. 273, §7º, do CPC, admite-se a fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias da tutela, sendo possível, portanto, o recebimento do pedido cautelar como antecipação da tutela; II -O entendimento do Tribunal de origem, no sentido de que carece interesse de agir a parte que apresenta medida cautelar com pedido de antecipação de tutela, não se coaduna com a jurisprudência do STJ sobre a matéria; III - Recurso especial provido²³¹.

O segundo caso trata-se de recorrente que sustenta que, após a reforma processual de 1994, estabeleceu-se a tutela antecipada com requisitos e pressupostos próprios e diversos daqueles definidos para a tutela cautelar, de modo que a fungibilidade prevista pelo § 7º do artigo 273, do Código de Processo Civil, deve ser interpretada como sendo de mão única, somente no sentido de que a medida cautelar pode ser deferida em caráter incidental, não autorizando o contrário.

Na decisão do agravo regimental, fora citada jurisprudência da Corte, demonstrando seu entendimento de que a fungibilidade prevista no dispositivo supracitado comporta via de mão-dupla, negando-se, assim, provimento ao agravo, conforme a seguinte ementa:

PROCESO CIVL - RECURSO ESPECIAL - TUTELAS DE URGÊNCIA - FUNGIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 273, §7º, CPC - MEDIDA CAUTELAR PREPARTÓRIA - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA COMO MEIO ADEQUADO - INTERESSE DE AGIR - RECONHECIMENTO. 1. "O art. 273, §7º, do CPC, abarca o princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias da tutela e reconhece o interesse processual para se postular providência de caráter cautelar, a título de antecipação de tutela. Precedentes do STJ". (REsp 101061 /BA, Relator (a) Ministra ELIANA CALMON, DJe 23/04209). 2. A interpretação da Corte de origem, de que carece interesse de agir a parte que apresenta pleito cautelar quando correto é antecipatório, distancia-se da interpretação que o STJ confere à matéria. 3. Agravo regimental não provido.²³²

²³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1150334/MG**. Relator: Ministro Massami Uyeda. J. em: 19 out. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901423903&dt_publicacao=11/11/2010>. Acesso em: 02 ago. 2014.

²³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 1013299/BA**. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. J. em: 01 out. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200702956632&dt_publicacao=15/10/2009>. Acesso em: 02 ago. 2014.

O terceiro resultado obtido trata de caso em que houve interposição de medida cautelar preparatória por parte da Municipalidade, com o escopo de suspender dedução que pudesse ser almejada pela União Federal nas cotas do FUNDEF. Foi deferida a liminar, impedindo tais deduções, bem como que o ente federal inscrevesse o nome do Município em cadastro de inadimplentes. Cassada a liminar em instância superior, o Município recorreu ao Superior Tribunal de Justiça.

PROCESSO CIVL - RECURSO ESPECIAL - TUTELAS DE URGÊNCIA - FUNGIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 273, §7º, CPC - MEDIDA CAUTELAR PREPARATÓRIA - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA COMO MEIO ADEQUADO - INTERESSE DE AGIR - RECONHECIMENTO. 1. O art. 273, §7º, do CPC, abarca o princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias da tutela e reconhece interesse processual para se postular providência de caráter cautelar, título de antecipação de tutela. Precedentes do STJ. 2. Recurso especial conhecido e provido para que, superada a extinção do processo por ausência de interesse processual, Corte de origem prossiga no julgamento do recurso oficial e voluntário.²³³

Na decisão do recurso especial, conforme ementa acima colacionada, entendeu-se que as medidas cautelares podem ser pleiteadas como preparatório da ação principal ou no curso do processo de conhecimento. Ademais, tutela cautelar e tutela antecipatória não têm o mesmo significado, apesar de ambas fazerem parte do gênero “tutelas de urgência”. Porém, como ambas advêm da mesma origem, fora instituída a fungibilidade entre ambas, desde que presentes os requisitos de cada uma para a conversão.

Demonstrou-se, ainda, o entendimento da Corte no sentido de se permitir a conversão de tutela cautelar em tutela antecipada. Decidiu-se, portanto, pela não extinção do processo em razão de falta de interesse de agir, determinando o retorno dos autos à Corte Regional, para o prosseguimento do julgamento do feito.

Assim, em entendimento oposto ao apresentado em alguns acórdãos, a fungibilidade entre as tutelas de urgência comporta via de mão-dupla, de modo que, sendo o Superior Tribunal de Justiça Corte de hierarquia superior ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, deve prevalecer seu entendimento. Ademais, é possível identificar que o Superior Tribunal de Justiça já reconhece o gênero das “tutelas de urgência”, do qual são espécies a tutela cautelar e a tutela antecipada, entretanto, permanece diferenciando-os em razão de sua natureza. Finalmente, cabe ressaltar que das questões levantadas da análise dos julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, somente esta restou solucionada.

²³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1011061/BA**. Relator: Ministra Eliana Calmon. J. em: 24 mar. 2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200702555753&dt_publicacao=23/04/2009>. Acesso em: 02 ago. 2014.

CAPÍTULO 4

SISTEMATIZAÇÃO DAS TUTELAS PROVISÓRIAS NO SISTEMA FRANCÊS: A *PROCÉDURE DE RÉFÉRÉ*

Uma vez analisada a utilização e aplicação, na doutrina e jurisprudência brasileiras, do conceito de “tutelas de urgência”, fez-se interessante e pertinente a análise de sistema jurídico, no qual é dado igual tratamento às medidas de natureza conservativa e satisfativa, em razão do elemento “urgência” que lhes é inerente.

Assim, realizou-se estudo acerca da tutela de urgência do direito processual civil francês: o *référé*, para se identificar como seria o funcionamento de um sistema em que medidas conservativas e satisfativas são classificadas dentro de um mesmo instituto. E, mais do que isso, compreender a origem das inspirações para o Novo Código de Processo Civil no que diz respeito à sistematização das “tutelas provisórias”, uma vez que as noções de “tutela da evidência” e “estabilização da tutela antecipada” buscam suas bases no sistema do *référé* francês.

O presente capítulo, buscou, assim, em um primeiro momento, compreender a *procédure de référé*, para, posteriormente, buscar as bases comuns entre os *référés* e as “tutelas de urgência” instituídas pelo Novo Código de Processo Civil, sem, contudo almejar a realização de um transplante jurídico, mas sim visando proporcionar um maior conhecimento em matéria de “tutelas provisórias”, para, assim, melhor analisar a proposta de sistematização trazida pelo Novo Código de Processo Civil.

4.1 Origem e conceito do *référé*

No sistema processual civil francês, as medidas provisórias denominam-se “*référés*” e são concedidas por meio de procedimento próprio e autônomo. Entretanto, antes de analisar suas características e sua sistematização, importante se faz o estudo acerca de sua origem, para que seja possível compreender sua evolução, bem como sua natureza e essência jurídicas.

O *référé* foi utilizado pela primeira vez pelo procedimento outrora aplicado pelo “Châtelet de Paris”²³⁴, visando atenuar a lentidão da justiça, bem como equilibrar o afogamento das jurisdições existentes²³⁵. Sua origem é, pois, identificada na necessidade de

²³⁴ STRICKLER, Yves. *Procédure Civile*. 4. ed., Bruxelles: Paradigme, 2013, p. 236.

²³⁵ JULIEN, Pierre; FRICERO, Natalie. *Procédure Civile*. 4. ed., Paris: LGDJ, 2011, p. 256.

paliar as lentidões de um processo clássico e de obter, para os casos urgentes, uma decisão provisória ao litígio, uma vez que o processo principal demandava, naturalmente, um grande lapso de tempo para a realização da instrução e de outros atos processuais.²³⁶

Por outro lado, o *référé* somente aparece positivado, pela primeira vez, em um Edito de 22 de janeiro de 1685, que permitia ao juiz civil decidir de modo provisório,²³⁷ em razão da exigência, pelo caso concreto, de aplicação de um procedimento mais célere.

O *référé* nasceu, assim, da necessidade de se obter uma solução do judiciário em casos de urgência, que os juízes do processo principal não poderiam proporcionar, tendo em vista as lentidões do procedimento ordinário. Ele tendia, assim, a evitar o recurso aos atos de justiça privada e preservava a utilidade e eficácia da eventual intervenção ulterior do juiz do processo principal.²³⁸

O *référé*, contudo, somente foi consagrado e estendido à toda a França, a partir de 1806, com a promulgação do Código de Processo Civil, com previsão em seu título XVI, primeira parte.²³⁹ O dispositivo que o previa determinava que, em todos os casos de urgência, ou nos casos em que fosse necessário decidir-se de modo provisório acerca das dificuldades relativas à execução de um título executivo ou de um *jugement*, o presidente do “Tribunal d’Instance” estava autorizado a decidir por meio dos *référés*. Todavia, segundo o previsto no dispositivo mencionado, estas medidas ordenadas não poderiam trazer nenhum prejuízo ao processo principal e, portanto, seriam executadas de modo provisório.

Consequentemente, em razão destas disposições, o *référé* desenvolveu-se durante o século XIX, precisamente em Paris. Este fenômeno de extensão, à época, justificou-se, sobretudo, em decorrência do desejo de se atribuir celeridade ao processo, uma vez que o número de processos acumulados, cada vez mais crescente, tendia a retardar a solução dos litígios.²⁴⁰

Segundo a concepção clássica de César-Bru, Hébraud, Seignolle e Odoul, o *référé* pode ser definido como "um procedimento tendo por objeto fazer-se decidir o mais rapidamente possível nos casos urgentes e nos casos em que os títulos e *jugements* levantem

²³⁶ ESTOUP, Pierre. **La Pratique de Procédures Rapides**. 3. ed., Paris: Litec, 1998, p. 10.

²³⁷ CÉZAR-BRU, Charles et al. **Jurisdiction du Président du Tribunal: des référés**. 5. ed., Paris: Librairies Techniques, 1978, Tome I, p. 12.

²³⁸ "Le référé est donc né du besoin d’obtenir une solution judiciaire en cas d’urgence, que les juges du fond ne pouvaient apporter compte tenu des lenteurs de la procédure ordinaire. Il tendait ainsi à éviter le recours aux actes de justice privée et préservait l’utilité et l’efficacité de l’intervention ultérieure éventuelle du juge du fond." VUITTON, Jacques; VUITTON, Xavier. **Les référés: procédure civile, contentieux administratif, procédure pénale**. 3. ed., Paris: Lexis Nexis, 2013, p. 2 (tradução nossa).

²³⁹ CÉZAR-BRU, 1978, p. 13.

²⁴⁰ CÉZAR-BRU, Charles et al., 1978, p. 14.

dificuldades relativas à sua execução, permanecendo o principal sempre reservado"²⁴¹. Assim, já é possível identificar, nesta concepção, a essência primeira do *référé*, que constitui sua razão de ser e que, portanto, o justifica: a **urgência**. Por outro lado, seu caráter **provisório** justifica-se em razão das vantagens das quais essa medida beneficia-se,²⁴² bem como para manter o equilíbrio entre efetividade e serenidade do julgamento.

Atualmente, o Código de Processo Civil francês concebeu novos domínios em que a aplicação do *référé* é possível, principalmente com a criação dos *référés* especiais, que autorizam a concessão de medidas destinadas a fazer cessar um ato manifestamente ilícito ou prevenir um dano iminente.²⁴³ Desse modo, ao juiz dos *référés* é facultada a aplicação de duas funções: a conservativa e a satisfativa, conforme será discorrido em item posterior.

Para que seja possível a correta compreensão do conceito contemporâneo do *référé*, bem como para se identificar seus elementos característicos, mister a leitura do disposto no artigo 484, do Código de Processo Civil francês.²⁴⁴ Posteriormente, é igualmente necessário analisar os artigos 808 (*référés* gerais) e 809 (*référés* especiais) do mesmo diploma legislativo para completar a definição deste instituto.

Em sua concepção atual, o *référé* aparece como um procedimento extremamente rápido, que *a priori* se desenvolve perante um juiz único, e que visa obter deste magistrado, por meio de um debate contencioso, uma decisão *en ordonnance* (uma espécie de decisão interlocutória), cuja principal característica é o fato de que estas decisões são provisórias, no sentido de que elas podem ser modificadas posteriormente, caso necessário, bem como pelo fato de que não poderão limitar a liberdade de apreciação a ser feita pelo juiz encarregado do processo principal, o que significa dizer que estas decisões não fazem coisa julgada em relação ao processo principal.²⁴⁵

O sucesso da utilização cada vez mais recorrente do *référé* deu-se em razão das características e condições específicas desta medida (rapidez e unicidade no julgamento), que se encontram em harmonia com as questões atuais do processo civil e que são enfrentadas pelo legislador processual moderno. Os jurisdicionados, cada vez mais “apressados” em obter

²⁴¹ ““Une procédure ayant pour objet de faire statuer aussi rapidement que possible dans les affaires urgentes et dans les cas où les titres et jugements soulèvent des difficultés relatives à leur exécution, le principal demeurant toujours réservé””. CÉZAR-BRU, Charles et al., 1978, p. 11-12 (tradução nossa).

²⁴² VUITTON; VUITTON, op. cit., p. 2.

²⁴³ ESTOUP, op. cit., p. 11.

²⁴⁴ Ibidem, p. 9.

²⁴⁵ JULIEN; FRICERO op. cit., p. 256.

uma resposta jurisdicional aos seus problemas jurídicos, encontraram no procedimento do *référé* um meio de fazê-lo rapidamente.²⁴⁶

Assim, em razão da efetividade e importância do *référé*, no direito francês, não foi mais possível permanecer com a concepção de que se tratava de um procedimento acessório, mas sim um verdadeiro procedimento autônomo, completamente diverso do procedimento comum, surgindo, assim, a *procédure de référé*.²⁴⁷

4.2 A “*procédure de référé*”

4.2.1 As “*ordonnances de référé*”: conceito e características

O juiz dos *référés* poderá decidir por meio de uma *ordonnance*, sendo esta decisão denominada de “*ordonnance de référé*”, cuja previsão se encontra nos artigos 484 e seguintes, do Código de Processo Civil francês.

Segundo o dispositivo supracitado, a *ordonnance de référé* é uma decisão provisória proferida em razão da demanda de uma das partes, estando a outra citada, nos casos em que a lei confere ao juiz que não é investido no processo principal o poder de ordenar imediatamente as medidas necessárias.²⁴⁸

Assim, as *ordonnances de référé* têm como elemento comum o fato de serem decisões de natureza provisória, desprovidas de autoridade da coisa julgada, proferidas de modo célere, sem, contudo, descartar o princípio do contraditório, e passíveis de execução provisória.²⁴⁹

O primeiro elemento destas medidas, a **provisoriedade**, decorre expressamente do disposto no artigo 484, do Código de Processo Civil francês. Assim, uma vez que a demanda é acolhida pela *ordonnance*, esta será executada provisoriamente.²⁵⁰ Mesmo se a principal vantagem do *référé* resida em sua rapidez, evidente que há também vantagem em seu efeito concreto, pois *a priori* um julgamento não é executável senão a partir do momento em que

²⁴⁶ ESTOUP, op. cit., p. 12.

²⁴⁷ VUITTON; VUITTON op. cit., p. 6.

²⁴⁸ “A *ordonnance de référé* é uma decisão provisória proferida em razão da demanda de uma das partes, estando a outra citada, nos casos em que a lei confere a um juiz, que não é investido de julgar o processo principal, o poder de ordenar imediatamente as medidas necessárias”. “L’*ordonnance de référé* est une décision provisoire rendue à la demande d’une partie, l’autre appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n’est pas saisi du principal le pouvoir d’ordonner immédiatement les mesures nécessaires”. CADIET, Loïc (org.). **Code de Procédure Civile (1976)**. 28. ed. Paris: LexisNexis, 2015. p. 346 (tradução nossa).

²⁴⁹ ESTOUP, op. cit., p. 21.

²⁵⁰ CORNU, Gérard; FOYER, Jean. **Procédure Civile**. 3. ed., Paris: Presses Universitaires de France, 1996, p. 735.

seja constituída a coisa julgada, enquanto que a *ordonnance de référé* é executável imediatamente.²⁵¹

Sendo uma decisão provisória, a *ordonnance de référé* poderá ser modificada ou revogada, desde que novas condições sejam reconhecidas pelo juiz que a concedeu.²⁵² Mister igualmente notar-se que esta execução provisória poderá ser condicionada à constituição de uma garantia pelo autor da causa. Ademais, em caso de necessidade, o juiz poderá ordenar que a execução tenha lugar *au seul vu de la minute*, isto é, faz-se válida imediatamente a partir do momento em que é reduzida a termo a decisão que concedeu a medida, conforme prevê o artigo 489, do Código de Processo Civil francês.²⁵³

Assim, as decisões proferidas pelo juiz dos *référés* são provisórias, no sentido de que, mesmo que sejam executáveis, restam suscetíveis de serem novamente discutidas pelo juiz encarregado de julgar o processo principal ou até mesmo pelo juiz dos *référés*, quando novas circunstâncias surgirem.

Consequentemente, a própria investidura do juiz dos *référés* é provisória, tocando todas as suas decisões, o que acaba por lhe permitir somente a concessão de “medidas”. Esta condição provém de uma necessidade de se restabelecer o equilíbrio entre a celeridade da qual o procedimento do *référé* é dotado e o fato de que este não assegura uma total “serenidade” na decisão do juiz,²⁵⁴ uma vez que a decisão será tomada perante uma situação de urgência ou mesmo de evidência. Seria, pois, o correspondente a buscar equilibrar as ideias de celeridade e segurança jurídica presentes pela doutrina pátria.

Resumidamente, a despeito do caráter provisório das *ordonnances de référé*, estas são executáveis de pleno direito, mas sempre a título provisório. Entretanto, importante ressaltar, que, em todas as hipóteses, em razão exatamente deste caráter provisório, os riscos e perigos desta execução forçada serão de responsabilidade daquele que tenha requerido a medida, o qual poderá ser obrigado a indenizar os danos sofridos pela outra parte.²⁵⁵

²⁵¹ STRICKLER, op. cit., p. 250.

²⁵² "Art. 488, al. 2, CPC. (...) Elle ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu'en cas de circonstances nouvelles." CADIET, op. cit., p. 350.

²⁵³ "Art. 489. A *ordonnance de référé* é executável à título provisório. O juiz pode, entretanto, subordinar a execução provisória à constituição de uma garantia nas condições previstas nos artigos 517 a 522. Em caso de necessidade, o juiz pode ordenar que a execução terá lugar *au seul vu de la minute*". "L'ordonnance de référé est exécutoire à titre provisoire. Le juge peut toutefois subordonner l'exécution provisoire à la constitution d'une garantie dans les conditions prévues aux articles 517 à 522. En cas de nécessité, le juge peut ordonner que l'exécution aura lieu au seul vu de la minute". FRANÇA. **Code de Procédure Civile (1976)**. Organization du texte: CADIET, op. cit., p. 351 (tradução nossa).

²⁵⁴ VUITTON; VUITTON op. cit., p. 210.

²⁵⁵ LEFORT, Christophe. **Procédure Civile**. 4. ed., Paris: Dalloz, 2011, p. 274.

Finalmente, é preciso mencionar que o termo “provisório” não se confunde com o termo “temporário”. O fato de que a decisão em sede de *référé* seja suscetível de ser rediscutida no processo principal não implica que tal decisão seja temporária, isto é, que ela seja dotada de efeitos limitados no tempo. Não se deve, pois, confundir com o disposto no artigo 489, do Código de Processo Civil francês, segundo o qual o juiz dos *référés* tem o poder de limitar os efeitos da *ordonnance* no tempo ou de subordiná-la à realização de uma condição.

Por outro lado, de uma dedução lógica, pode-se inferir que o segundo elemento essencial para a formação do conceito de *ordonnance de référé*, é o fato de que esta seja **desprovida, com relação ao processo principal, de autoridade da coisa julgada**. Trata-se de consequência necessária de seu caráter provisório.²⁵⁶ Assim, como o juiz dos *référés* não é investido de competência para o julgamento do processo principal, é preciso deduzir-se, logicamente, que o juiz do processo principal não será ligado ao que foi decidido em *référé*.²⁵⁷

A autoridade da coisa julgada pode ser definida como a impossibilidade de se remeter novamente ao juízo um assunto sobre o qual já foi proferido pronunciamento judicial.²⁵⁸ Entretanto, sempre foi reconhecido que a decisão proferida pelo juiz dos *référés* não poderia trazer algum prejuízo ao processo principal, nem poderia ter autoridade de coisa julgada em relação a este, de modo que as partes conservam o direito de recorrer novamente ao Judiciário, mas desta vez perante o juiz do processo principal, ou seja, por meio do procedimento comum.²⁵⁹

Esta segunda característica da *ordonnance de référé* é igualmente prevista de modo expresso no artigo 488, do Código de Processo Civil francês, segundo o qual "a *ordonnance de référé* não tem, no principal, autoridade de coisa julgada (...)".²⁶⁰

Uma vez que as *ordonnances de référés* são proferidas por meio de um procedimento rápido, é preciso reconhecer que a cognição realizada pelo juiz nestes casos não é exauriente, e, conseqüentemente, não é possível extrair desta uma completa segurança jurídica, de modo que, para equilibrar a situação, esta “decisão rápida” não tem autoridade de coisa julgada. Assim, "o juiz do principal – cuja instância ‘ao fundo’ já tenha sido introduzida, em que ele

²⁵⁶ "Le complément inévitable du caractère provisoire de ces ordonnances". VUITTON; VUITTON op. cit., p. 212 (tradução nossa).

²⁵⁷ ESTOUP, op. cit., p. 26.

²⁵⁸ STRICKLER, op. cit., p. 249.

²⁵⁹ "Les parties conservent le droit de poser à nouveau devant le juge du fond et de faire juger par lui en sens contraire les questions déjà résolues en référé". CÉZAR-BRU, Charles et al., 1978, p. 72.

²⁶⁰ "L'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée (...)"CADIET, op. cit., p. 350 (tradução nossa).

será posteriormente investido de julgar o ‘fundo’ do caso –, não será de nenhum modo ligado pelas apreciações de fato e de direito contidas nesta *ordonnance* provisória²⁶¹.

Portanto, sendo a *ordonnance de référé* uma decisão provisória, esta não tem, **em relação ao processo principal**, autoridade de coisa julgada, de modo que ao juiz que analisa a concessão do *référé* não lhe é facultado, por exemplo, afirmar a existência ou inexistência de um direito²⁶².

Frise-se, contudo, a possibilidade de se afirmar a existência de uma *autoridade provisória*²⁶³ da *ordonnance de référé*, uma vez que esta não poderá ser modificada ou revogada, em sede de *référé*, senão nos casos de surgimento de novas circunstâncias,²⁶⁴ condição esta mencionada expressamente na segunda parte do artigo 488 do Código de Processo Civil francês²⁶⁵.

Pela expressão “circunstâncias novas” pode-se entender, segundo Loïc Cadiet, em seu Código de Processo Civil comentado, como sendo “toda mudança que intervém nos elementos de fato ou de direito que tenham motivado a decisão proferida”.²⁶⁶ Desse modo, uma “circunstância nova” pode ser considerada como todo fato do qual nem o juiz, nem as partes, tinham conhecimento, no momento da primeira decisão e que constitua um elemento relevante à apreciação do caso concreto²⁶⁷.

O juiz que conceder a medida estará, pois, ligado à sua própria decisão, exceto nos casos em que for constatada uma mudança nos elementos que o levaram a conceder tal medida, seja uma alteração na situação das partes, seja uma alteração dos fatos da situação em causa.²⁶⁸

Conclui-se, assim, que as *ordonnances de référé*, em razão de sua característica provisória, são concedidas às partes à condição de que não haja nenhuma alteração na situação em que elas foram deferidas. Por outro lado, se as circunstâncias entre as partes ou nos fatos da causa modificam-se, fazendo legítimas medidas que outrora foram negadas ou

²⁶¹ "Le juge du principal – que l’instance au fond ait déjà été introduite, où qu’il soit ultérieurement saisi du fond de l’affaire –, ne sera aucunement lié par les appréciations de fait et de droit contenues dans cette ordonnance provisoire". LEFORT, op. cit., p. 272.

²⁶² STRICKLER, op. cit., p. 239.

²⁶³ ESTOUP, op. cit., p. 27.

²⁶⁴ CADIET, Loïc ; JEULAND, Emmanuel. **Droit Judiciaire Privé**. 8. ed., Paris: Lexis Nexis, 2013, p. 514 - 515.

²⁶⁶ “Il faut entendre par circonstances nouvelles tout changement intervenu dans les éléments de fait ou de droit ayant motivé la décision. Il en est ainsi du rejet”. CADIET, op. cit., p. 351 (tradução nossa).

²⁶⁷ VUITTON; VUITTON, op. cit., p. 215.

²⁶⁸ ESTOUP, op. cit., p. 27.

tornando inúteis ou excessivamente rigorosas aquelas já concedidas, o juiz que as concedeu, uma vez demandado, poderá modificar a sua decisão²⁶⁹.

4.2.2 Os “*référés*” gerais e as condições para sua aplicação

Os *référés* gerais são os *référés* tradicionais, cuja aplicação é feita de maneira geral a causas de diversos critérios em comum. Por outro lado, os *référés* especiais são previstos por textos particulares e, em razão de suas características específicas, são aplicados de maneira mais reduzida.

No Código de Processo Civil francês, para se obter a definição de *référé*, é preciso realizar uma análise, de um lado, dos textos que tratem do procedimento do *référé* em geral (artigos 484 e 492, do mesmo código) e, de outro lado, dos textos que tratem dos poderes do Presidente do Tribunal (artigo 808, do diploma processual mencionado).²⁷⁰

O artigo 808, do Código de Processo Civil francês, prevê os *référés* gerais, bem como confere determinadas competências e poderes ao Presidente do Tribunal de *grande instance*. Ademais, o artigo 956, do mesmo código, prevê igualmente *référés* gerais, entretanto, em sede da *Cour d’appel* (segunda instância). Por outro lado, o artigo 809 prevê certas espécies de *référés* especiais, para os quais a urgência não é mais expressamente um requisito.

Segundo o artigo 808, "em todos os casos urgentes, o presidente do tribunal de *grande instance* pode ordenar em *référé* todas as medidas que não se curvam à nenhuma contestação séria ou que justifique a existência de um conflito"²⁷¹. Assim, é possível deduzir-se a existência de duas condições tradicionais para que o *référé* geral seja aplicado: (i) a urgência e (ii) a ausência de uma contestação séria ou que justifique a existência de um conflito entre as partes.

4.2.2.1 A urgência

O procedimento ordinário exige um lapso de tempo considerável para a realização dos atos processuais inerentes à atividade jurisdicional definitiva e, portanto, este procedimento é considerado demasiadamente lento para que sejam aplicadas, em tempo útil, as medidas

²⁶⁹ CÉZAR-BRU et al., 1978, p. 74-75.

²⁷⁰ CÉZAR-BRU et al., 1978, p. 11.

²⁷¹ "Dans tous les cas d’urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en *référé* toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l’existence d’un différend" CADIET, op. cit., p. 618. (tradução nossa).

necessárias pela urgência presente em determinadas situações específicas. Em razão disso, o procedimento de *référé* foi concebido, inicialmente, para ser aplicado às situações urgentes, bem como para evitar uma justiça tardia. Trata-se, assim, de situações em que é mais vantajoso derrogar certas garantias das partes, para preservar seus direitos, deixando, entretanto, a discussão aberta, no que diz respeito ao juiz que julgará o mérito da questão²⁷².

A urgência é, pois, o fundamento e a justificação primeira para a intervenção legítima do juiz dos *référés*. Tal condição pode ser identificada nos casos em que é demandada uma resposta jurisdicional imediata, uma vez que não é possível aguardar a lentidão que é naturalmente imposta ao julgamento pautado em cognição exauriente, no qual a segurança jurídica é maior, pois realizado pelo juiz responsável pelo julgamento do mérito²⁷³. Assim, o procedimento de *référé* é um meio para se evitar que o retardo na entrega da prestação jurisdicional estimule as partes à recorrerem a atos de justiça privada.

Para a caracterização de uma situação de urgência, é preciso que haja um risco de concretização de um dano irreversível ou grave, ou seja, é preciso que uma parte seja exposta à determinado prejuízo iminente, que possa vir a ser irreparável. Desse modo, a definição de urgência evoca uma situação em que o retardo na concessão da medida solicitada possa implicar um prejuízo ao autor.

Frise-se, ainda, que a análise do elemento de urgência deve ser guiada por dois critérios: um *critério objetivo* (isto é, a urgência deve decorrer da natureza do litígio)²⁷⁴ e um critério relativo (no que diz respeito à apreciação da necessidade de utilização de um procedimento rápido em comparação ao tempo que seria despendido perante um juiz de procedimento ordinário). Consequentemente, é evidente que a urgência é um elemento factual, que será analisado segundo os efeitos que serão produzidos no plano fático em que a medida será aplicada²⁷⁵.

Finalmente, não há dificuldades particulares no que diz respeito à esta condição. Sua constatação para os casos previstos pelo artigo 808, do Código de Processo Civil francês impõe-se e esta deverá ser apreciada exclusivamente pelo juiz dos *référés* no momento em que este for proferir a sua decisão²⁷⁶.

²⁷² ESTOUP, op. cit., p. 28.

²⁷³ VUITTON; VUITTON, op. cit., p. 14-15.

²⁷⁴ “A urgência deve resultar da natureza da causa, e não de convenções ou de diligências das partes”.

“L’urgence doit résulter de la nature de l’affaire, et non des convenances ou des diligences des parties”.

CADIET, op. cit., p. 619 (tradução nossa).

²⁷⁵ Idem, p. 15.

²⁷⁶ CADIET; JEULAND, op. cit., p. 509.

4.2.2.2 Ausência de contestação séria ou que justifique a existência de conflito

A segunda condição tradicionalmente requerida para que seja permitida a intervenção do juiz dos *référés* é a **ausência de contestação séria ou que justifique a existência de um conflito no plano fático entre as partes**. Assim, caberá aplicação do procedimento de *référé* toda vez que, além da constatação do elemento *urgência*, não for possível identificar no caso uma *contestação que traga argumentos pertinentes capazes de gerar dúvida quanto ao direito demandado pelo autor* ou que seja *incapaz de justificar a existência de um real conflito entre as partes*, de modo que a demanda do autor demonstre por si só a legitimidade do direito pleiteado.

Primeiramente, a ideia de *ausência de contestação séria* é condição expressamente prevista no disposto no artigo 808, do Código de Processo Civil francês e consiste em uma condição negativa para a investidura do juiz dos *référés*.

Esta condição foi estabelecida em razão da dificuldade de se confiar no procedimento do *référé*, uma vez que se trata de procedimento rápido, em que a cognição aplicada pelo juiz é fundada em breves discussões e, portanto, superficiais, o que acaba por impedir a realização de uma reflexão aprofundada sobre a causa.

No seu sentido mais imediato, é possível constatar que uma *contestação não séria* é aquela, cujos meios invocados não são suficientes para criar uma oposição real à demanda do autor. Para a análise da presença ou não desta condição em determinado caso, faz-se necessária a apreciação concreta dos elementos apresentados pelo réu, de modo que não se trata de uma análise somente da questão posta, mas, sobretudo, dos argumentos que este último utilizou para a sua defesa.

Entretanto, importante mencionar que, neste caso, o juiz não deverá proceder a um exame aprofundado do litígio trazido, pois, estando no domínio do procedimento de *référé*, uma análise profunda pode fugir à essência deste tipo específico de procedimento. O princípio estabelecido é o de que as medidas ordenadas por meio deste procedimento podem ser aplicadas nos casos em que elas não se confrontam com nenhuma contestação pertinente e de caráter sério; caso contrário, o juiz encarregado do procedimento dos *référés* seria levado a resolver o litígio ele mesmo,²⁷⁷ o que, contudo, é tarefa do juiz investido de julgar o processo principal.²⁷⁸

²⁷⁷ CADIET; JEULAND, op. cit., p. 509.

²⁷⁸ “Le juge des référés doit s’interdire toutes mesures qui le conduiraient à dire le droit ou à trancher le fond”. ESTOUP, op. cit., p. 22.

Consequentemente, a presença ou não de uma contestação séria deve ser avaliada pela evidência do direito reivindicado. Assim, por exemplo, é defeso ao juiz dos *référés* interpretar os termos de uma apólice de seguros, de designar um *expert* para fixar responsabilidades, de destrinchar a questão da propriedade de um bem, de interpretar uma cláusula contratual ambígua, etc.²⁷⁹

Por outro lado, mesmo que somente um dos argumentos da defesa oferecida seja razoável e plausível, de modo que este não aparenta ser infrutuoso imediatamente, e uma vez que tal argumento seja capaz de deixar dúvidas no que diz respeito ao sentido da decisão, estar-se-á diante de uma contestação séria que deverá ser analisada pelo juiz investido no posterior processo principal, o que significa que o procedimento de *référé* não poderá ser aplicado. Uma contestação séria é, pois, uma contestação capaz de prosperar a discussão do mérito.

Ademais, a contestação carente de seriedade é aquela que não tem nenhuma prova para sustentá-la. Essa ausência de provas, adicionada à improbabilidade de posterior propositura de ação principal para rediscussão da situação, é assimilada à ausência de direito e, portanto, à presunção de má-fé do réu, haja vista que a apresentação de uma contestação por este tinha como seu único objetivo promover um atraso na resolução do litígio.

Resta, então, a questão acerca do limite na apreciação do caráter de seriedade dos argumentos invocados pela defesa. Atualmente, é entendido que o juiz dos *référés* não pode se declarar incompetente perante uma situação em que lhe é requisitado que se proceda à um exame um pouco mais aprofundado dos respectivos direitos das partes. Isto é, a análise feita pelo juiz dos *référés* deverá ser suficiente para colocar em prática o objetivo do procedimento de *référé*.

A ausência de uma contestação séria será objeto de um controle exercido pela Corte de Cassação nos casos em que houver ambiguidade e incerteza acerca do fundamento utilizado pelo juiz para se decidir sobre esta ausência e este controle poderá ser exercido nos casos previstos pelo artigo 808, do Código de Processo Civil francês. Entretanto, cabe mencionar que a prova de existência desta contestação séria pertencerá por óbvio ao réu.

Finalmente, no que diz respeito à *ausência de uma contestação capaz de justificar a existência de um conflito real entre as partes*, esta não pode ser considerada como uma variedade da ideia de contestação séria; mais do que isso, trata-se de uma noção própria. Assim, quando a contestação é incapaz de justificar a existência de um conflito, implica dizer

²⁷⁹ VUITTON; VUITTON, op. cit., p. 26.

que a defesa apresentada não é capaz de demonstrar, por meio de seus argumentos, que há a existência de um conflito real e legítimo; ao contrário, ela auxilia na evidência do direito afirmado pela parte que requereu a medida.

4.2.3 Os “*référés*” especiais do artigo 809, do Código de Processo Civil francês

No que diz respeito às disposições do artigo 809,²⁸⁰ segunda parte, do Código de Processo Civil francês, em que pese o fato de sua formulação em termos diferentes, a ideia de uma contestação séria é igualmente prevista por este, delimitando-se os poderes do juiz. Este dispositivo instituiu, assim, as noções de *référé-provision* e *référé-injonction*, cuja concessão é subordinada à existência de uma obrigação que não pode ser seriamente contestada.

Todas estas considerações demonstram que, uma vez mais, a interpretação dada pela Corte de Cassação francesa aumentou o campo de aplicação dos *référés*, uma vez que as condições para a sua aplicação foram reduzidas, tendo em vista que para os *référés* previstos na segunda parte, do artigo citado, não têm como requisito expresso para a sua concessão a prova da urgência no caso concreto.²⁸¹

O *référé-provision* deverá ser concedido como medida para se evitar que o devedor de má-fé se sirva da lentidão do procedimento ordinário, visto que aquele limita as possibilidades do devedor de furtar-se de sua obrigação, por meio do atraso no curso das ações propostas pelo procedimento ordinário. Consequentemente, a utilização deste tipo de *référé* especial em casos simples e evidentes auxilia a desafogar os juízes encarregados de analisar o mérito de processos no procedimento ordinário, haja vista que o devedor de má-fé dificilmente proporá nova ação questionando a decisão proferida em sede de *référé*, pois a decisão a ser proferida será inevitavelmente a mesma, adicionando-se, ainda, que o procedimento ordinário, além de mais lento, é também mais custoso, desestimulando quase que por completo que o devedor de má-fé perpetue a discussão.

Entretanto, não são todas as medidas concedidas em *référé* que são limitadas pela existência de uma contestação séria.²⁸² São os casos previstos na primeira parte, do artigo

²⁸⁰ “Le président peut toujours, même en présence d’une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s’imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Dans les cas où l’existence de l’obligation n’est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier ou ordonner l’exécution de l’obligation même s’il s’agit d’une obligation de faire”. CADIET, op. cit., p. 623 (tradução nossa).

²⁸¹ VUITTON; VUITTON, op. cit., p. 36.

²⁸² CADIET; JEULAND, op. cit., p. 509.

809, do Código de Processo Civil francês, o qual descarta a ausência de contestação séria como condição para a intervenção do juiz em sede de *référé*.

Assim, segundo o dispositivo supracitado, é permitido ao juiz encarregado de analisar o procedimento de *référé*, mesmo no caso em que há a apresentação de uma contestação séria, prescrever medidas de natureza conservatória ou de retorno ao *status quo ante* adequadas ao caso, visando, respectivamente, a prevenção de um dano iminente ou a cessação de um incômodo manifestamente ilícito. Desse modo, para que a condição de ausência de contestação séria seja descartada, imperioso se faz que o incômodo sofrido ou dano a ser sofrido sejam *objetivamente* incontestáveis no que tange à sua existência, bem como que eles sejam, respectivamente, manifestamente ilícito e iminente.

4.3 A sistematização adotada: medidas satisfativas e acautelatórias em um mesmo instituto

As disposições dos artigos 808 e 809, do Código de Processo Civil francês possibilitam a concessão de um grande número de medidas que podem ser ordenadas por meio do procedimento de *référé*. O juiz de *référé*, investido em razão das circunstâncias do caso, pode até mesmo ordenar uma medida diferente daquela demandada pelas partes, visando a uma melhor adaptação do instrumento à situação a ser regradada,²⁸³ o que se assemelha em alguns aspectos à fungibilidade das tutelas de urgência, prevista no sistema processual brasileiro.

No que diz respeito ao artigo 808, este prevê que o juiz do *référé* poderá ordenar “toda medida”, proporcionando, assim, uma grande liberdade de escolha da medida a ser aplicada, permitindo-lhe escolher a mais adequada ao caso.

Entretanto, importante notar que, nos casos em que o fundamento para a concessão de um *référé* é, além da urgência, a existência de um conflito entre as partes no plano material, as medidas mais convenientes serão aquelas de natureza conservatória. Por outro lado, nas situações em que o fundamento é a ausência de contestação séria, a função antecipatória do juiz dos *référé* será aplicada.

Contrariamente, no que diz respeito às disposições previstas no artigo 809, primeira parte, identifica-se que o juiz é limitado à concessão de medidas conservativas ou de *remise en état*, mas a liberdade acerca do conteúdo desta medida resta igualmente larga. Por outro

²⁸³ VUITTON; VUITTON op. cit., p. 225.

lado, a segunda parte do mesmo dispositivo, prevê a possibilidade para que o juiz possa ordenar medidas provisórias ou de execução, quando a obrigação discutida não pode ser seriamente contestada, o que constitui medidas de cunho antecipatório.

4.3.1 A ideia de dupla função do juiz

As funções do juiz, em sede de *référé*, extraídas dos poderes que lhe foram concedidos, permitem uma melhor resposta às necessidades dos jurisdicionados. Analisando-se os artigos 808 e 809, do Código de Processo Civil francês, é possível identificar-se duas funções distintas das quais o juiz do procedimento de *référé* é encarregado: **conservar e satisfazer**.

Essas funções permitem ao magistrado analisar a medida mais adequada que deverá ser aplicada à questão que lhe é posta. Importante ressaltar que tais **funções são complementares** e o juiz deverá buscar entre elas a mais apropriada à situação apresentada, uma vez que sua função essencial, ao ordenar estas medidas imediatas, é evitar a utilização de atos de justiça privada.

A função satisfativa, contrariamente à função conservativa, é submetida a condições menos liberais, visto tratar-se de uma verdadeira antecipação do resultado desejado definitivamente. Tal função corresponde às medidas que buscam impor o respeito de direitos que não podem ser seriamente contestados, isto é, que aparentam ser legítimos.²⁸⁴

Segundo o artigo 808, do Código de Processo Civil francês, o Presidente do Tribunal de *grande instance* pode ordenar toda medida necessária e que não encontre obstáculo em nenhuma contestação séria ou que seja capaz de justificar a existência de um conflito real entre as partes. Deduz-se da leitura deste dispositivo legal a possibilidade para que o juiz ordene medidas conservativas ou mesmo satisfativas, toda vez que se encontrar perante uma situação urgente.

Igualmente, essa função conservativa pode ser identificada nos termos “ausência de contestação séria” e “ausência de contestação que justifique a existência de um conflito real”, uma vez que, nos casos em que um destes requisitos é constatado, tratar-se-á de exercício, pelo magistrado, via de regra, de sua função satisfativa.²⁸⁵

²⁸⁴ VUITTON; VUITTON, op. cit., p. 103.

²⁸⁵ “Ces deux branches correspondent aux deux fonctions du juge des référés, l’existence d’un différend permettant l’intervention du juge du conservatoire et l’absence de contestation sérieuse celle du juge de l’anticipation”. Ibidem, p. 49.

Entretanto, importante ressaltar, que, quando uma contestação séria se faz presente, não significa que o juiz estará autorizado a declarar sua incompetência; ele deverá, em verdade, buscar a possibilidade de a contestação ser ineficaz quanto à justificação de existência de um conflito real.²⁸⁶ Ou seja, antes de rejeitar as demandas que lhe são postas em presença de uma contestação séria, ele deverá verificar se as medidas não podem ser aplicadas em razão da segunda possibilidade legal prevista, o que deixa ao juiz uma grande liberdade de intervenção, bem como a possibilidade de corrigir possíveis erros de fundamentos cometidos pela própria parte.

Tal interpretação justifica-se em razão da gravidade da demanda feita ao magistrado, mesmo se determinado comportamento do juiz possa implicar em infração à alguma garantia tradicionalmente imposta. Ele deverá, pois, verificar, antes de rejeitar a demanda, se não há alguma razão pela qual ele possa justificar-se competente para o julgamento do caso proposto,²⁸⁷ o que serve, igualmente, para evitar a tendência de alguns juízes a se declararem incompetentes.²⁸⁸ Assim, mesmo se a existência de uma contestação séria é indiscutível, isso não impede o juiz do *référé* de conceder medidas se a mesma contestação não é capaz de justificar a existência de um conflito real face à demanda do requerente.

As funções conservativa e satisfativa são também previstas pela primeira parte do artigo 809, do Código de Processo Civil francês. Segundo este dispositivo, “o Presidente sempre poderá, mesmo em havendo uma contestação séria, prescrever em *référé* as medidas conservativas ou de *remise en état* que se impõem, seja para prevenir um dano iminente, seja para fazer cessar um incômodo manifestamente ilícito”.²⁸⁹

Todavia, mister distinguir-se a diferença entre o exercício de sua função conservativa e de sua função satisfativa. Nos casos em que o juiz aplica a primeira função mencionada, a existência de uma contestação séria, no processo principal, será indiferente. Trata-se de uma situação em que há a constatação de um dano iminente e, nesse caso, o requerente espera do magistrado a concessão de medidas capazes de conservar o direito afirmado, a ser concedida com a prestação jurisdicional definitiva, para se evitar que o dano, que seria irreparável, se produza, antes do fim do litígio ou para preparar este litígio e, então, não se faz importante, *a priori*, que os direitos demandados pela vítima sejam manifestamente evidentes.²⁹⁰

²⁸⁶ ESTOUP, op. cit., p. 24.

²⁸⁷ VUITTON; VUITTON, op. cit., p. 49.

²⁸⁸ ESTOUP, op. cit., p. 24.

²⁸⁹ "Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en *référé* les mesures conservatoires ou de *remise en état* qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite". CADIET, op. cit., p. 623 (tradução nossa).

²⁹⁰ VUITTON; VUITTON, op. cit., p. 46.

Assim, quando o juiz exerce a sua função conservativa para evitar a realização de um dano iminente, a existência de uma contestação séria é indiferente. Aqui, o autor demanda ao juiz medidas de espera ou de preparação para evitar que o irreparável se produza antes mesmo que o litígio tenha uma solução.

Entretanto, nas situações em que o juiz exerce a sua função satisfativa (que supõe, de certo modo, um direito reconhecido), isto é, quando ele ordena medidas de *remise en état* fundadas na existência de um incômodo manifestamente ilícito, a existência de uma contestação séria, em sede principal, poderá influenciar na decisão a ser tomada.²⁹¹ Por exemplo, nos casos em que a contestação é apta a retirar o caráter ilícito do incômodo evocado pelo autor.²⁹²

Estas duas situações (dano iminente e incômodo manifestamente ilícito) são situações alternativas e complementares. Assim, as considerações acerca da ausência de contestação séria ou que justifique a existência de um conflito real face ao requerente da medida, são também cabíveis aqui, uma vez que o juiz deverá, igualmente, verificar se nenhuma das duas possibilidades está presente, antes de rejeitar as pretensões apresentadas. Consequentemente, o juiz deve buscar em todas as suas possibilidades dos poderes que lhe são conferidos para intervir no caso concreto.²⁹³

O juiz, em sede de *référé*, não é autorizado a declarar-se incompetente invocando a existência de uma contestação séria; ele deve buscar o dano iminente e o incômodo manifestamente ilícito,²⁹⁴ buscando-se, sempre, proporcionar ao jurisdicionado a melhor tutela jurisdicional possível.

Portanto, o dever de buscar o fundamento mais apropriado à situação posta deve ser exercido tanto entre as alternativas previstas por cada um dos dispositivos (artigos 808 e 809, do Código de Processo Civil francês), como entre os próprios dois artigos, o que acaba por

²⁹¹ VUITTON; VUITTON, op. cit., p. 48.

²⁹² "En ce sens, le juge des référés étant le juge de l'évident et de l'incontestable, selon la formule largement usitée de Monsieur le Premier président Draï, il se doit d'analyser les moyens développés devant lui, mais doit se reconnaître privé de pouvoirs pour prendre une mesure qui supposerait un droit reconnu (en réalité d'anticipation), dès que celui-ci n'apparaît pas incontestable ou évident. Cependant, compte tenu des triples fonctions du juge de référés (conservatoire, préparatoire et d'anticipation), celui-ci peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, ordonner des mesures d'attente ou préparatoires". VUITTON ; VUITTON, op. cit., p. 26-27.

²⁹³ Ibidem, p. 53.

²⁹⁴ "Qu'en statuant ainsi, alors que, même en présence d'une contestation sérieuse, le juge des référés peut prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite, la cour d'appel a violé le texte susvisé". FRANÇA. Cour de Cassation. **Chambre civile 3, du 22 janvier 1997, 95-13.142**. Publié au bulletin. Disponible en:

<<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007036545&fastReqId=1387391725&fastPos=3>>. Acesso em: 13 nov. 2014.

favorecer a intervenção do juiz do *référé*. Consequentemente, estas duas funções do juiz são **complementares**, uma vez que faltando a evidência de ilicitude, o que impediria a aplicação de medidas satisfativas, as quais supõem o reconhecimento de um direito, o juiz deverá buscar se é o caso de aplicação de medidas conservativas, analisando-se a possibilidade de constatação da existência de um dano iminente.

Essa ideia de complementariedade das funções do juiz auxilia a evitar que discussões metafísicas acerca da natureza do instituto a ser aplicado se prolonguem. Trata-se, assim, de noção voltada à efetividade do processo, considerando-o como *instrumento* para aplicação do direito material, uma vez que o caráter conservativo ou satisfativo da medida se faz, em verdade, irrelevante, uma vez que será o juiz quem decidirá qual a função mais adequada ao caso.

Ademais, a posição da Corte de Cassação francesa indica a ideia de que os juízes, em sede de *référé*, não são limitados pelas informações escritas e pretensões das partes; ele deve, então, por meio de sua apreciação soberana, tomar as medidas mais apropriadas à resolução litígio. Trata-se de uma maneira de se evitar que, por meio de uma análise superficial, o magistrado possa escapar facilmente (e artificialmente) ao seu dever de apreciação.

Finalmente, a intervenção de natureza satisfativa do juiz do *référé* também pode ser identificada na segunda parte, do artigo 809, do Código de Processo Civil francês. Trata-se do que a doutrina francesa denomina de *référés-provision* e *référés-injonction*, visto que, e, face a certas condições, o juiz é autorizado a ordenar medidas que antecipem a demanda do requerente.

Os *référés-provision* foram inicialmente criados para serem aplicados aos acidentes de trânsito e para pessoas que tivessem sofrido um prejuízo em razão de negócios imobiliários.²⁹⁵ Atualmente, entretanto, este tipo de *référé* é encontrado nos mais diversos casos, mas devem, ainda, respeitar os limites da competência material do tribunal cujo presidente é investido para julgamento.²⁹⁶

Importante notar que esta espécie de *référé*, prevista pela primeira parte, do artigo 809, do Código de Processo Civil francês, não depende de prova da urgência. Assim, para que seja ordenado, é suficiente que o credor apresente uma obrigação, cuja origem não é contestável.²⁹⁷ Consequentemente, é preciso que o juiz examine o mérito, mas de maneira

²⁹⁵ ESTOUP, op. cit., p. 117.

²⁹⁶ JULIEN; FRICERO, op. cit., p. 261.

²⁹⁷ Ibidem, p. 262.

superficial e menos aprofundada do que aquela a ser exercida pelo juiz investido de analisar o processo principal.

Finalmente, importante destacar que o único limite para esta provisão é o montante não seriamente contestável, isto é, o juiz dos *référés* é autorizado a acordar uma parte desta provisão (antecipação parcial) ou o montante total demandado (antecipação total).²⁹⁸

Outro caso em que é possível identificar esta função satisfativa do juiz do *référé* são os casos em que são concedidos os *référés-injonction*. Trata-se de uma medida ordenada nas situações em que a obrigação não é, *a priori*, seriamente contestável, mas cujo objetivo é diferente daquele dos *référés-provision*.

O objetivo destas medidas é o de executar a obrigação, mesmo que se trate de uma obrigação de fazer, de modo que o interesse do legislador ao criá-lo, era o de estimular o mais fortemente possível a execução *in natura* das obrigações.²⁹⁹ Entretanto, analisando-se a jurisprudência, é possível inferir que este tipo de medida tem um campo de aplicação mais limitado com relação àquele dos *référés-provision*.

4.3.2 O elemento comum às medidas de urgência

A urgência é imposta como a “razão de ser” tradicional do *référé*. Era, assim, a noção fundamental que justificou a sua criação e organização. Mesmo que não seja condição requisitada para todos os tipos de *référés*, encontra-se, ainda, a urgência como condição primeira e determinante para a investidura do juiz do *référé* quando se tratar do artigo 808 e 809 (este último no que diz respeito ao dano iminente), do Código de Processo Civil francês.³⁰⁰

Segundo Pierre Estoup, esta condição tem um caráter híbrido, uma vez que ela pode ser considerada como condição para o exercício deste tipo de *référé*, mas, igualmente, como condição de admissibilidade da demanda, visto que a constatação de urgência é necessária para se investir o juiz, mas, ao mesmo tempo, ela também é responsável por determinar seus poderes.³⁰¹ Para César-Bru, Hébraud, Seignolle e Odoul, a admissão do procedimento de *référé* é submetido à três condições, dentre as quais uma delas é a existência de urgência,

²⁹⁸ FRANÇA. Cour Cass. **Chambre Commerciale**, 20 janvier 1981, *Bull civ.*, n° 79-13050. Disponible en: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007007084&fastReqId=1665115412&fastPos=1>>. Acesso em: 05 nov. 2014.

²⁹⁹ JULIEN; FRICERO, op. cit., p. 263.

³⁰⁰ CÉZAR-BRU, et al., 1978, p. 33.

³⁰¹ ESTOUP, op. cit., p. 72.

adicionada à ausência de contestação séria e a competência da jurisdição invocada, e que tais condições podem ser designadas como condições de admissibilidade.³⁰²

A definição do termo *urgência* é extremamente delicada, haja vista que existem diversos graus nesta noção.³⁰³ Segundo decisão proferida pela Corte de Colmar de 4 de julho de 1973, em uma tentativa de definição da ideia de urgência, esta atestou que “a urgência começa onde termina o direito de uma parte, onde o direito da outra parte é violado, e onde nasce a necessidade imperiosa de fazer cessar essa violação”.³⁰⁴

Segundo Roger Perrot e Henry Solus, haverá urgência nas situações em que um atraso na decisão a ser proferida seria de tal natureza a comprometer os interesses do autor, e, então, não seria possível, nem mesmo eficaz, a exposição deste à lentidão do procedimento comum.³⁰⁵ A Corte de Cassação francesa igualmente acatou esta definição.³⁰⁶ Esta condição apresenta, assim, um caráter relativo, o que implica em dizer que este elemento será analisado em relação ao tempo necessário para a resolução do litígio pelo procedimento comum.

Em que pese estas constatações, reconhece-se, ainda, que a urgência é também uma condição subjetiva, pois cada juiz, investido em sede de *référé*, é autorizado, em cada caso que lhe é submetido, a dizer se há prejuízo grave para as partes caso estas dirijam-se ao procedimento ordinário. Desse modo, a urgência é uma noção fluída e que não responde a critérios estáticos. Em razão disso, a urgência deverá ser analisada *in concreto*, supondo-se uma avaliação dos interesses presentes. Trata-se, pois, de uma noção de fato que será constatada pelo poder soberano do magistrado.³⁰⁷

Todavia, esta noção subjetiva de urgência é, ainda, influenciada por elementos de caráter objetivo. Isto é, a urgência também resultará da natureza do caso e não do acordo entre as partes.³⁰⁸

Contudo, malgrado o fato de que a urgência é uma das condições indispensáveis para a intervenção do juiz do *référé* nos termos do dispositivo supracitado, no que diz respeito ao artigo 809 do mesmo código, não há previsão expressa que determine esta necessidade de urgência.

³⁰² CÉZAR-BRU et al., 1978, p. 33.

³⁰³ Ibidem, p. 36.

³⁰⁴ "L'urgence commence où s'arrête le droit d'une partie, où le droit de l'autre partie est violé, et où naît la nécessité impérieuse de faire cesser cette violation". Ibidem, p. 37 (tradução nossa).

³⁰⁵ SOLUS, Henry; PERROT, Roger. **Droit Judiciaire Privé**. Paris: Sirey, 1991, Tome 3, p. 1072.

³⁰⁶ "Toutes les fois que le retard apporté à une solution provisoire et ne préjugeant en rien le fond met en péril les intérêts d'une des parties (Paris, 3 mai 1917)". ESTOUP, op. cit., p. 72.

³⁰⁷ GUINCHARD, Serge; FERRAND, Frédérique; CHAINAIS, Cécile. **Procédure Civile**. 2. ed., Paris: Dalloz, 2011, p. 146.

Assim, contrariamente ao artigo 808, o artigo 809 não compreende uma disposição expressa acerca da exigência do elemento urgência para que o juiz possa intervir em sede de *référé* e, em razão disso, a jurisprudência da Corte de Cassação francesa havia excluído tal noção para as situações classificadas segundo este artigo.

Entretanto, da análise do dispositivo, é possível concluir-se que a urgência ela mesma não foi suprimida das situações que são enquadradas nas disposições do artigo 809, mas, ao contrário, ela é verdadeiramente compreendida na essência destas situações descritas (dano iminente e incômodo manifestamente ilícito). Em razão disso, não se fez necessária a sua menção expressa como condição autônoma, uma vez que ela já era inerente ao conjunto de condições reunidas no caso apresentado. Desta maneira, o que foi, em verdade, descartado pela Corte de Cassação francesa é a necessidade de se provar a existência desta urgência.³⁰⁹ Assim, mesmo que a esta seja a condição mais comum, não é preciso que seja constatada pelo juiz, bem como pouco importa se a medida demandada encontra barreira ou não em uma contestação séria.³¹⁰

4.3.3 Medidas provisórias no sistema francês e sua sistematização em “référés” de urgência e “référés” de evidência

A tutela provisória pode ser definida como uma tutela assegurada por meio de um procedimento diverso daquele do procedimento comum e que será aplicada nos casos em que não seja possível aguardar a lentidão natural deste último. Todavia, como se trata de procedimentos que derogam certas garantias processuais, é preciso que estes sejam provisórios, de modo a equilibrar, de um lado, a efetividade do processo e, de outro, a noção de segurança jurídica.

Pela análise dos artigos 808 e 809, do Código de Processo Civil francês, os quais descrevem as situações em que os *référés* podem ser aplicados, é possível a sua classificação em três tipos: (i) ***référés de urgência***; (ii) ***référés de evidência***; (iii) ***référés de urgência e de evidência***.

Os ***référés de urgência e de evidência*** são previstos nas disposições do artigo 808, do Código de Processo Civil francês. Assim, conforme anteriormente exposto, para que as medidas do artigo 808 sejam aplicadas. A definição da primeira condição, em razão de sua subjetividade, é difícil de ser encontrada, mas, por meio de uma definição geral, poder-se-ia

³⁰⁹ CADIET, op. cit., p. 617.

³¹⁰ CADIET; JEULAND, op. cit., p. 510.

dizer que “a urgência pode ser caracterizada todas as vezes que o atraso na ausência de pronunciamento de uma medida imediata será de natureza a comprometer gravemente os interesses de uma das partes”.³¹¹ Por outro lado, a segunda condição a ser preenchida é uma condição negativa no que diz respeito à ausência de contestação séria e positiva no que diz respeito à ausência de uma contestação capaz de justificar a existência de um conflito no plano fático. Significa dizer que, para que seja possível a intervenção do juiz em sede de *référé*, não deverá haver incerteza em torno do direito demandado, pois é o juiz do processo principal quem deverá resolver o litígio apresentado.

Ademais, no que diz respeito aos *référés* de urgência estes podem também serem identificados nas disposições do artigo 809, alínea primeira, do Código de Processo Civil francês, na expressão *dano iminente*. Contudo, conforme fora evidenciado, em que pese o fato de não constar menção expressa da *urgência* como requisito para a concessão do *référé* ali descrito, imperioso concluir que ela está implícita nas outras condições enumeradas neste dispositivo. Exigir-se igualmente a urgência nestas situações é uma conclusão lógica do objetivo geral que fora proposto por este artigo. Por outro lado, importante frisar que a ausência de contestação séria não é mais uma condição para ordenar em *référé* nas situações ali descritas.

Para que o juiz do *référé* possa intervir, é exigido que haja no caso concreto um *dano iminente* e a medida concedida pelo juiz terá como objetivo a prevenção deste dano ainda não realizado, mas onde se indica a sua possibilidade de ocorrência em breve.³¹²

Consequentemente, imperioso concluir que, malgrado a ausência de disposição expressa e o fato de a condição de existência de urgência não ser formalmente requisitada, tal noção é subjacente a este tipo de *référé*, uma vez que ela é implícita na noção de dano iminente, ao qual o juiz é encarregado de colocar um fim.³¹³

A intervenção do juiz do *référé* visa, nestes casos, a prevenção da criação de uma situação irreparável que poderá produzir um prejuízo ilegítimo. Trata-se, então, de uma intervenção para evitar uma *justiça tardia*, ou seja, para impedir a realização de um dano, fazendo com que a intervenção do juiz investido em julgar o processo principal torne-se ineficaz, restando a este somente a constatação dos danos já concretizados.³¹⁴

³¹¹ "L'urgence est notamment caractérisée toutes les fois que le retard dans l'absence de prononcé d'une mesure immédiate sera de nature à compromettre gravement les intérêts d'une partie". LEFORT, op. cit., p. 276 (tradução nossa).

³¹² LEFORT, op. cit., p. 278.

³¹³ ESTOUP, op. cit., p. 89.

³¹⁴ VUITTON; VUITTON, op. cit., p. 64.

Por outro lado, os **référés de evidência** são previstos pela primeira parte (no que diz respeito ao *incômodo manifestamente ilícito*), bem como pela segunda parte, do artigo 809, do Código de Processo Civil francês.

Segundo a primeira parte, do artigo 809, em presença de um *incômodo manifestamente ilícito*, o juiz poderá ordenar medidas satisfativas. O objetivo da medida demandada não será, pois, o de prevenir, mas sim de fazer cessar provisoriamente um incômodo que já tenha se iniciado, produzindo efeitos danosos. Frise-se, contudo, que o incômodo deverá ter um caráter ilícito, no sentido de que a situação criada por uma das partes porte manifesto atentado a outra.³¹⁵ Para estes casos, o juiz irá ordenar medidas satisfativas, mas de modo provisório, demonstrando, assim, o exercício da *função satisfativa* pelo juiz.

Segundo Roger Perrot e Henry Solus,³¹⁶ é a **evidência** que permitirá a aplicação de uma determinada medida, uma vez que o caráter ilícito do incômodo se faz evidente, sendo este também o entendimento de Jacques e Xavier Vuitton.³¹⁷

O termo “incômodo manifestamente ilícito” deve sempre ser analisado em seus três elementos (incômodo, manifesto e ilícito), onde o termo “manifestamente” evoca a ideia de que não se deve haver dúvida acerca da ilicitude do incômodo, de modo que o juiz deverá analisar a evidência do direito reclamado.³¹⁸ Logo, se o “dano iminente” consiste em uma questão de fato (em que a urgência é implícita) proveniente da apreciação soberana do juiz, a noção de “incômodo manifestamente ilícito”, por outro lado, é uma noção de direito,³¹⁹ tratando-se mais de uma análise de evidência do que uma análise de urgência.

Finalmente, é possível constatar que a medida a ser tomada nos casos em que haja um incômodo manifestamente ilícito não é simplesmente preventiva, mas igualmente repressiva e

³¹⁵ "La question de savoir si le juge des référés dispose d'un pouvoir souverain pour apprécier la notion de trouble manifestement illicite est controversée. La Cour de cassation juge qu'en cas d'appel, le juge du second degré chargé d'apprécier la réalité du trouble doit se placer au jour où le premier juge a rendu sa décision et non au jour où il statue.". LEFORT, op. cit., p. 279.

³¹⁶ "Le trouble manifestement illicite désigne toute perturbation résultant d'un fait matériel ou juridique qui, directement ou indirectement, constitue une violation **évidente** de la règle de droit, au sens le plus large du terme". SOLUS; PERROT, op. cit., p. 1088 (grifei).

³¹⁷ "**Le caractère "manifeste"** du trouble illicite renvoie à la raison d'être initiale du juge des référés, juge de l'immédiat, de l'évident, ce qui paraît impliquer une intervention dans un litige exempt de doute, puisque, au moins dans l'inconscient collectif judiciaire, trancher dans le doute exclut toute précipitation. Le juge des référés ne disposant pas des temps et son intervention ne supportant pas de retard, le trouble dont il est saisi doit être incontestable. L'intervention du juge des référés reste nécessairement marquée par une évidence, même s'il est autorisé à procéder à des recherches plus approfondies qu'autre fois pour la mettre en évidence". VUITTON; VUITTON, op. cit., p. 56 (grifei).

³¹⁸ No mesmo sentido: "trouble, c'est-à-dire un acte perturbateur commis par le défendeur et un dommage corrélatif subi par le demandeur. Ce trouble, ensuite, doit être illicite. L'illicite c'est tout ce qui est défendu par la loi (au sens large), la morale et les usages. Enfin, le trouble doit être *manifestement* illicite. **Par cette notion, on rejoint la notion d'évidence**". STRICKLER, op. cit., p. 242.

³¹⁹ CADIET; JEULAND, op. cit., p. 511.

tem forma de uma medida satisfativa, uma vez que os danos estão sendo produzidos. A constatação de existência de tal incômodo exige que “salte aos olhos” que o comportamento da parte é contrário a moral e à lei.³²⁰

No que diz respeito à segunda parte, do mesmo dispositivo, trata-se dos já discorridos *référés-provision* e *référés-injonction*. A única condição exigida, nestes casos, é que a existência da obrigação afirmada não seja seriamente contestável. Não se trata, assim, de um *référé* cuja base é a urgência, mas sim de um *référé* em que seja evidente que o direito demandado existe e é legítimo, não sendo passível de contestação.

Há, portanto, duas opções que o juiz do *référé* poderá aplicar: ele poderá (i) acordar uma caução ao credor ou (ii) ordenar a execução da obrigação, mesmo nos casos em que se tratar de obrigação de fazer.

Para os dois casos, a única condição a ser preenchida é a de que a obrigação não seja seriamente contestável, o que se assemelha a ideia de ausência de contestação séria; a urgência, ao contrário, não é demandada aqui.³²¹

Nas hipóteses do primeiro caso, isto é, quando se tratar do *référé-provision*, importante destacar que a caução acordada ao credor poderá cobrir a totalidade da soma que poderá ser demandada no processo principal. Assim, se o montante total da dívida alegada não é seriamente contestável, nada impede que o juiz acorde uma provisão que corresponda à integralidade da demanda.³²²

Consequentemente, é possível identificar um caráter de “moralização da vida jurídica”, uma vez que este tipo de *référé* tornou-se um relevante modo de evacuação de processos de indenização e aqueles relativos à responsabilidade civil, no que diz respeito aos devedores de má-fé,³²³ pois esta caução exercerá um papel dissuasivo, uma vez que representará um montante equivalente à soma do litígio, o que pode acabar por fazer com que esse devedor de má-fé desista e não continue o processo principal outrora proposto no procedimento comum.³²⁴³²⁵

³²⁰ ESTOUP, op. cit., p. 90.

³²¹ STRICKLER, op. cit., p. 245.

³²² Ibidem.

³²³ CADIET; JEULAND, op. cit., p. 512-513.

³²⁴ STRICKLER, op. cit., p. 245.

³²⁵ "C'est d'autant plus vrai que les conditions d'exercice de ce type de référé sont peu contraignantes, et que la jurisprudence marque une tendance très nette à en élargir le domaine d'application, en y cherchant le moyen d'éviter des débats ultérieurs devant le juge du fond, et en opérant ainsi un véritable transfert de compétence au profit du juge des référés". ESTOUP, op. cit., p. 111.

Por outro lado, o *référé-injonction* visa a execução da própria obrigação.³²⁶ Essa medida confere ao juiz o poder de ordenar a execução de uma obrigação, mesmo em se tratando de uma obrigação de fazer.³²⁷

Finalmente, a diferença entre os *référés* de urgência e os *référés* de evidência pode ser encontrada em suas respectivas essências. Os primeiros são concedidos em situações em que a espera pela resposta jurisdicional definitiva representa um risco ao direito demandado e, assim, um procedimento mais rápido se faz necessário; enquanto que os *référés* de evidência são aplicados nos casos em que a demanda do autor é claramente legítima, no sentido de que não há dúvidas acerca da existência do direito demandado e, em razão desta evidência, não há razão para se fazer o autor esperar tamanha a evidência de sua demanda.

4.3.3.1 Quadro Comparativo entre os “*référés*” de urgência e os “*référés*” de evidência

Das considerações feitas, é possível identificar que no sistema francês existem medidas a serem concedidas em casos onde está presente a urgência, a evidência ou mesmo ambas, conforme se evidencia no “Quadro 3 – Sistematização das tutelas provisórias no direito francês”.

Analisando-se o quadro abaixo, nota-se que os *référés* tradicionais, nascidos da necessidade premente de um procedimento célere na entrega da prestação jurisdicional, cuja essência primeira é a presença do elemento “urgência”, uma vez inserida a ideia de “ausência de contestação séria ou capaz de justificar a existência de um conflito real”, passou a constituir espécie de tutela provisória de urgência e de evidência.

Com relação à tutela concedida com base na primeira parte, do artigo 809 para se evitar a realização de dano iminente, deverá ser concedida em razão da urgência proveniente da própria situação enfrentada pelo autor. Por outro lado, quando é ordenada medida que vise fazer cessar um incômodo manifestamente ilícito, hipótese igualmente prevista no mesmo dispositivo, a tutela concedida será pautada tanto na urgência, quanto na evidência, uma vez que há urgência em fazer cessar o incômodo, mas este deverá ser evidentemente ilícito.

³²⁶ "Son origine se trouve dans le souhait de la Commission sur le traitement des litiges de consommation, qui préférait à l'octroi d'une provision, l'exécution de l'obligation qui serait refusée au consommateur". STRICKLER, op. cit., p. 247; "(...) est intervenu à la demande des associations de consommateurs qui souhaitaient la création d'une procédure nouvelle comparable à l'injonction de payer, mais pouvant conduire à une injonction de faire et être utilisée pour obtenir notamment la livraison ou la restitution d'un bien ou la fourniture d'un service". ESTOUP, op. cit., p. 120.

³²⁷ CADIET; JEULAND, op. cit., p. 513.

Finalmente, as hipóteses previstas na segunda parte, do artigo 809, representam situações em que os *référés* são concedidos em razão da evidente existência do direito reclamado, logo, são medidas cuja concessão está pautada na evidência da obrigação, uma vez que esta não é passível de ser seriamente contestável.

Quadro 3 – Sistematização das tutelas provisórias no direito francês

URGÊNCIA	EVIDÊNCIA	URGÊNCIA/EVIDÊNCIA
Artigo 809, primeira parte, do CPC francês.	Artigo 809, segunda parte, do CPC francês (" <i>référé-provision</i> " et " <i>référé-injonction</i> ").	<ul style="list-style-type: none"> • Artigo 808, do CPC francês. • Artigo 809, do CPC francês.
Dano iminente.	Obrigação cuja existência não seja seriamente contestável.	<ul style="list-style-type: none"> • Urgência + ausência de contestação séria ou capaz de justificar a existência de um conflito real. • Incômodo manifestamente ilícito.

Fonte: Elaborado pelo autor.

4.4 Conclusões parciais

4.4.1 A importância de uma proteção jurisdicional provisória

Com o novo Código de Processo Civil francês, uma inquietude de se acelerar o curso da justiça civil nasceu³²⁸ e, simultaneamente, foram igualmente concretizados novos olhares acerca da função do juiz e seu papel no desenrolar do processo.

Contudo, as vias clássicas, mesmo que já renovadas, não eram capazes para resolver o grande fluxo de casos submetidos ao judiciário. Assim, em razão da natureza de alguns litígios que não poderiam suportar a lentidão, a complexidade e o custo do procedimento

³²⁸ CADIET ; JEULAND, op. cit., p. 2.

comum, o legislador criou procedimentos particulares, melhor adaptados às necessidades de determinados casos ou partes.

O procedimento de *référé* é, particularmente, um procedimento “rápido, flexível, enérgico, eficaz, moderno desde sua origem, e adquiriu, em razão destas qualidades, uma preponderância indiscutível”³²⁹. Tal procedimento, conforme fora mencionado, não é exatamente novo, mas, mister notar, que a legislação, bem como sua regulamentação contemporânea aumentaram significativamente seu domínio de incidência.³³⁰

É o tempo que concede toda a força a este procedimento que, em verdade, não tem força própria. Ela não é eficaz senão porque ela tem o tempo a seu favor. Ela é rápida, simples e eficaz. Ela visa a uma eficácia do serviço público da justiça ao outorgar decisões eficazes em um pequeno lapso temporal, mesmo que elas sejam tão somente provisórias.³³¹

4.4.2 Noções extraídas das normas jurídicas francesas

Deste estudo realizado no *Institut de Recherche Juridique de La Sorbonne*, foi possível constatar que os juízes, em sede de *référé*, têm a possibilidade de exercer duas funções distintas: satisfazer ou conservar. E estas duas funções podem ser exercidas em situações de urgência ou de evidência (ou até mesmo ambas) para a concessão de medidas apropriadas e adequadas à cada situação que lhes é submetida.

Os efeitos provenientes da aplicação destas funções são distintos, pois os efeitos obtidos quando da aplicação da função satisfativa são mais incisivos, visto que tendem a fornecer ao autor o que seria recebido somente com a decisão definitiva. Contudo, a diferença entre estes dois tipos de funções não é algo claramente identificável, de modo que toda medida conservativa, em última análise, é uma medida de satisfação parcial, o que nos leva a concluir que as funções do juiz em sede de *référé* são extremamente ligadas, e mais do que isso, são complementares.³³²

Consequentemente, o papel essencial do juiz do *référé* é o de escolher a medida mais adequada à situação que lhe é submetida a apreciação e, em virtude disso, ele dispõe de toda uma gama de medidas possíveis de serem aplicadas. O problema é o de exercer essa função da maneira mais apropriada, pois “a melhor medida é aquela suficiente para colocar um fim à

³²⁹ "Rapide, souple, énergique, efficace, moderne dès son origine, [et] a, par ces qualités, acquis une prépondérance indiscutable". CÉZAR-BRU, et al., 1978, p. 7 (tradução nossa).

³³⁰ Ibidem, p. 7.

³³¹ AMRANI-MEKKI, Soraya. *Le Temps et le Procès Civil*. Paris: Dalloz, 2002, p. 475.

³³² ESTOUP, op. cit., p. 97.

situação litigiosa, tomando em conta a urgência, comprometendo o menos possível os direitos ou interesses de cada uma das partes”.³³³

Por outro lado, estas duas funções podem ser igualmente aplicadas em razão de uma situação em que a legitimidade da pretensão da parte é evidente. “A evidência marca, ainda, a escolha da medida adaptada à manutenção do *status quo* que o juiz dos *référés* é encarregado de reestabelecer ou de preservar: se ele é soberano na escolha da medida, esta deve, entretanto, em princípio, corresponder à situação que a justifica e deve a esta ser adaptada”.³³⁴

Imperioso concluir-se que as funções do juiz, em sede de *référé*, isto é, **conservar** e **satisfazer**, são funções de cunho extremamente complementar e fortemente ligadas, de modo que a sua separação é dificilmente projetada. Consequentemente, em um sistema jurídico, seja ele francês ou brasileiro, a submissão destas funções a um mesmo procedimento é indispensável ao bom funcionamento da justiça, uma vez que tal unificação que é responsável por garantir plenamente os procedimentos rápidos, bem como a sua eficácia.³³⁵

Assim, diferentemente do sistema processual brasileiro, no direito francês, parte-se da ideia de que o juiz deverá conceder determinada medida, com base na urgência ou na evidência (ou até mesmo com base em ambas) e, a depender da situação que lhe é submetida para análise, o magistrado aplicará sua **função conservativa** ou a sua **função satisfativa**. Desse modo, muito mais do que uma discussão acerca da **natureza** da medida a ser aplicada, trata-se, em verdade, da função a ser exercida pelo juiz, evitando-se, assim, debates desgastantes e desnecessários acerca da natureza da medida aplicada.

Segundo Serge Guinchard, Cécile Chainais e Frédérique Ferrand, a ampliação da área de aplicação do *référé* foi tamanha que, atualmente, a urgência não é mais a única explicação para a sua concessão.³³⁶

Trata-se, enfim, de se buscar a medida mais adequada, tendo em vista a situação apresentada e a concessão desta poderá ser fundada nas noções de motivos urgentes ou de motivos evidentes, ou até mesmo da presença de ambos. E, destas constatações, foi possível a

³³³ "La meilleure mesure est celle qui suffit à mettre un terme à la situation litigieuse, compte tenu de l'urgence, en compromettant le moins possible les droits ou intérêts de chacune des parties". ESTOUP, op. cit., p. 97 (tradução nossa).

³³⁴ "L'évidence marque encore le choix de la mesure adaptée au maintien d'un *statu quo* que le juge des référés est chargé de rétablir ou de préserver: s'il est souverain dans le choix de la mesure, cette dernière doit, pourtant, en principe, correspondre à la situation qui la justifie et doit y être adaptée". VUITTON; VUITTON, op. cit., p. 230 (tradução nossa).

³³⁵ "L'unité de la juridiction des référés est assurée par les fonctions qui sont dévolues au juge des référés et qui transcendent les différents fondements textuels lui conférant des pouvoirs du juge de référé". Ibidem, p. 102.

³³⁶ GUINCHARD; FERRAND; CHAINAIS, op. cit., p. 144.

elaboração do quadro comparativo acima proposto, para se classificar os *référés* mais utilizados na prática forense francesa, em razão do fundamento principal sob o qual podem ser fundados.

Desta classificação, foi possível notar-se que os *référés* clássicos, sempre anunciados em torno de uma ideia de urgência, são aqueles previstos pelo artigo 808, do Código de Processo Civil francês. Entretanto, ao ser incluída ideia de ausência de contestação séria ou capaz de justificar a existência de um conflito real como uma das condições para a concessão desta medida, faz referência a uma condição claramente de evidência. De modo que foi possível deduzir que as noções de urgência e de evidência no direito francês, são, em verdade, noções inseparáveis.

CAPÍTULO 5

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: DOS PROJETOS AO RESULTADO FINAL

5.1 O trâmite legislativo do Novo Código de Processo Civil

A tramitação do Novo Código de Processo Civil iniciou-se com a apresentação ao Congresso Nacional de um Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil preparado por uma Comissão de Juristas, cuja finalidade era a apresentação do Anteprojeto em 180 dias. Tal Comissão, criada em 30 de setembro de 2009, mediante o Ato nº 379, era composta por Benedito Cerezzo Pereira Filho, Teresa Arruda Alvim Wambier, Humberto Theodoro Júnior, Luiz Fux, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho, entre outros.

Assim, em 8 de junho de 2010, o Anteprojeto foi apresentado ao Senado Federal sob o número 166/2010, transformando-se no Projeto de Lei do Senado com o mesmo número (PLS nº 166/2010).³³⁷

Segundo o Ministro Luiz Fux, presidente da comissão de juristas, o projeto manteve os mesmos fundamentos técnicos presentes no movimento reformista iniciado na década de 1990 (de onde, em 1994, também surgiu a tutela antecipada), buscando-se adequar ao movimento de acesso à justiça.³³⁸

Em 24 de novembro de 2010, o relatório final do projeto fora apresentado ao Senado Federal e, em 1º de dezembro do mesmo ano, foi aprovado com algumas alterações pontuais. Com a aprovação desse relatório, em 15 de dezembro de 2010, o PLS nº 166/2010 foi aprovado pelo Senado Federal, sendo, assim, enviado à Câmara dos Deputados sob a denominação de Projeto de Lei nº 8.046/2010.

Interessante notar que, na elaboração do Novo Código de Processo Civil, houve participação do público, uma vez que, entre 12 de abril de 2011 e 15 de maio do mesmo ano, o projeto ficou submetido à consulta pública na plataforma virtual do Ministério da Justiça.³³⁹

³³⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 37-38.

³³⁸ FUX, Luiz (Coord.) et al. **O Novo Processo Civil Brasileiro: direito em expectativa (reflexões acerca do projeto do Novo Código de Processo Civil)**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.2

³³⁹ THEODORO JÚNIOR et al., op. cit., p. 37-38.

Em 16 de junho de 2011, foi instituída uma Comissão Especial na Câmara dos Deputados, cujo presidente era o deputado Fábio Trad e o relator o deputado Sérgio Barradas Carneiro (substituído, posteriormente, pelo deputado Paulo Teixeira a partir de maio de 2012).

Posteriormente, em 05 de setembro de 2011, com o intuito de auxiliar na adequação do substitutivo a ser apresentado pela Câmara, foi instituída uma Comissão de Notáveis, composta dentre outros por Fredie Didier Júnior, Luiz Henrique Volpe Camargo, Leonardo Carneiro da Cunha, Alexandre Freitas Câmara, Daniel Mitidiero, Paulo Lucon, José Manuel Arruda Alvim, Rinaldo Mouzalas e Marcos Destefenni.

Frise-se, contudo, que a Comissão de Notáveis foi ampliada pelo deputado Paulo Teixeira, passando dela compor, entre outros, Ada Pellegrini Grinover, Athos Gusmão Carneiro, Cândido Rangel Dinamarco, Cassio Scarpinella Bueno, Kazuo Watanabe, Luiz Guilherme Marinoni e Teresa Arruda Alvim Wambier.

Em 16 de julho de 2013, o projeto da Câmara dos Deputados foi aprovado pela Comissão Especial, com alterações que buscaram aprimorar o texto para proporcionar uma maior aproximação com as premissas da constitucionalização e democratização do processo, formatando-se uma legislação em que não há protagonista no processo, partindo-se, então, para um posicionamento que fomenta a participação e importância técnica de todos aqueles que, de algum modo, participam no sistema processual.³⁴⁰

No Senado Federal, na etapa final, foi igualmente criada uma Comissão Especial com o objetivo de analisar o projeto modificado pela Câmara dos Deputados, bem como para a apresentação de um parecer final. Ademais, nova Comissão de Juristas foi nomeada, da qual participaram o Ministro Luiz Fux, Teresa Arruda Alvim Wambier, José Roberto dos Santos Bedaque, Paulo C. Pinheiro e Bruno Dantas.

Em 27 de novembro de 2014, o relatório final foi apresentado publicamente pelos Senadores Vital do Rego e José Pimental e, posteriormente, aprovado pela comissão em 4 de dezembro de 2014.

Em 17 de dezembro de 2014, o Novo Código de Processo Civil foi aprovado no Senado Federal e, após a revisão final, em 24 de fevereiro de 2015, o texto foi remetido à Presidência da República, sendo sancionado pela Presidente da República, Dilma Rouseff, com alguns pontos vetados, em 16 de março de 2015, tornando-se a Lei nº 13.105, cuja publicação deu-se em 17 de março de 2015, marcando o início de sua *vacatio legis* de um ano, de modo que a data prevista para sua entrada em vigor é 18 de março de 2016.³⁴¹

³⁴⁰ THEODORO JÚNIOR et al, op. cit., p. 39.

³⁴¹ Ibidem, p. 40-41.

Ressalte-se, finalmente, que o Novo Código de Processo Civil é o primeiro código processual civil a ser aprovado durante um regime democrático, pois, à época da aprovação do Código de Processo Civil de 1939, estava instituída a ditadura do “Estado Novo” de Getúlio Vargas e, por outro lado, o Código de Processo Civil de 1973 foi sancionado durante a ditadura militar.

5.2 Motivos e estrutura do Novo Código de Processo Civil

Na Exposição de motivos do Novo Código de Processo Civil, afirma-se que sua elaboração se orientou, principalmente, em cinco objetivos:

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 alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.³⁴²

O primeiro objetivo demonstra a preocupação com a necessidade de promover sintonia entre as normas processuais e os dispositivos constitucionais, e, em razão disso, o Novo Código de Processo Civil acaba por não só relembrar, como também por concretizar alguns dos princípios constitucionais.

Como segundo objetivo, o código busca aproximar o juiz com o contexto social em que a decisão produzirá efeitos. Nesse sentido, surgem as hipóteses em que o magistrado deverá aceitar como mais apropriada a solução criada pelas próprias partes para o conflito, bem como a possibilidade de o *amicus curiae* participar do processo, desde as instâncias inferiores.

Em terceiro lugar, tem-se a tentativa de simplificação do processo, reduzindo-se, para tanto, a complexidade dos subsistemas existentes no código. É nesse sentido que foi criada a tutela da evidência, permitindo àquele que pleiteia direito não seriamente contestado pela parte adversa, tenha a sua tutela antecipada, sem necessidade de se provar o *periculum in mora*.

O quarto objetivo busca evitar barreiras formalistas que possam acabar reduzindo o processo à simples burocracia, ampliando-se a morosidade e inefetividade deste em razão do

³⁴² Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 08 ago. 2015.

culto à forma. É daqui que decorreu a necessidade de unificação das tutelas de urgência, para se evitar discussões inúteis sobre a adequação da via escolhida pela parte, uma vez que, como anteriormente demonstrado no “Capítulo III – Fungibilidade entre as tutelas de urgência e a perda da necessidade de uma ação cautelar autônoma”, ainda existem diversas questões controversas acerca da aplicação da tutela cautelar e da tutela antecipada, que acabavam por gerar recursos capazes de retardar a prestação jurisdicional.

Finalmente, o quinto objetivo inaugura a sétima fase do direito processual civil brasileiro, buscando proporcionar ao sistema processual um maior grau de organicidade. O Novo Código de Processo Civil, nesse sentido, vem sistematizar os frutos proveitosos provenientes das inúmeras reformas processuais implementadas a partir da década de 1990, bem como introduzir uma Parte Geral no diploma processual, conforme será discorrido.

Ainda, na exposição de motivos, a sistematização de tutelas de urgência e tutelas da evidência adotada tem em vista a concepção de que a resposta do Judiciário deve ser a mais rápida possível, não só em situações de urgência, mas também nas situações em que o direito demandado é evidente, não havendo razão em fazer seu titular aguardar o trâmite de todo o processo, até porque a demora deste em si já é suficiente para agravar o dano. Nestes últimos casos, a tutela será concedida sem a necessidade de comprovação do *periculum in mora*.

O Novo CPC agora deixa clara a possibilidade de concessão de tutela de urgência e de tutela à evidência. Considerou-se conveniente esclarecer de forma expressa que a resposta do Poder Judiciário deve ser rápida não só em situações em que a urgência decorre do risco de eficácia do processo e do eventual perecimento do próprio direito. Também em hipóteses em que as alegações da parte se revelam de juridicidade ostensiva deve a tutela ser antecipadamente (total ou parcialmente) concedida, independentemente de *periculum in mora*, por não haver razão relevante para a espera, até porque, via de regra, a demora do processo gera agravamento do dano.³⁴³

No que diz respeito à estrutura, com o Novo Código de Processo Civil, houve uma redivisão topográfica dos Livros que o compõem. Deixou-se para trás a antiga estruturação do Código de Processo Civil de 1973 dividido em cinco livros e que valorizava excessivamente o processo de conhecimento, bem como destinava desnecessariamente todo um livro ao processo cautelar.

Com o novo diploma, foi criada uma Parte Geral, dividida em seis Livros, dos quais todo o Livro V foi dedicado à aplicação da tutela provisória, tamanha a sua importância.

³⁴³ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 08 ago. 2015.

Posteriormente, seguem uma Parte Específica e uma dedicada às Disposições Finais e Transitórias.

Assim, em substituição ao Livro III do Código de Processo Civil atual – que discorre acerca do “processo cautelar” e ao atual artigo 273 – a Parte Geral dedica todo um Título do que se convencionou denominar de “tutela provisória”, regradada, assim, dos artigos 294 a 311, do Novo Código de Processo Civil. Trata-se de conjunto de regras que visa permitir a concessão, de certo modo generalizada, de medidas conservativas ou satisfativas, de modo antecedente ou incidental.³⁴⁴

5.3 Sistematização das tutelas provisórias: projetos e resultado final

Os juízos realizados em sede de solução provisória e de solução definitiva são diversos no que diz respeito à realidade substancial que é apresentada, uma vez que em cada uma delas o nível de cognição aplicado pelo magistrado é diferente.

Essa tutela provisória, diferenciada da tutela jurisdicional comum (definitiva), pode-se fundar ora na urgência, ora na evidência de que o direito afirmado existe. Tem-se, assim, como espécies de tutela diferenciada, a tutela de urgência e a tutela da evidência.³⁴⁵

Tal sistematização trata-se de evolução doutrinária que fora aplicada quando da elaboração do Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil e prosseguiu até a sanção deste. Neste capítulo, será estudada esta sistematização desde os Projetos do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, até o texto final aprovado.

Importante, finalmente, ressaltar que as análises aqui perpetradas dirão respeito aos dispositivos relevantes ao tema, não se abordando aspectos procedimentais específicos das tutelas provisórias, tendo em vista tratar-se de questões subjacentes ao tema aqui estudado.

5.3.1 Análise da sistematização das tutelas de urgência e de evidência nos Projetos do Senado Federal e da Câmara dos Deputados

Uma das modificações mais evidentes nos Projetos do Novo Código de Processo Civil é a disciplina reservada para o que atualmente se conhece pela denominação de “tutela antecipada” e “processo cautelar”. Trata-se da instituição do regime das *Tutelas Provisórias*, dividida em *Tutela de Urgência* e *Tutela da Evidência*, no Projeto do Senado Federal e de

³⁴⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 24-25.

³⁴⁵ BEDAQUE, 1998, p. 314.

Tutela Antecipada no Projeto da Câmara dos Deputados, conforme pode se verificar do quadro comparativo abaixo:

Quadro 4 – Comparação entre o Projeto do Senado Federal (artigo 269) e o Projeto da Câmara dos Deputados (artigo 295)

PROJETO DO SENADO	PROJETO DA CÂMARA
<p style="text-align: center;">TÍTULO IX TUTELA DE URGÊNCIA E TUTELA DE EVIDÊNCIA CAPÍTULO I Disposições Gerais</p> <p style="text-align: center;"><i>Seção I</i> Das disposições comuns</p> <p>Art. 269. A tutela de urgência e a tutela de evidência podem ser requeridas antes ou no curso do processo, sejam essas medidas de natureza satisfativa ou cautelar.</p> <p>§ 1º São medidas satisfativas as que visam a antecipar ao autor, no todo ou em parte, os efeitos da tutela pretendida.</p> <p>§ 2º São medidas cautelares as que visam a afastar riscos e assegurar o resultado útil do processo.</p>	<p style="text-align: center;">LIVRO V DA TUTELA ANTECIPADA TÍTULO I DAS DISPOSIÇÕES GERAIS, DA TUTELA DE URGÊNCIA E DA TUTELA DE EVIDÊNCIA CAPÍTULO I Disposições gerais</p> <p>Art. 295. A tutela antecipada, de natureza satisfativa ou cautelar, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.</p> <p>Parágrafo único. A tutela antecipada pode fundamentar-se em urgência ou evidência.</p>

Fonte: Adaptado pelo autor de: Projeto de Novo Código de Processo Civil do Senado Federal (PSL nº 166/2010) e Projeto de Novo Código de Processo Civil da Câmara dos Deputados (PL nº 8.046/2010).

Segundo Cássio Scarpinella Bueno,³⁴⁶ a disciplina proposta pelo Senado Federal corresponde melhor à noção que norteou o trabalho da Comissão de Juristas quando o Anteprojeto foi elaborado, nomeando-se as tutelas provisórias como “tutela de urgência” e “tutela da evidência”, diferentemente do Projeto apresentado pela Câmara dos Deputados, que contém claro erro conceitual e estrutural ao tratar a tutela provisória somente pelo nome de “tutela antecipada”.

Entretanto, malgrado a diferença na nomenclatura adotada, existem alguns pontos semelhantes no regramento da tutela provisória entre os projetos de Novo Código de Processo Civil, uma vez que ambos admitem a prestação da tutela de urgência/evidência/antecipada de

³⁴⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Projetos de Novo Código de Processo Civil Comparados e Anotados**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 156.

modo incidental ou preparatório, com caráter cautelar ou satisfativo, sendo concedidas com base em dois fundamentos possíveis: a urgência e a evidência.³⁴⁷

A exemplo, tem-se os artigos 270 e 298, do Projeto do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, respectivamente, que correspondem ao que hoje é designado como “poder geral de cautela”, conforme se identifica do quadro abaixo:

Quadro 5 – Comparação entre o Projeto do Senado Federal (artigo 270) e o Projeto da Câmara dos Deputados (artigo 298)

PROJETO DO SENADO	PROJETO DA CÂMARA
<p>Art. 270. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave ou de difícil reparação.</p> <p>Parágrafo único. A medida de urgência poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente.</p>	<p>Art. 298. O juiz pode determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela antecipada.</p> <p>Parágrafo único. A efetivação da tutela antecipada observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.</p>

Fonte: Adaptado pelo autor de: Projeto de Novo Código de Processo Civil do Senado Federal (PSL nº 166/2010) e Projeto de Novo Código de Processo Civil da Câmara dos Deputados (PL nº 8.046/2010).

A vantagem trazida pelos Projetos é que este “dever-poder” poderá ser aplicado tanto para a utilização de medidas de cunho *cautelar*, buscando-se assegurar o resultado útil do processo, bem como de medidas de cunho *satisfativo*, proporcionando uma satisfação imediata do direito pleiteado, demonstrando igualmente uma sucessão do “poder geral de antecipação” outrora previsto pelo artigo 273, *caput*, do Código de Processo Civil atual.³⁴⁸

Ademais, ambos os projetos trazem a necessidade de fundamentação das decisões que negarem, modificarem ou revogarem a medida provisória outrora concedida. Em que pese a afirmação por parte da doutrina de que tais disposições são redundantes e desnecessárias, pede-se *vênia* aqui para discordar. Ora, é notório que, atualmente, grande parte das decisões que analisam o pedido de tutela provisória simplesmente vem com fundamentações genéricas do tipo “ausentes os requisitos, nego a medida requerida”, de modo que a previsão expressa

³⁴⁷ BUENO, 2013b.

³⁴⁸ Ibidem, p. 157.

no diploma processual se faz coerente, buscando regulamentar tal situação e evitando, assim, que quaisquer injustiças sejam cometidas.

Quadro 6 – Comparação entre o Projeto do Senado Federal (artigo 271) e o Projeto da Câmara dos Deputados (artigo 299)

PROJETO DO SENADO	PROJETO DA CÂMARA
Art. 271. Na decisão que conceder ou negar a tutela de urgência e a tutela de evidência, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. Parágrafo único. A decisão será impugnável por agravo de instrumento.	Art. 299. Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela antecipada, o juiz justificará as razões de seu convencimento de modo claro e preciso. Parágrafo único. A decisão é impugnável por agravo de instrumento.

Fonte: Adaptado pelo autor de: Projeto de Novo Código de Processo Civil do Senado Federal (PSL nº 166/2010) e Projeto de Novo Código de Processo Civil da Câmara dos Deputados (PL nº 8.046/2010).

No que diz respeito aos parágrafos únicos dos dois dispositivos analisados no “Quadro 6”, o esclarecimento de que as decisões serão impugnáveis por agravo de instrumento faz-se coerente e em acordo com a sistemática adotada pelo Novo Código de Processo Civil, uma vez que este prevê que somente serão agraváveis as decisões interlocutórias expressamente previstas.³⁴⁹

Com relação ao modo para a efetivação da tutela provisória concedida, ambos os Projetos preveem que seguir-se-á, no que couber, as normas referentes ao cumprimento de sentença, previsão esta que é repetida nos artigos 505 e 503 dos Projetos do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, respectivamente.³⁵⁰

Quadro 7 – Comparação entre o Projeto do Senado Federal (artigo 273) e o Projeto da Câmara dos Deputados (artigo 298, parágrafo único)

PROJETO DO SENADO	PROJETO DA CÂMARA
Art. 273. A efetivação da medida observará, no que couber, o parâmetro operativo do cumprimento da sentença definitivo ou provisório.	Art. 298. O juiz pode determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela antecipada. Parágrafo único. A efetivação da tutela antecipada observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

Fonte: Adaptado pelo autor de: Projeto de Novo Código de Processo Civil do Senado Federal (PSL nº 166/2010) e Projeto de Novo Código de Processo Civil da Câmara dos Deputados (PL nº 8.046/2010).

³⁴⁹ BUENO, 2013b, p. 157.

³⁵⁰ Ibidem, p. 158.

Por outro lado, o Projeto do Senado Federal previa a tramitação prioritária dos processos em que havia sido concedida a tutela de urgência ou de evidência,³⁵¹ o que, entretanto, erroneamente, não foi mantido nem no Projeto aprovado na Câmara dos Deputados, nem na legislação final aprovada e sancionada.

Outro aspecto semelhante nos Projetos são os requisitos para a concessão da “tutela de urgência” (Projeto do Senado) e da “tutela antecipada” (Projeto da Câmara), quais sejam: (i) a plausibilidade/probabilidade do direito e (ii) a existência de risco de dano irreparável ou de difícil reparação/perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional, conforme se extrai dos dispositivos da análise do “Quadro 8”.

Evidente, pois, que não se haverá distinção acerca dos requisitos para a concessão das medidas urgentes, sejam elas de cunho conservativo ou de cunho satisfativo.

Frise-se, contudo, o enorme desarranjo conceitual do qual é dotado o §3º, do artigo 301, do Projeto da Câmara dos Deputados. Tal dispositivo utiliza-se da expressão “a tutela cautelar antecipada”, mostrando-se completamente incoerente. Ora, como uma tutela de cunho acautelatório/conservativo poderia ser a representação da antecipação da tutela final, se o seu objetivo é tão-somente proteger esta tutela final, resguardando-lhe sua utilidade?

Ademais, este mesmo dispositivo demonstra um exacerbado apego ao Código de Processo Civil atual, ao enumerar as medidas passíveis de concessão como “antecipação”. Com efeito, os exemplos apresentados no parágrafo somente fazem sentido para os aplicadores conhecedores do Código de Processo Civil atual, mais especificamente, das cautelares típicas previstas no Capítulo II do atual Livro III. Segundo Cassio Scarpinella Bueno:

Sem qualquer referencial de direito positivo, só razões históricas, quererão distinguir o arresto do sequestro do arrolamento de bens. Seria melhor – se a proposta é a de descrever medidas a serem adotadas pelo magistrado – indicar sua finalidade e não seu *nomem iurirs* da atualidade o que o §4º do Projeto, acrescentado após a aprovação do Projeto pela Comissão Especial, só concretiza em parte.³⁵²

³⁵¹ “Art. 275. Tramitarão prioritariamente os processos em que tenha sido concedida tutela de evidência ou de urgência, respeitadas outras preferências legais”. BUENO, 2013b, p. 158.

³⁵² BUENO, 2013b, p. 160.

Quadro 8 – Comparação entre o Projeto do Senado Federal (artigo 276) e o Projeto da Câmara dos Deputados (artigo 301)

PROJETO DO SENADO	PROJETO DA CÂMARA
<i>Seção II</i>	CAPÍTULO II
<p>Art. 276. A tutela de urgência será concedida quando forem demonstrados elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como o risco de dano irreparável ou de difícil reparação.</p> <p>(...)</p>	<p align="center">Da tutela de urgência</p> <p>Art. 301. A tutela antecipada de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional.</p> <p>(...)</p> <p>§ 3º A tutela cautelar antecipada pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito.</p> <p>§ 4º Pode ser objeto de arresto bem indeterminado que sirva para garantir execução por quantia certa; pode ser objeto de sequestro bem determinado que sirva para garantir execução para a entrega de coisa.</p>

Fonte: Adaptado pelo autor de: Projeto de Novo Código de Processo Civil do Senado Federal (PSL nº 166/2010) e Projeto de Novo Código de Processo Civil da Câmara dos Deputados (PL nº 8.046/2010).

Por outro lado, o Projeto da Câmara dos Deputados corretamente incluiu o artigo 304,³⁵³ que não encontra correspondência no Projeto do Senado Federal. A relevância deste artigo decorre, principalmente, de seu parágrafo §1º, inciso I, que resolve a questão acerca da necessidade ou não de emenda da petição inicial/propositura de nova ação, encontrada na pesquisa jurisprudencial, anteriormente apresentada, dos julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Tal dispositivo determina que, nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada

³⁵³ “Art. 304. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada satisfativa e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição sumária da lide, do direito que se busca realizar e do perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional. §1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o *caput* deste artigo: I – o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação da sua argumentação, juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em quinze dias, ou em outro prazo maior que o órgão jurisdicional fixar. (...) §2º Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do §1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito (...)”. BUENO, 2013b, p. 161.

satisfativa e à indicação do pedido de tutela final. Entretanto, o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, tudo em 15 dias ou em outro prazo maior que o órgão jurisdicional fixar. Caso não haja aditamento, extinguir-se-á o processo sem resolução do mérito, conforme previsto no parágrafo segundo do dispositivo supracitado.

Tal disposição é, contudo, igualmente encontrada no que diz respeito à concessão de medidas de urgência de caráter antecedente nos artigos 282 e 310 dos Projetos do Senado e da Câmara, respectivamente, para os casos em que a medida liminar for impugnada ou efetivada:

Quadro 9 – Comparação entre o Projeto do Senado Federal (artigo 282) e o Projeto da Câmara dos Deputados (artigo 310)

PROJETO DO SENADO	PROJETO DA CÂMARA
<p>Art. 282. Impugnada a medida liminar, o pedido principal deverá ser apresentado pelo requerente no prazo de trinta dias ou em outro prazo que o juiz fixar.</p> <p>§ 1º O pedido principal será apresentado nos mesmos autos em que tiver sido veiculado o requerimento da medida de urgência, não dependendo do pagamento de novas custas processuais quanto ao objeto da medida requerida em caráter antecedente.</p> <p>(...)</p>	<p>Art. 310. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de trinta dias. Neste caso, será apresentado nos mesmos autos em que veiculado o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais.</p> <p>(...)</p>

Fonte: Adaptado pelo autor de: Projeto de Novo Código de Processo Civil do Senado Federal (PSL nº 166/2010) e Projeto de Novo Código de Processo Civil da Câmara dos Deputados (PL nº 8.046/2010).

Ressalte-se, ainda, que, caso o requerente não deduza o pedido principal, nos moldes dos artigos 282 e 310, dos Projetos do Senado e da Câmara, respectivamente, a medida terá sua eficácia cessada.

Quadro 10 – Comparação entre o Projeto do Senado Federal (artigo 284) e o Projeto da Câmara dos Deputados (artigo 311)

PROJETO DO SENADO	PROJETO DA CÂMARA
<p>Art. 284. Cessa a eficácia da medida concedida em caráter antecedente, se:</p> <p>I – tendo o requerido impugnado a medida liminar, o requerente não deduzir o pedido principal no prazo do <i>caput</i> do art. 282; (...)</p>	<p>Art. 311. Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se:</p> <p>I – o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal; (...)</p>

Fonte: Adaptado pelo autor de: Projeto de Novo Código de Processo Civil do Senado Federal (PSL nº 166/2010) e Projeto de Novo Código de Processo Civil da Câmara dos Deputados (PL nº 8.046/2010).

Por outro lado, a previsão da tutela da evidência restou positivada nos artigos 278 e 306, do Projeto do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, respectivamente, conforme se observa no “Quadro 11”.

Quadro 11 – Comparação entre o Projeto do Senado Federal (artigo 278) e o Projeto da Câmara dos Deputados (artigo 306)

PROJETO DO SENADO	PROJETO DA CÂMARA
<p style="text-align: center;"><i>Seção III</i> Da tutela da evidência</p> <p>Art. 278. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação, quando:</p> <p>I – ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido;</p> <p>II – um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva;</p> <p>III – a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que a o réu não oponha prova inequívoca; ou</p> <p>IV – a matéria for unicamente de direito e houver tese firmada em julgamento de recursos repetitivos, em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em súmula vinculante.</p> <p>Parágrafo único. Independência igualmente de prévia comprovação de risco de dano a ordem liminar, sob cominação de multa diária, de entrega do objeto custodiado, sempre que o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do depósito legal ou convencional.</p>	<p style="text-align: center;">CAPÍTULO III Da tutela de evidência</p> <p>Art. 306. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional, quando:</p> <p>I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;</p> <p>II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;</p> <p>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.</p> <p>Parágrafo único. A decisão baseada nos incisos II e III deste artigo pode ser proferida liminarmente.</p>

Fonte: Adaptado pelo autor de: Projeto de Novo Código de Processo Civil do Senado Federal (PSL nº 166/2010) e Projeto de Novo Código de Processo Civil da Câmara dos Deputados (PL nº 8.046/2010).

Assim, em ambos os Projetos, prevê-se que a concessão da tutela de evidência independe da demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Com relação a seus pressupostos, são os mesmos, excetuando-se a hipótese ventilada no inciso IV, do dispositivo do Projeto do Senado, que foi retirado do Projeto da Câmara.

5.3.2 A sistematização final adotada

No Código de Processo Civil de 1973, as tutelas provisórias recebiam tratamento diverso. A divisão era clara entre as tutelas de cunho *satisfativo* e aquelas de cunho *conservativo*. As primeiras são reguladas nos artigos 273 e 461, §3º do código atual; enquanto que às segundas foi destinado todo o Livro III, ressaltando-se, ainda, a existência de alguns casos de *tutelas satisfativas autônomas* desprovidas de tratamento legal expresso, mas que se valem do rito cautelar, exclusivamente, em razão de se tratar de rito célere.

Desse modo, mesmo que sem uma sistematização evidente, o Código de Processo Civil atual prevê quatro espécies de tutela provisória: cautelar, antecipada, de evidência e satisfativa autônoma.³⁵⁴

Diferentemente, o Novo Código de Processo Civil unificou, conforme mencionado, a regulamentação dada às tutelas provisórias em sua parte geral, tendo em vista que, apesar de suas diferenças, entendeu-se que suas semelhanças impunham um tratamento conjunto. Conseqüentemente, findou-se o Livro III, do código de 1973, que cuida do “processo cautelar”. Ressalte-se, contudo, que isso não implica em dizer que as cautelares foram extintas, diferentemente, o que foi extinto foi a sua autonomia enquanto processo à parte, bem como as cautelares típicas.

Mormente porque foi substituída a regra geral da tipicidade das cautelares do CPC/1973 pelo modelo da atipicidade das cautelares, deferíveis com base no poder geral de cautela do juiz (artigos 297 e 300 do CPC/2015). Não existem mais cautelares típicas no bojo do CPC/2015, se não algumas poucas medidas que dantes aparentavam natureza cautelar, mas agora são tratadas, adequadamente, no âmbito do direito probatório (artigos 381 e 382 do CPC/2015).

O CPC/2015 estabeleceu disciplina procedimental completamente nova para as tutelas de urgência antecedentes. Além de permitir o pleito antecipatório de tutela em caráter antecedente (algo que, no regime do CPC/1973, ao menos formalmente não existia), **extirpou-se a autonomia procedimental das cautelares preparatórias.**³⁵⁵

Consolidou-se, ainda, com o Novo Código de Processo Civil a ideia de “tutelas de urgência” e “tutelas da evidência”. Estas fundadas no *periculum in mora*, enquanto que naquelas tal requisito estaria dispensado. Ressalte-se, ainda, que as hipóteses de tutela da evidência foram ampliadas no Novo Código de Processo Civil, não se restringindo, pois, à hipótese hoje prevista no artigo 273, II, do Código de Processo Civil.

³⁵⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca (Coord.) *et al.* **Teoria Geral do Processo: comentários ao CPC de 2015.** São Paulo: Editora Método, 2015, p. 851.

³⁵⁵Ibidem, p. 853 e 891.

Assim, em razão da identidade de finalidade, bem como da semelhança dos requisitos autorizadores para a concessão das tutelas sumária de urgência, encontrou-se fortes argumentos que justificassem a unidade de tratamento para tais tutelas, não importando, para tanto sua natureza *conservativa* ou *satisfativa*.³⁵⁶

Desse modo, a sistematização geral adotada pelo Novo Código de Processo Civil consiste na divisão das tutelas provisórias em (i) **tutela de urgência** e (ii) **tutela da evidência**, conforme é possível verificar pela leitura do artigo 294, do Novo Código de Processo Civil, em contraposição às tutelas antes previstas pelo Código de Processo Civil atual (“Quadro 10”). Frise-se que a tutela de urgência, ainda, se subdivide em (a) *tutela antecipada* (de cunho satisfativo), (b) *tutela cautelar* (de cunho conservativo) e (c) *tutela satisfativa autônoma*.³⁵⁷

Quadro 12 – Comparação entre o Novo Código de Processo Civil (artigo 294) e o Código de Processo Civil de 1973 (artigos 273 e 796)

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
<p style="text-align: center;">LIVRO V DA TUTELA PROVISÓRIA TÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS</p> <p>Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.</p> <p>Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.</p>	<p>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:</p> <p>I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou</p> <p>II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (...)</p> <p style="text-align: center;">LIVRO III DO PROCESSO CAUTELAR TÍTULO ÚNICO DAS MEDIDAS CAUTELARES CAPÍTULO I Das disposições gerais</p> <p>Art. 796. O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente. (...)</p>

Fonte: Adaptado pelo autor de: Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/1973).

³⁵⁶ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela de Urgência:** onde estamos e para onde (talvez) vamos. In: LAMY, Eduardo. *Processo Civil em Movimento*: diretrizes para o NCPC. Florianópolis: Conceito, 2013, p. 339-340.

³⁵⁷ GAJARDONI et al., op. cit., p. 852.

O Novo Código de Processo Civil se ocupa, em seus artigos 294 a 311, daquilo que se denominou de *tutela provisória*, que poderá ser concedida, conforme mencionado, com fundamento na ocorrência de situação de urgência ou de evidência. Entretanto, a primeira ocupa a maior parte dos dispositivos (artigos 300 a 310), enquanto que a tutela da evidência se restringe tão somente ao artigo 312.

Assim, segundo dispõem Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero,³⁵⁸ por meio do Novo Código de Processo Civil, reconheceu-se que a tutela antecipada fundada no perigo e a tutela cautelar constituem espécies de um mesmo gênero: a tutela de urgência.

Por meio da **tutela antecipada provisória** (ou tutela satisfativa provisória), será promovida a antecipação dos efeitos da tutela, permitindo-se, assim, a fruição imediata de efeitos que somente seriam produzidos com a prolação da decisão definitiva. E, uma vez antecipados os efeitos buscados, estes serão “confirmados”, de modo expresso ou tácito, com a prolação da decisão principal, ou com a “estabilização dos efeitos da tutela antecipada”, instituto completamente novo, inserido no Novo Código de Processo Civil, sobre o qual se discorrerá posteriormente. Assim, a tutela antecipada provisória é capaz de criar, em favor da parte, uma situação provisória, que poderá vir a se tornar definitiva.

A tutela antecipada provisória distingue-se das demais tutelas provisórias. Assim, distingue-se da tutela da evidência, pois esta, apesar de ter natureza satisfativa, não requer a constatação de urgência no caso. Por outro lado, diferencia-se também da tutela cautelar provisória, pois não visa somente conservar ou assegurar a fruição futura da tutela; ao contrário, busca a fruição imediata desta.³⁵⁹

Ademais, para que se trate de antecipação da tutela, é preciso que haja coincidência, mesmo que parcial, entre os efeitos a serem antecipados e aqueles que serão produzidos pela tutela definitiva, diferentemente do que ocorre com a tutela cautelar.

Por outro lado, a **tutela cautelar provisória** (ou tutela conservativa provisória), embora igualmente fundada na urgência, não tem natureza satisfativa como ocorre na tutela antecipada. O seu objeto, conforme se verá adiante, é o de conservar ou tutelar direitos, de modo provisório, para que, em momento oportuno, estes direitos sejam satisfeitos de modo definitivo.³⁶⁰

³⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC: críticas e propostas**. 2. ed., São Paulo: RT, 2010, p. 106.

³⁵⁹ GAJARDONI et al., op. cit., p. 853.

³⁶⁰ Ibidem.

Ressalte-se, ainda, que a tutela cautelar se difere da tutela antecipada, na medida em que não se discute aqui a questão da irreversibilidade da medida aplicada. Ora, nada mais lógico, haja vista que, em se tratando de uma tutela conservativa, buscar-se-á a manutenção do *status quo ante*, não se fazendo necessário preocupar-se em irreversibilidade, pois, em verdade, nada será modificado.³⁶¹

Voltando-se à análise dos dispositivos legais, o parágrafo único do artigo 294, do Novo Código de Processo Civil, apresenta duas espécies de tutela de urgência: a *cautelar* e a *antecipada* e a *antecedente* e a *incidente*. A distinção entre os dois últimos termos não aparenta dificuldade, pois implica em dizer que a tutela pode ser requerida antes ou durante o processo em curso.

Assim, a tutela provisória de urgência, seja ela antecipada ou cautelar, poderá ser concedida em **caráter antecedente**, isto é, antes da propositura da ação que comportaria o pedido principal; ou em **caráter incidental**, ou seja, no curso de ação já ajuizada, na qual já tenha sido realizado o pedido principal.

Por outro lado, no que diz respeito aos termos “cautelar” e “antecipada”, segundo Cássio Scarpinella Bueno,³⁶² a distinção adotada pelo Novo Código de Processo Civil é mais nominal do que real, de modo que a *satisfação* e a *conservação* devem ser compreendidas no sentido de preponderância de uma sobre a outra e não de sua exclusividade³⁶³, do mesmo modo que a ideia de complementariedade entre as funções *conservativa* e *satisfativa* do juiz dos *référés*, anteriormente demonstrada.

Nesse sentido, cabe aqui mencionar o artigo 305, do Novo Código de Processo Civil, segundo o qual, caso o magistrado entenda que o pedido apresentado como “tutela cautelar em caráter antecedente” tenha natureza “antecipada”, deverá ser aplicado o disposto no artigo 303, isto é, as regras relativas ao procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente. Trata-se de disposição que nos remete diretamente à ideia de fungibilidade prevista no atual Código de Processo Civil, em seu artigo 273, §7º.

Evidente, assim, que o receio de se abandonar a nomenclatura clássica acabou por influenciar na redação das disposições acerca da tutela provisória no Novo Código de Processo Civil, retirando do diploma legislativo a possibilidade de tornar o processo civil mais efetivo, uma vez que novas discussões podem nascer acerca da natureza conservativa ou satisfativa destes institutos. Assim, o Novo Código de Processo Civil não traz a noção de que

³⁶¹ GAJARDONI et al., op. cit., p. 853.

³⁶² BUENO, 2015, p. 212.

³⁶³ Ibidem, p. 213-214.

não é relevante a nomenclatura da medida, mas sim que a medida torne a tutela jurisdicional final efetiva.

No que diz respeito à possibilidade de revogação ou modificação das tutelas provisórias, é possível identificar da leitura do artigo 296, do Novo Código de Processo Civil, semelhanças com as disposições dos artigos 273, §4º e 807, do atual Código de Processo Civil (“Quadro 11”). Claro, porém, que adaptadas à ideia de “tutelas provisórias”, trazida pelo novo diploma processual.

Quadro 13 – Comparação entre o Novo Código de Processo Civil (artigo 297) e o Código de Processo Civil de 1973 (artigo 796)

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973
<p>Art. 297. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada. Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a tutela provisória conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.</p>	<p>Art. 273. (...) § 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. Art. 807. As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas. Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a medida cautelar conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.</p>

Fonte: GAJARDONI, Fernando da Fonseca (Coord.) *et al.* **Teoria Geral do Processo:** comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Editora Método, 2015, p. 858.

Das considerações até aqui feitas, é possível se extrair algumas das características da tutela provisória instituída pelo Novo Código de Processo Civil, sendo algumas delas implícitas na nova sistemática adotada. As características aqui elencadas foram buscadas na obra “Teoria Geral do Processo – Comentários ao CPC de 2015”, de Fernando da Fonseca Gajardoni e outros.³⁶⁴

Primeiramente, a cognição aplicada para a concessão das tutelas provisórias é uma **cognição sumária**. Relembrando a concepção de Kazuo Watanabe apresentada no “Capítulo 1”,³⁶⁵ a cognição a ser aplicada pelo magistrado pode ser analisada em dois planos: um horizontal e outro vertical. No primeiro, analisar-se-á a amplitude das matérias que as partes

³⁶⁴ GAJARDONI et al, op. cit., p. 858-862.

³⁶⁵ WATANABE, op. cit.

podem alegar, bem como sua extensão, podendo a cognição ser plena (isto é, não há algum limite acerca da possibilidade da matéria a ser levantada) ou limitada. Diferentemente, no plano vertical, a cognição é analisada no grau de profundidade da análise realizada pelo juiz, podendo ser sumária (análise superficial baseada em juízo de verossimilhança) ou exauriente (típica da tutela definitiva). Assim, as tutelas provisórias, tanto de urgência, como da evidência, por não serem definitivas, são proferidas com base em cognição sumária.

Em outros termos, pode-se dizer que o magistrado, ao apreciar um pleito provisório, se contenta com a aparência do direito invocado (verossimilhança da alegação), não fazendo exame aprofundado e definitivo para saber se a concessão ou não da tutela está em exata conformidade com a verdade ou com o ordenamento jurídico. Havendo aparência de direito, verossimilhança ou probabilidade da tutela reclamada, o juiz a concede provisoriamente, ora com base na urgência (*periculum in mora*), ora com base simplesmente na alta evidência do direito.³⁶⁶

Infere-se, ainda, como característica da tutela provisória, a **conservação de sua eficácia**, inclusive no período de suspensão do processo. As tutelas provisórias durarão, assim, enquanto não for exercida a cognição exauriente para julgamento do pedido. Entretanto, uma vez julgado o pedido de modo definitivo, contra ou a favor do autor do processo, os efeitos da tutela provisória concedida cessarão, uma vez que esta será substituída pela tutela definitiva.

Igualmente, é possível extrair do artigo 296, do Novo Código de Processo Civil, que as tutelas provisórias são dotadas de **precariedade ou temporariedade**, uma vez que sua eficácia cessa no instante em que for julgado o pedido. Segundo Fernando da Fonseca Gajardoni, “tem-se, então, que a tutela provisória é precária/temporária, podendo, eventualmente, tornar-se definitiva em caso de não oposição das partes no prazo fixado em lei”.³⁶⁷

Também se mostra como característica destas tutelas a sua **revogabilidade e mutabilidade**, uma vez que são passíveis de revogação ou modificação a qualquer tempo, não havendo para tanto preclusão para o órgão julgador. Essas tutelas poderão sofrer tais alterações, visando-se sempre melhor adequá-las às novas situações surgidas no curso do processo. Assim, poderão as tutelas serem alteradas qualitativamente ou quantitativamente. Tal característica decorre, assim, de sua provisoriedade.

Finalmente, identifica-se a **fungibilidade entre as tutelas provisórias**, prolongando, de certo modo, as disposições do artigo 273, §7º, do Código de Processo Civil atual, mas com

³⁶⁶ GAJARDONI et al, op. cit., p. 858-862.

³⁶⁷ Ibidem.

adaptações à nova sistematização. “Por fungibilidade entende-se a operação de receber um ato processual praticado por outro, isto na suposição de que, além de mais adequado aos fins pretendidos, a adaptação represente ganho de efetividade ou de economia processual”.³⁶⁸

Prosseguindo-se a análise dos dispositivos legais, temos que o artigo 297, do Novo Código de Processo Civil, prevê instituto semelhante ao “poder geral de cautela” existente no atual Código de Processo Civil em seu artigo 798, conforme se extrai do quadro abaixo:

Quadro 14 – Comparação entre o Novo Código de Processo Civil (artigo 297) e o Código de Processo Civil de 1973 (artigo 796)

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973
<p>Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.</p> <p>Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.</p>	<p>Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II desse 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.</p>

Fonte: Adaptado pelo autor de: Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/1973).

Desse modo, evidencia-se que a vantagem trazida pelo dispositivo do Novo Código de Processo Civil se encontra na possibilidade de concessão de medidas não só de fins *cautelares*, mas, igualmente, medidas para fins de *satisfação* imediata de um direito, uma vez que, com o novo diploma, a tutela provisória compreende ambas as espécies.

Pode-se, portanto, dizer que o Novo Código de Processo Civil instituiu uma espécie de “poder geral de efetivação”, acompanhando, assim, doutrina e jurisprudência, o dispositivo supracitado, uma vez que estendeu aos dois tipos de tutelas provisórias a possibilidade de o juiz aplicar as medidas que entender mais adequadas e cabíveis ao caso, podendo consistir em medida de natureza cautelar e antecipatória, ou mesmo podendo tratar-se de tutela da evidência.

Ademais, manteve-se a previsão dos Projetos do Senado Federal e da Câmara dos Deputados acerca da necessidade de fundamentação por parte do magistrado da decisão que julgar o pedido de tutela provisória ou, ainda, da decisão que lhe modificar ou revogar, previsão esta que, no Código de Processo Civil atual, somente dizia respeito à tutela

³⁶⁸ GAJARDONI et al, op. cit., p. 861.

antecipada (artigo 273, §§ 1º e 4º). No Novo Código de Processo Civil, esta previsão é encontrada no artigo 298, segundo o qual “na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso”.

Ressalte-se, ainda, que o dispositivo que previa a necessidade de fundamentação nos Projetos, continha parágrafo único determinando que a decisão poderia ser recorrida mediante interposição de agravo de instrumento, o que, conforme se evidencia, não foi mantido no resultado final do Novo Código de Processo Civil. Entretanto, tal disposição pode ser encontrada no artigo 1.015, inciso I, deste diploma, que de forma geral indica que será recorrível de agravo de instrumento as decisões que “versarem sobre tutelas provisórias”. Logo, subentende-se que a possibilidade de revisão se aplica à decisão que *conceder, negar, revogar* ou *modificar*, haja vista que, em todos estes casos, estar-se-á diante de decisão interlocutória que *versa* sobre a tutela provisória.³⁶⁹

A **tutela de urgência**, conforme acima indicado, tem sua previsão iniciada pelo artigo 300, do Novo Código de Processo Civil, segundo o qual, “Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a **probabilidade do direito** e o **perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo**”. São, pois, dois os requisitos cumulativos para a concessão de tutela de urgência.

O primeiro deles consiste na **probabilidade do direito**, trata-se, assim, da plausibilidade de existência do direito afirmado. Por óbvio, não há razão para a concessão de tutela provisória nos casos em que é possível identificar, de plano, a improcedência do pedido. Entretanto, importante ressaltar que, para a verificação deste requisito, não deverá o magistrado realizar análise demasiadamente profunda, haja vista se tratar de sede em que a cognição sumária deve ser aplicada, buscando-se garantir a efetividade do processo, pois, caso contrário, a disciplina das tutelas provisórias perderia a sua razão de ser.

Entretanto, permanece a dúvida se o grau de probabilidade para a concessão da tutela de urgência cautelar foi igualado ao da tutela de urgência antecipada. Segundo Fernando da Fonseca Gajardoni:

Acredita-se que continua a ser necessário maior grau de probabilidade na tutela de urgência antecipada do que na tutela de urgência cautelar, considerando que a satisfatividade advinda da antecipação de tutela depende de um grau de segurança que, de ordinário, não se exige da tutela cautelar (conservativa).³⁷⁰

³⁶⁹ BUENO, 2015, p. 213-217.

³⁷⁰ GAJARDONI et al., op. cit., p. 876-877.

Por outro lado, entende Cássio Scarpinella Bueno que, o artigo 300, do Novo Código de Processo Civil, superou a distinção outrora existente entre os requisitos para a concessão da tutela cautelar e para a concessão da tutela satisfativa de urgência, instituindo-se a probabilidade e o perigo na demora como requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas.³⁷¹

O segundo requisito previsto pelo artigo 300, do Novo Código de Processo Civil, para a concessão da tutela provisória de urgência é o “**perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo**”. Nessa expressão adotada pelo novo diploma processual, fica evidente a tentativa de se incluir a tutela cautelar e a tutela antecipada no gênero das tutelas de urgência, uma vez que o termo “perigo de dano” remete à ideia de uma tutela *satisfativa*; enquanto que o termo “risco ao resultado útil do processo” faz alusão à ideia de *conservação*.

Trata-se, em última análise, das tradicionais ideias de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Assim, a tutela antecipada somente será concedida mediante situação fática, ou mesmo processual, que demonstre ser necessária a fruição imediata do direito demandado. Caso não se verifique urgência no caso, até será possível a concessão de tutela satisfativa, entretanto, somente nos casos em que for cabível a “tutela da evidência”.

Se não houver urgência, até poderá, a rigor, haver antecipação dos efeitos da tutela (satisfativa), mas ela será requerida e deferida a título de *tutela da evidência* (artigo 311 do CPC/2015). Inclusive na antiga hipótese do artigo 273, II, do CPC/1973 (abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu).³⁷²

Ainda, o artigo 300, §3º, também prevê como requisito negativo para a concessão da tutela de urgência de natureza *satisfativa*, o perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. Isto é, em havendo a impossibilidade de se reverter os efeitos da medida concedida caso, posteriormente, seja ela revogada, a tutela de urgência não poderá ser concedida, razão pela qual constitui requisito negativo de concessão. É o que a doutrina costuma denominar de *periculum in mora inverso*.

Trata-se de previsão que já existia no Código de Processo Civil atual, em seu artigo 273, §2º, de modo que vale aqui a mesma interpretação dada a este dispositivo, ou seja, não deverá prevalecer a vedação da concessão da tutela de urgência nos casos em que o dano ou risco que se busca evitar é *qualitativamente* mais importante para o requerente do que para o requerido.³⁷³

³⁷¹ BUENO, op. cit., p. 218-219.

³⁷² GAJARDONI et al., op. cit., p. 853.

³⁷³ BUENO, 2015, p. 213-218.

Por outro lado, em total desarranjo à sistematização adotada, o artigo 301, do Novo Código de Processo Civil, prevê que “Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação do bem e qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito”. Aqui, prevalecem as considerações tecidas no tópico anterior, isto é, as medidas aqui previstas só fazem sentido para aqueles habituados com o Código de Processo Civil atual e que compreendem, à luz dele, o que é arresto, sequestro, arrolamento de bens e protesto contra alienação de bens, todas cautelares nominadas, disciplinas no Capítulo II, do Livro III, do Código de Processo Civil atual.

Nesse diapasão, doutrina e jurisprudência deverão preocupar-se em menor escala com a *literalidade* das técnicas enunciadas no dispositivo citado a título exemplificativo, atendo-se à disposição final consistente no “poder geral de cautela” (“e qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito”).

Acertadamente, permaneceu no texto final aprovado do Novo Código de Processo Civil a previsão da necessidade de aditamento da petição inicial pelo autor, quando lhe for concedida tutela de urgência antecedente. Tal previsão encontra-se no artigo 303, §1º, inciso I, do novo diploma, segundo o qual:

Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o *caput* deste artigo:

I – o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar;

(...)³⁷⁴

A relevância deste dispositivo pode ser evidenciada quando analisados os resultados obtidos na pesquisa realizada na plataforma virtual do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Com tal pesquisa, foi possível identificar não haver unanimidade na jurisprudência desta Corte acerca da necessidade de, uma vez concedida a tutela, aditamento da petição inicial, propositura de nova ação ou mesmo, como se verificou em alguns casos, a dispensa de se fazer qualquer aditamento ou propositura.

Com o Novo Código de Processo Civil, o aditamento da petição inicial, quando da concessão de *tutela antecipada de urgência antecedente*, far-se-á obrigatório pois

³⁷⁴ BRASIL. **Novo Código de Processo Civil**, outorgado em: 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 07 set. 2015.

expressamente previsto, de modo que, segundo o §2º, do dispositivo supracitado, caso o autor não promova o aditamento da petição inicial, o processo extinguir-se-á sem resolução de mérito

Desse modo, deferida a tutela antecipada antecedente, o autor deverá aditar a petição inicial, para complementar a sua argumentação, bem como para apresentar novos documentos e confirmar o pedido de tutela final, sem, contudo, incidência de novas custas processuais.

No artigo 305, do Novo Código de Processo Civil, inaugura-se a tutela de urgência de natureza cautelar, requerida de modo antecedente. Prevê o dispositivo que:

Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o *caput* tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.

Da leitura do dispositivo colacionado, identifica-se que são também requisitos para a sua concessão a existência de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, do mesmo modo que é previsto para a tutela de urgência antecedente satisfativa.

Ademais, o parágrafo único do mesmo dispositivo prevê fungibilidade entre estas medidas. Ora, a unificação das tutelas de urgência visava simplificar o procedimento e trazer de volta a efetividade ao processo, entretanto, em razão da dificuldade de se desapegar de termos clássicos como “tutela cautelar” e “tutela antecipada”, fez-se necessária a transposição do mesmo princípio da fungibilidade consagrado no atual artigo 273, §7º, para o novo diploma. Desse modo, é de se esperar que a aplicação do Novo Código de Processo Civil, ao menos neste ponto, poderá trazer as mesmas discussões responsáveis por atrasar o processo encontradas na pesquisa jurisprudencial realizada no “Capítulo 3”.

Ademais, não restou expressamente previsto no dispositivo que discorre acerca da fungibilidade se é possível a via inversa. Tal lacuna, em que pese grande parte da jurisprudência aplicar a fungibilidade de mão-dupla, deixará espaço para que os poucos que não aceitam a fungibilidade de duas vias assim o decidam, conforme se identificou na pesquisa realizada no site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Importante ressaltar que, do mesmo modo que se prevê a necessidade de aditamento da petição inicial quando houver concessão de tutela de urgência antecedente e antecipada, conforme elucidado, o artigo 308, do Novo Código de Processo Civil, também determina a posterior adequação do pedido. Prevê o dispositivo que:

Art. 308. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais.
(...)

No artigo 309, inciso I, do mesmo diploma também aparece a previsão de que, caso o autor não deduza o pedido principal no prazo legal, cessará a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente.

Finalmente, a **tutela da evidência** encontra previsão no artigo 311, do Novo Código de Processo Civil, segundo o qual:

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

Note-se, ainda, que o Novo Código de Processo Civil coloca a “tutela da evidência” em contraposição à “tutela de urgência”, inclusive no que diz respeito ao local em que são regulamentadas.³⁷⁵ Ademais, conforme se pode extrair do dispositivo supracitado, a concessão da tutela da evidência independerá da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, isto é, do *periculum in mora*.

A tutela da evidência (ou do direito provável) dispensa a prova da urgência, isto é, do risco de dano grave ou de difícil reparação (artigo 311, CPC/2015). É evidente o direito cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria.³⁷⁶

Buscou-se, pois, atribuir o devido valor ao tempo no processo, bem como distribuí-lo de forma igual entre as partes, sendo irrelevante a constatação do requisito “urgência”,

³⁷⁵ BUENO, 2015, p. 231.

³⁷⁶ GAJARDONI et al., op. cit., p. 855.

bastando para tanto a maior ou menor evidência do direito sustentado por uma das partes no processo.³⁷⁷

Desse modo, existem situações em que o direito afirmado se mostra tão evidente que não há sentido em fazer com que o autor permaneça privado da fruição imediata deste. A tutela da evidência se constitui, assim, em instituto que busca amenizar o dano marginal produzido pelo processo, tornando este mais efetivo, uma vez que, com a concessão desta tutela, o tempo do processo será melhor dividido entre as partes. Imperioso concluir que a instituição da tutela da evidência está, pois, de acordo com o princípio constitucional do devido processo legal, previsto no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.³⁷⁸

Note-se, ainda, que os incisos constantes do resultado final do Novo Código de Processo Civil são provenientes da união das previsões dos Projetos do Senado Federal e da Câmara dos Deputados. E, em todos estes casos, a defesa ou se mostra inconsistente ou é previsível que o seja.³⁷⁹

Entretanto, em que pese a ausência da urgência como requisito, é evidente que, nos casos elencados pelo artigo, não há razão em se fazer o autor do direito afirmado aguardar toda a tramitação do processo, para, então, obter tutela jurisdicional. Busca-se com esse instituto evitar-se agravar o dano sofrido pela parte em razão da demora na prestação jurisdicional por parte do Judiciário (dano marginal).

5.4 Análise das bases comuns para uma sistematização de tutelas de urgência: o Novo Código de Processo Civil e o direito francês

Qualquer que seja a ordem jurídica em análise, sempre haverá no sistema uma necessidade pelos procedimentos rápidos. Mesmo se o processo ideal não seja alcançado, isto é, um processo que não é afetado pela lentidão do procedimento ordinário, casos urgentes serão, do mesmo modo, submetidos à jurisdição e será preciso um procedimento célere para resolvê-los de modo imediato, preservando-se, assim, a eficácia do processo.

Segundo a análise perpetrada acerca do sistema francês, foi possível constatar que, no sistema jurídico francês, a importância da proteção provisória assegurada pelos *référés* é tamanha que fora alargada para ser aplicada à, praticamente, todos os domínios do direito.

³⁷⁷ MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 106.

³⁷⁸ Ibidem.

³⁷⁹ Ibidem, p. 109.

Essa mesma noção de proteção provisória (e igualmente a sua importância) pode ser encontrada no direito processual civil brasileiro, na ideia de tutelas de urgência (seja com a concessão de uma medida *conservatória* ou *satisfativa*), agora reguladas pelo Novo Código de Processo Civil com esta denominação.

Entretanto, após o desenvolvimento deste estudo, mister concluir-se, que, em verdade, a *conservação* e a *satisfação* não constituem noções que são exatamente opostas, mas sim são noções complementares. E, uma vez assim consideradas, a entrega da tutela jurisdicional far-se-á mais efetiva, não sendo necessária as infundáveis discussões acerca da natureza medida aplicada, uma vez que o mais relevante será a **aplicação** da medida que proporcionará maior efetividade na entrega da tutela jurisdicional ao caso.

Ademais, foi igualmente possível concluir que não são somente as funções *conservativas* e *satisfativas* que se mostram complementares. O sistema francês já prevê, de modo unificado em único tipo de medida, as situações de urgência e as situações de evidência, como fundamentos possíveis para que essas medidas provisórias sejam concedidas. Assim, o juiz do provisório poderá exercer duas funções distintas, ao aplicar estas medidas, seja em razão da constatação de urgência, seja em razão de uma situação marcada pela evidência.

Os artigos 808 e 809, do Código de Processo Civil francês, dispositivos que versam sobre os *référés*, autorizam o juiz que julga de modo provisório a aplicar à situação analisada medidas de natureza antecipatória ou de natureza conservativa a depender do caso, podendo sua decisão estar fundamentada na urgência, na evidência do direito demandado, ou mesmo em ambas.

Foi, portanto, possível concluir que a unificação de medidas jurisdicionais se faz conveniente, em razão dos benefícios que podem ser proporcionados aos jurisdicionados em termos de efetividade do processo, uma vez que tal unificação poderá facilitar a aplicação dos instrumentos de resposta imediata na práxis forense, em razão exatamente da simplificação procedimental que essa unificação produz.

Desse modo, quando se admite que o juiz, que analisa o pedido de concessão da tutela de urgência ou da evidência, é autorizado a exercer, segundo a doutrina francesa, duas funções distintas: a conservação e a satisfação, o *nomen iuris* destas medidas aplicadas deixa de ter a importância que outrora lhe era dada.

Assim, em se tratando de casos em que se demanda agir de modo imediato, não se deve despender tempo para se decidir se esta ou aquela medida aplicada tem o *nomen iuris* adequado aos resultados que produzirá; o que será analisado é qual é a função mais apropriada

a ser exercida pelo magistrado no caso concreto e, simultaneamente, sob qual fundamento esta função pode ser exercida (urgência ou evidência).

Ademais, o motivo primeiro em razão do qual o procedimento célere deverá se desenvolver é o mesmo que se pode encontrar naquele da base jurídica das medidas de urgência brasileiras: o *periculum in mora*. Trata-se de ponto de vista teórico, mas mais do que isso, o *periculum in mora* faz-se presente como requisito tanto para a concessão de medida provisória no direito processual civil francês, como no brasileiro,³⁸⁰ principalmente agora com o Novo Código de Processo Civil.

Desse modo, foi possível identificar semelhanças entre os requisitos para a concessão dos *référés* gerais, previstos no artigo 808, do Código de Processo Civil francês, e os requisitos, anteriormente discutidos, para a concessão das tutelas de urgência previstas no Novo Código de Processo Civil, conforme se verifica no “Quadro-13” abaixo:

Quadro 15 – Comparação entre o Código de Processo Civil francês (artigo 808) e o Novo Código de Processo Civil (artigo 300)

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL FRANCÊS	NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO
Art. 808. Em todos os casos de urgência , o presidente do tribunal de grande instância pode ordenar em <i>référé</i> todas as medidas que não se confrontem com <u>nenhuma contestação séria ou capaz de justificar a existência de um conflito real.</u>	Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a <u>probabilidade do direito</u> e o <u>perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.</u>

Fonte: Adaptado pelo autor de: Código de Processo Civil francês (D. n° 75-1123/1975) e Novo Código de Processo Civil (Lei n° 13.105/2015) (grifei).

Da leitura dos dispositivos acima colacionados, é possível identificar que, em que pese tratar-se de tutela de urgência, um mínimo de probabilidade do direito afirmado é requerido para que esta possa ser concedida.

Assim, encontra-se, nesse ponto, semelhança com os *référés* gerais, previstos no artigo 808, do Código de Processo Civil francês, uma vez que, para a concessão destes também é requisito (i) a urgência e (ii) a ausência de contestação séria ou que justifique a existência de um conflito real, sendo este último requisito semelhante à ideia de probabilidade do direito. Ora, um caso em que o réu não é capaz de opor argumentos plausíveis e sérios em sua defesa, indica que há probabilidade do direito afirmado.

³⁸⁰ CHAINAIS, Cécile. **La Protection Juridictionnelle Provisoire dans le Procès Civil en Droit Français et Italien**. Paris: Dalloz, 2007, p. 66.

Trata-se, assim, de demonstração de que a tutela de urgência necessita, mesmo que em menor proporção, de evidência do direito reclamado. A tutela de *urgência* sempre necessitará, como qualquer tutela jurisdicional a ser prestada, de certo grau de certeza, ainda que extremamente reduzido em relação ao grau de certeza da tutela jurisdicional definitiva. Desse modo, a evidência, adicionada à urgência da situação, impõem a concessão imediata da medida pleiteada.

Por outro lado, também há correspondência entre a hipótese de concessão de tutela de evidência prevista no artigo 311, I, do Novo Código de Processo Civil e os *référés* especiais previstos na alínea 2, do artigo 809, do Código de Processo Civil francês:

Quadro 16 – Comparação entre o Código de Processo Civil francês (artigo 809, alínea 2) e o Novo Código de Processo Civil (artigo 311)

CPC FRANCÊS	NCPB BRASILEIRO
<p>Art. 809. (...) Nos casos em que a existência da obrigação não é seriamente contestável, ele [o juiz] poderá conceder uma <i>provision</i> ao credor ou ordenar a execução da obrigação, mesmo em se tratando de uma obrigação de fazer.</p>	<p>Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:</p> <p>I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;</p> <p>II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;</p> <p>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;</p> <p>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.</p>

Fonte: Adaptado pelo autor de: Código de Processo Civil francês (D. nº 75-1123/1975) e Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) (grifei).

Assim, ambas as hipóteses visam, em síntese, evitar que o devedor de má-fé, por meio da apresentação de defesa infundada, valha-se das vicissitudes e lentidão do processo, para atrasar o recebimento, por parte do credor, do que lhe é de direito. Os dois dispositivos abarcam, pois, a ideia de que o direito afirmado pelo autor é de tal maneira tão evidente, que não é possível o seu questionamento por nenhum argumento ou prova. Evidente, contudo, que

o dispositivo francês buscou, ao ser redigido de maneira não taxativa, ampliar as hipóteses de concessão da tutela da evidência.

5.4.1 Estabilização dos efeitos da tutela antecipada: transposição distorcida do “référé”?

O artigo 304, do Novo Código de Processo Civil, trouxe instituto até então inexistente no sistema processual civil brasileiro, denominado de *estabilização dos efeitos da tutela antecipada de urgência*. Segundo este artigo:

Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 1º No caso previsto no *caput*, o processo será extinto.

§ 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do *caput*.

§ 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.

§ 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

§ 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, nos termos do § 2º deste artigo.

Por meio deste instituto, será permitido à tutela provisória deferida que conserve a sua eficácia, independentemente de posterior confirmação em decisão de mérito, fundada em cognição exauriente. Assim, o pedido principal somente será formulado, se as partes assim o desejarem, para obterem uma decisão definitiva sobre o direito controvertido.

Estabelece o dispositivo que a tutela antecipada tornar-se-á estável se da decisão que a concedeu não houver sido interposto o respectivo recurso. Nesse sentido, é irrelevante se o recurso foi conhecido ou provido, pois o próprio ato de recorrer já se faz suficiente para demonstrar a discordância da parte adversa – ou de terceiro prejudicado – com o teor da decisão provisória.³⁸¹

A criação da estabilização da tutela antecipada foi orientada pela tentativa de se reduzir a propositura de processos inúteis, buscando-se atender ao princípio da duração

³⁸¹ GAJARDONI et al., op. cit., p. 900.

razoável do processo, bem como não afastar a possibilidade de as partes recorrerem ao judiciário, caso queiram a obtenção de decisão definitiva.³⁸²

Trata-se de suposta inspiração no sistema francês dos *référés* estudados, que, quando criados, auxiliaram na redução de demandas inúteis pelo procedimento ordinário no judiciário francês. Entretanto, como será demonstrado, diferentemente do sistema francês, o novo instituto brasileiro poderá ser mais um a compor a lista de fracassadas tentativas de aplicação de instituto alienígena no direito pátrio.

O primeiro problema que se coloca é a utilização da inércia recursal como requisito para a ocorrência da estabilização da tutela antecipada. Ora, é notório que a práxis forense brasileira convive com uma “cultura recursal”, de modo que é de se questionar a eficácia do instituto criado.

Na medida em que a estabilização da tutela provisória seja apta a satisfazer plenamente o direito da parte e conte com a inércia do adverso, pode haver desinteresse na continuidade do processo ou na propositura de nova ação, com reflexos positivos no movimento judiciário. **Todavia, levando-se em consideração que a práxis brasileira é a interposição de recurso contra quase todas as principais decisões do processo, principalmente as emitidas em juízo de cognição sumária, o modelo proposto pode acabar a ter efeito reverso, qual seja, o de sobrecarregar os tribunais de 2º grau com recursos (principalmente agravos de instrumento) para evitar a estabilização.**³⁸³

Em segundo lugar, a premissa conceitual baseada na *procédure de référé* do sistema francês faz-se equivocada. Com a instituição dos *référés*, concedidos todas as vezes que não se identifica a existência de uma contestação seriamente contestável, a demanda de processos inúteis foi reduzida, pois o procedimento para a concessão do *référé* corresponde à procedimento à parte do procedimento ordinário.

Desse modo, uma vez concedido o *référé*, por seu procedimento específico, para que seja possível uma rediscussão que leve à efeitos modificativos da decisão, a parte deverá propor ação pelo rito ordinário, o que lhe parecerá desfavorável, tendo em vista que, diferentemente da *procédure de référé*, em que se pode obter decisões em poucos dias, o procedimento pelo rito ordinário demanda grande lapso temporal e gastos, fazendo com que o devedor de má-fé desista da rediscussão da questão.

Assim, somente ao juiz do *fond* – isto é, aquele que julga a fundo o litígio e, portanto, o faz via procedimento ordinário, em razão da necessidade de realização de atos ordinatórios e instrutórios – é permitido determinar, caso assim entenda, a modificação ou revogação da

³⁸²GAJARDONI et al., op. cit., p. 895.

³⁸³ Ibidem, p. 895 (grifo nosso).

medida anteriormente concedida pelo juiz dos *référé*s (a não ser que novos fatos surjam, caso em que o próprio juiz dos *référé*s será autorizado a modificar ou revogar a medida outrora concedida).

Ademais, a interposição de recurso de apelação (recurso cabível) contra a *ordonnance de référé*, decisão que concede o *référé*, não tem o condão de interromper a execução da medida ordenada. Isto é, a execução da decisão do juiz do *référé* não será paralisada pela interposição de apelação, de modo que, caso o réu queira, realmente, alterar a medida concedida, deverá propor ação pelo rito comum, o que acaba afastando os devedores de má-fé.

A *ordonnance de référé* é executável de pleno direito à título provisório, em todas as suas disposições (...) Isso significa que ela pode ser colocada à execução imediatamente, a despeito do efeito suspensivo ligado ao recurso ordinário pelo qual ela poderia ser atingida.³⁸⁴

E, é em razão disso, que se diz que a *ordonnance de référé* é provisória, porém executável de pleno direito; **provisória**,³⁸⁵ pois poderá ser alterada, caso haja a propositura de nova ação *au fond*, por meio do procedimento ordinário, e **executável de pleno direito** exatamente porque executável de imediato, sem ser afetada pela interposição de recurso.³⁸⁶

Contrariamente, o instituto criado pelo Novo Código de Processo Civil brasileiro condiciona a estabilização da tutela antecipada à propositura de recurso face à decisão que concedeu a tutela provisória, de modo que somente com a inércia recursal da parte contrária é que a decisão tornar-se-á estabilizada.

Ora, diante das considerações expostas, tudo o que se pode esperar é o fracasso do instituto criado, uma vez tratar-se de instituto completamente alheio à prática cotidiana, bem como baseado em falsas premissas acerca do procedimento dos *référé*s.

Finalmente, com bem anotou o professor doutor Fernando da Fonseca Gajardoni, no questionário em anexo, a estabilização dos efeitos da tutela antecipada é, ainda, incompatível com o disposto no artigo 303, do Novo Código de Processo Civil, que trata das tutelas antecipadas requeridas incidentalmente.

Entendeu, assim, o legislador que, uma vez já formulado o pleito principal, estaria implícito o pedido da parte pelo prosseguimento do processo, como, tradicionalmente

³⁸⁴ "L'ordonnance de référé est exécutoire de plein droit à titre provisoire, dans toutes ses dispositions (...) Cela signifie qu'elle peut être mise à exécution immédiatement, en dépit de l'effet suspensif s'attachant au recours ordinaire dont elle pourrait être frappée." CADIET; JEULAND, op. cit., p. 515 (tradução nossa).

³⁸⁵ CORNU; FOYER, op. cit., p. 735.

³⁸⁶ STRICKLER, op. cit., p. 250.

previsto, isto é, com a realização de uma possível fase instrutória e prolação de uma decisão definitiva sobre o conflito, pautada em cognição exauriente.

Desse modo, ao autor que busca provimento provisório restam duas opções: ou ele busca a estabilização dos efeitos da tutela antecipada, que, contudo, dependerá da inércia recursal da outra parte; ou buscará a tutela antecipada em seus moldes tradicionais, caso em que buscará um pronunciamento jurisdicional final, de modo que, ao formular o pedido da tutela provisória, deverá também formular o pedido principal.³⁸⁷

³⁸⁷ GAJARDONI et al., op. cit., p. 897.

CONCLUSÃO

Para que uma boa justiça seja alcançada, é preciso que haja certa segurança jurídica em relação ao que fora decidido e, em razão disso, todo processo desenvolvido por meio do procedimento comum demanda uma certa duração. Entretanto, situações há em que o tempo demandado para o desenrolar do processo não é compatível com o direito demandado ou com a situação apresentada.³⁸⁸

Essa necessidade de um procedimento célere e provisório para regulamentar as situações incompatíveis com o tempo demandado pelo procedimento comum, nasceu do direito de proteção jurisdicional incumbido ao Estado, uma vez que ele próprio proibiu a realização de atos de justiça privada. Conseqüentemente, ao assumir esta tarefa, o Estado não é autorizado a negar-se ao fornecimento de justiça e, para que esta seja bem aplicada, os direitos dos jurisdicionados devem ser efetivamente realizados.³⁸⁹ E, mais do que isso, a tutela jurisdicional a ser prestada deverá corresponder ao resultado que seria obtido caso a obrigação tivesse sido adimplida.

Nesse sentido, inovou a Constituição Federal de 1988, ao determinar a apreciação obrigatória pelo Poder Judiciário além das lesões ao direito, também as ameaças, de modo que, nas situações em que o dano ainda não se realizou, deverá ser igualmente provida uma adequada e eficaz tutela jurisdicional³⁹⁰.

Desse modo, buscando-se garantir o previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de formas de tutelas de urgência que sejam capazes de evitar a ocorrência de lesão a direitos mercedores de proteção jurídica.

O presente estudo destinou-se à análise destas formas de tutelas de urgência e seus institutos, uma vez que a inserção destas no ordenamento jurídico brasileiro tinha por objetivo a concretização da prestação jurisdicional efetiva.

Assim, em um primeiro momento, foram estudadas as espécies de *tutela provisória* previstas no Código de Processo Civil atual. Tal modalidade de tutela, em paralelo à tutela definitiva, subdivide-se em dois grandes tipos: *antecipatória* ou *cautelar* (ressaltando, ainda, a existência de procedimentos especiais que objetivam, igualmente, o oferecimento de tutela provisória).

³⁸⁸ CHAINAIS, op. cit., p. 29.

³⁸⁹ AMRANI-MEKKI, op. cit., p. 455.

³⁹⁰ BUENO, 2013a, p. 124-125.

Realizado o estudo da tutela cautelar e da tutela antecipada, isto é, de suas origens, conceitos e características, foi possível a análise de suas diferenças e semelhanças, permitindo-nos a conclusão de que a presença de risco iminente e de difícil reparação ou de embaraço à efetividade de jurisdição, ou seja, de urgência, poderia ser suficiente para a sua aproximação, e, até mesmo, sua unificação sob um mesmo regime jurídico, sempre visando à efetividade do processo.

Nesse diapasão, questionou-se, se a divisão “tutela cautelar/tutela antecipada”, conferindo-se à primeira todo um procedimento autônomo, não poderia representar, nos termos de Cândido Rangel Dinamarco, uma espécie de “instrumentalidade em seu aspecto negativo”, uma vez que tal divisão acabava por gerar problemas práticos no cotidiano forense, tornando, por vezes, o processo ineficaz.

Passou-se, assim, ao estudo da fungibilidade entre estas tutelas no direito processual civil brasileiro, como forma de se buscar reduzir os problemas advindos da aplicação destes institutos. Entretanto, verificou-se que algumas questões surgem, na prática forense, quando da aplicação deste princípio, não havendo, inclusive, uniformidade nas decisões que o aplicam.

Assim, após o estudo acerca dos dois institutos processuais analisados (tutela cautelar e tutela antecipada), bem como uma comparação entre estes, apontando semelhanças e diferenças, fez-se necessário o estudo do posicionamento da doutrina e da jurisprudência no que diz respeito à sistematização destes institutos sob os termos de “tutelas de urgência” e a existência de fungibilidade entre eles. Foi, portanto, realizada a análise do posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, visando compreender se, com base na ideia de *instrumentalidade do processo*, bem como admitindo-se a *fungibilidade das tutelas de urgência*, era possível deduzir que igualmente a jurisprudência já indicava traços que demonstrassem uma aceitação da ideia de sistematização dos dois institutos analisados como espécies do gênero tutelas de urgência.

Ademais, em pesquisa realizada no *Institut de Recherche Juridique de La Sorbonne*, foi possível a análise do procedimento do *référé*, medida que representa a unificação dos conceitos de tutela cautelar e tutela satisfativa, e que será concedida em presença de uma situação urgente ou em que o direito afirmado seja evidente.

Deste estudo foi possível constatar que os juízes, em sede de *référé*, têm a possibilidade de exercer duas funções distintas: satisfazer ou conservar. E estas duas funções podem ser exercidas em situações de urgência ou de evidência (ou até mesmo ambas) para a concessão de medidas apropriadas e adequadas à cada situação que lhes é submetida.

Consequentemente, o papel essencial do juiz do *référé* é o de escolher a medida mais adequada à situação que lhe é submetida à apreciação e, em virtude disso, ele dispõe de toda uma gama de medidas possíveis de serem aplicadas.

O estudo realizado na *Université Paris Panthéon-Sorbonne* trouxe, portanto, grande contribuição para a compreensão de um sistema em que as medidas de urgência sejam unificadas, além, claro, de auxiliar na análise de dispositivos do Novo Código de Processo Civil supostamente inspirados no direito francês, como a estabilização dos efeitos da tutela antecipada.

Em um momento final, passou-se a estudar os projetos, bem como o texto final do Novo Código de Processo Civil. Com sua aprovação, e provável entrada em vigor em 18 de março de 2016, haverá a unificação da regulamentação dada às tutelas provisórias em sua parte geral, tendo em vista que, apesar de suas diferenças, entendeu-se que suas semelhanças impunham um tratamento conjunto.

Consolidar-se-á, ainda, com o Novo Código de Processo Civil a ideia de “tutelas de urgência” e “tutela da evidência”. Aquelas fundadas no *periculum in mora*, enquanto que nestas últimas tal requisito estaria dispensado. Ressalte-se, ainda, que as hipóteses de tutela da evidência foram ampliadas no Novo Código de Processo Civil, não se restringindo à hipótese hoje prevista no artigo 273, II, do Código de Processo Civil.

Assim, em razão da identidade de finalidade, bem como da semelhança dos requisitos autorizadores para a concessão das tutelas sumária de urgência, encontrou-se fortes argumentos que justificassem a unidade de tratamento para tais tutelas, não importando, para tanto sua natureza *conservativa* ou *satisfativa*.

Ressaltando-se, contudo, que o Novo Código de Processo Civil permaneceu, ainda, com a nomenclatura “tutela cautelar” e “tutela antecipada”, sendo necessário, inclusive, prever-se novamente a fungibilidade entre ambas. Ora, conforme exposto, melhor teria sido desvencilhar-se do *nomen iuris* dos institutos, do mesmo modo que entendeu a Dra. Ana Paula Franchito Cypriano no questionário (ANEXO VII), para se evitar problemas práticos e garantir a efetividade do processo.

Entretanto, em que pese alguns erros cometidos, como no regramento da estabilização da tutela antecipada, a unificação das “tutelas de urgência” em contraposição à “tutela da evidência”, sistematização adotada não só no Brasil, agora com o Novo Código de Processo Civil, mas também no sistema francês, desde a entrada em vigor do Código de Processo Civil francês de 1975, é medida aliada à ideia de efetividade do processo.

Desse modo, apesar da existência de diferenças conceituais entre os institutos da tutela cautelar e da tutela antecipada, não se faz necessário um tratamento jurídico diferenciado para ambas. A unificação destas, portanto, buscou, por meio da ideia de *instrumentalidade do processo*, dar uma maior efetividade a este e desapegar-se do culto à forma outrora promovido em fase do processo civil brasileiro anterior, buscando-se garantir que a tutela jurisdicional a ser prestada seja a mais adequada e efetiva possível, resgatando-se, talvez, a confiança na efetividade da justiça brasileira, há muito tempo perdida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMRANI-MEKKI, Soraya. **Le Temps et le Procès Civil**. Paris: Dalloz, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada**: tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 1998.

BERTIN, Jean-Louis-Henri. **Ordonnances de Référé**. Paris: A. Durand et Pedone-Lauriel, 1875, Tome II.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 1013299/BA**. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. J. em: 01 out. 2009. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200702956632&dt_publicacao=15/10/2009. Acesso em: 02 ago. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1011061/BA**. Relator: Ministra Eliana Calmon. J. em: 24 mar. 2003. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200702555753&dt_publicacao=23/04/2009. Acesso em: 02 ago. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1150334/MG**. Relator: Ministro Massami Uyeda. J. em: 19 out. 2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901423903&dt_publicacao=11/11/2010. Acesso em: 02 ago. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento 2011089-64.2015.8.26.0000**. Desembargador Relator: Melo Colombi. São Paulo. J. em: 26 fev 2015. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8236121&cdForo=0>. Acesso em: 22 jul. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento 0012095-34.2012.8.26.0619**. Desembargadora Relatora: Mary Grün. São Paulo. J. em: 19 ago. 2014. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7716172&cdForo=0>. Acesso em: 22 jul. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento 2131553-20.2015.8.26.0000**. Desembargador Relator: Roberto Mac Craken. São Paulo. J. em: 16 jul. 2015. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8630465&cdForo=0>. Acesso em: 22 jul. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento 2048326-35.2015.8.26.0000**. Desembargador Relator: Paulo Barcellos Gatti. São Paulo. J. em: 25 mar.

2015. Disponível em:
<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8498527&cdForo=0>. Acesso em: 22 jul. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento 2084805-61.2014.8.26.0000**. Desembargador Relator: Paulo Barcellos Gatti. São Paulo. J. em: 16 jun. 2014. Disponível em:
<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7640197&cdForo=0>. Acesso em: 22 jul. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento 0471072-36.2010.8.26.0000**. Desembargadora Relatora: Berenice Marcondes Cesar. São Paulo. J. em: 12 jul. 2011. Disponível em:
<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5268839&cdForo=0>. Acesso em: 22 jul. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação 0001402-07.2011.8.26.0431**. Desembargador Relator: Paulo Eduardo Razuk. São Paulo. J. em: 09 out. 2012. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6256801&cdForo=0>. Acesso em: 22 jul. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação 0004250-52.2011.8.26.0629**. Desembargadora Relatora: Berenice Marcondes Cesar. São Paulo. J. em: 08 abr. 2014. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7511097&cdForo=0>. Acesso em: 22 jul. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação 0006402-33.2010.8.26.0201**. Desembargadora Relatora: Berenice Marcondes Cesar. São Paulo. J. em: 04 out. 2011. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5464383&cdForo=0>. Acesso em: 22 jul. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação 0020766-49.2009.8.26.0270**. Desembargador Relator: Walter Barone. São Paulo. J. em: 04 set. 2013. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6991750&cdForo=0>. Acesso em: 22 jul. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação 0024961-75.2012.8.26.0554**. Desembargadora Relatora: Christine Santini. São Paulo. J. em: 02 jul. 2013. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6848723&cdForo=0>. Acesso em: 22 jul. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação 0121997-58.2011.8.26.0100**. Desembargador Relator: Roberto Solimene. São Paulo. J. em: 07 jul. 2011. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5249258&cdForo=0>. Acesso em: 22 jul. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação 9126715-61.2005.8.26.0000**. Desembargador Relator: Miguel Brandi. São Paulo. J. em: 31 ago. 2011. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5378095&cdForo=0>. Acesso em: 22 jul. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação 9192864-97.2009.8.26.0000**. Desembargador Relator: Soares Levada. São Paulo. J. em: 26 nov. 2009. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4217235&cdForo=0>. Acesso em: 22 jul. 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Projetos de Novo Código de Processo Civil Comparados e Anotados**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 7. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2013, v. 1.

_____. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, v. 4.

BUZAID, Alfredo. **Anteprojeto de Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964.

CADIET, Loïc (Org.). **Code de procédure civile**. 27. ed., Paris: LexisNexis, 2014.

CADIET, Loïc ; JEULAND, Emmanuel. **Droit Judiciaire Privé**. 8. ed., Paris: Lexis Nexis, 2013.

CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques; MEKKI, Soraya Amrani. **Théorie Générale du Procès**. 2. ed., Paris: PUF, Thémis Droit, 2013.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**. Campinas: Servanda, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro (Coord.). **Accès à la Justice et État-Providence**. Paris: Economica, 1984.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, Reimpressão, 2002.

CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. **A Origem Romana da Tutela Antecipada**. São Paulo: LTr, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. 2. ed., Franca: Lemos & Cruz, 2004.

CÉZAR-BRU, Charles et al. **Juridiction du Président du Tribunal: des référés.** 5. ed., Paris: Librairies Techniques, 1978, Tome I.

_____. **Juridiction du Président du Tribunal: les ordonnances sur requête.** 4. ed., Paris: Librairies Techniques, 1980, Tome II.

CHAINAIS, Cécile. **La Protection Juridictionnelle Provisoire dans le Procès Civil en Droit Français et Italien.** Paris: Dalloz, 2007.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 29. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

CORNU, Gérard; FOYER, Jean. **Procédure Civile.** 3. ed., Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

COSTA, José Maria da. **Manual de Redação Jurídica.** 5. ed., São Paulo: Migalhas, 2013.

COUCHEZ, Gérard; LAGARDE, Xavier. **Procédure Civile.** 17. ed., Paris: Sirey, 2014.

CROZE, Hervé. **Le procès Civil.** 3. ed., Paris: Dalloz, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil.** 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

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

_____. **A Reforma da Reforma.** São Paulo: Malheiros, 2003.

ESTOUP, Pierre. **La Pratique de Procédures Rapides.** 3. ed., Paris: Litec, 1998.

FOULON, Marcel. **Tribunal d'instance: l'ordonnance de référé.** 2. ed., Paris: association d'études et de recherche de l'Ecole nationale de la magistrature, 1989.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca (Coord.) *et al.* **Teoria Geral do Processo: comentários ao CPC de 2015.** São Paulo: Editora Método, 2015.

GUINCHARD, Serge et al. **Droit Processuel: droits fondamentaux du procès.** 7. ed., Paris: Dalloz, 2013.

GUINCHARD, Serge; FERRAND, Frédérique; CHAINAIS, Cécile. **Procédure Civile.** 2. ed., Paris: Dalloz, 2011.

HÉRON, Jacques; LE BARS, Thierry. **Droit Judiciaire Privé.** 5. ed., Paris: Montchrestien, 2012.

JEULAND, Emmanuel. **Droit Processuel.** 2. ed., Paris: LGDJ, 2012.

JULIEN, Pierre; FRICERO, Natalie. **Procédure Civile.** 4. ed., Paris: LGDJ, 2011.

LAMY, Eduardo. **Processo Civil em Movimento: diretrizes para o NCPC.** Florianópolis: Conceito, 2013.

- LEFORT, Christophe. **Procédure Civile**. 4. ed., Paris: Dalloz, 2011.
- LEGEAIS, Raymond. **Grands Systèmes de Droit Contemporains: approche comparative**. 2. ed., Paris: LexisNexis, 2008.
- LEGRAND, Pierre. **Le Droit Comparé**. 4. ed., Paris: Presses Universitaires de France, 1999.
- MARCHI, Eduardo C. Silveira. **Guia de Metodologia Jurídica: teses, monografias e artigos**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 12. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. **Processo Cautelar**. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC: críticas e propostas**. 2. ed., São Paulo: RT, 2010.
- MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Procedimentos Cautelares e Especiais**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- PIGEAU, Eustache-Nicolas. **La Procédure Civile du Châtelet de Paris et toutes les juridictions ordinaires du royaume, démontrée par principes et mise en action par des formules**. Paris: Vve Desaint, 1779.
- QUILLERÉ-MAJZOUB, Fabienne. **La Défense du Droit à un procès équitable**. Bruxelles: Bruylant, 1999.
- RAMBAUD, Thierry. **Introduction au Droit Comparé**. Paris: Preses Universitaires de France, 2014.
- RICHARDSON, Roberto Jarry. **Pesquisa Social: métodos e técnicas**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2015.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. **A Ação Cautelar Inominada no Direito Brasileiro**. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- _____. **As Ações Cautelares e o Novo Processo Civil**. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- SOLUS, Henry; PERROT, Roger. **Droit Judiciaire Privé**. Paris: Sirey, 1991, Tome 3.
- STRICKLER, Yves. **Procédure Civile**. 4. ed., Bruxelles: Paradigme, 2013.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 48. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. II.

_____. **Processo Cautelar**. 23. ed., São Paulo: Editora Universitária de Direito, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VUITTON, Jacques; VUITTON, Xavier. **Les référés: procédure civile, contentieux administratif, procédure pénale**. 3. ed., Paris: Lexis Nexis, 2013.

WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

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

ANEXO I – CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL FRANCÊS (D. n° 75-1123/1975)³⁹¹**LIVRE Ier: Dispositions communes à toutes les juridictions****Titre XIV: Le jugement****Chapitre II: Dispositions spéciales**

Section II: Les autres jugements

Sous-section II: Les ordonnances de référé

Article 484

L'ordonnance de référé est une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires.

Article 485

Modifié par Décret n°2012-66 du 20 janvier 2012 - art. 33

La demande est portée par voie d'assignation à une audience tenue à cet effet aux jour et heure habituels des référés.

Si, néanmoins, le cas requiert célérité, le juge des référés peut permettre d'assigner, à heure indiquée, même les jours fériés ou chômés.

Article 486

Le juge s'assure qu'il s'est écoulé un temps suffisant entre l'assignation et l'audience pour que la partie assignée ait pu préparer sa défense.

Article 487

Le juge des référés a la faculté de renvoyer l'affaire en état de référé devant la formation collégiale de la juridiction à une audience dont il fixe la date.

Article 488

L'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée.

Elle ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu'en cas de circonstances nouvelles.

³⁹¹ Disponível em: < <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716>>. Acesso em: 07 set. 2015.

Article 489

Modifié par Décret 81-500 1981-05-12 art. 18 JORF 14 mai 1981 rectificatif JORF 21 mai 1981

L'ordonnance de référé est exécutoire à titre provisoire. Le juge peut toutefois subordonner l'exécution provisoire à la constitution d'une garantie dans les conditions prévues aux articles 517 à 522.

En cas de nécessité, le juge peut ordonner que l'exécution aura lieu au seul vu de la minute.

Article 490

Modifié par Décret 86-585 1986-03-14 art. 2 JORF 19 mars 1986

L'ordonnance de référé peut être frappée d'appel à moins qu'elle n'émane du premier président de la cour d'appel ou qu'elle n'ait été rendue en dernier ressort en raison du montant ou de l'objet de la demande.

L'ordonnance rendue en dernier ressort par défaut est susceptible d'opposition.

Le délai d'appel ou d'opposition est de quinze jours.

Article 491

Le juge statuant en référé peut prononcer des condamnations à des astreintes. Il peut les liquider, à titre provisoire.

Il statue sur les dépens.

Article 492

Les minutes des ordonnances de référé sont conservées au secrétariat de la juridiction.

Article 492-1

Créé par Décret n°2011-1043 du 1er septembre 2011 - art. 4

A moins qu'il en soit disposé autrement, lorsqu'il est prévu que le juge statue comme en matière de référé ou en la forme des référés, la demande est formée, instruite et jugée dans les conditions suivantes :

1° Il est fait application des articles 485 à 487 et 490 ;

2° Le juge exerce les pouvoirs dont dispose la juridiction au fond et statue par une ordonnance ayant l'autorité de la chose jugée relativement aux contestations qu'elle tranche ;

3° L'ordonnance est exécutoire à titre provisoire, à moins que le juge en décide autrement.

LIVRE II: Dispositions particulières à chaque juridiction
Titre Ier: Dispositions particulières au tribunal de grande instance
Sous-titre II: Les pouvoirs du président
Chapitre Ier: Les ordonnances de référé

Article 808

Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend.

Article 809

Modifié par Décret 85-1330 1985-12-17 art. 8 JORF 18 décembre 1985

Modifié par Décret 87-434 1987-06-17 art. 1 JORF 23 juin 1987

Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire.

Article 810

Les pouvoirs du président du tribunal de grande instance prévus aux deux articles précédents s'étendent à toutes les matières où il n'existe pas de procédure particulière de référé.

Article 811

Modifié par Décret n°98-1231 du 28 décembre 1998 - art. 21 JORF 30 décembre 1998 en vigueur le 1er mars 1999

A la demande de l'une des parties et si l'urgence le justifie, le président saisi en référé peut renvoyer l'affaire à une audience dont il fixe la date pour qu'il soit statué au fond. Il veille à ce que le défendeur dispose d'un temps suffisant pour préparer sa défense. L'ordonnance emporte saisine du tribunal. Il est ensuite procédé comme il est dit à l'article 790 et aux trois derniers alinéas de l'article 792.

ANEXO II – PLS nº 166/2010³⁹²

TÍTULO IX
TUTELA DE URGÊNCIA E TUTELA DA EVIDÊNCIA
CAPÍTULO I
DISPOSIÇÕES GERAIS
Seção I
Das disposições comuns

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

§ 1º São medidas satisfativas as que visam a antecipar ao autor, no todo ou em parte, os efeitos da tutela pretendida.

§ 2º São medidas cautelares as que visam a afastar riscos e assegurar o resultado útil do processo.

Art. 270. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Parágrafo único. A medida de urgência poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente.

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

Parágrafo único. A decisão será impugnável por agravo de instrumento.

Art. 272. A tutela de urgência e a tutela da evidência serão requeridas ao juiz da causa e, quando antecedentes, ao juízo competente para conhecer do pedido principal.

Parágrafo único. Nas ações e nos recursos pendentes no tribunal, perante este será a medida requerida.

³⁹² Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496&tp=1%3E>>. Acesso em: 07 set. 2015.

Art. 273. A efetivação da medida observará, no que couber, o parâmetro operativo do cumprimento da sentença definitivo ou provisório.

Art. 274. Independentemente da reparação por dano processual, o requerente responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a efetivação da medida, se:

I - a sentença no processo principal lhe for desfavorável;

II - obtida liminarmente a medida em caráter antecedente, não promover a citação do requerido dentro de cinco dias;

III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer dos casos legais;

IV - o juiz acolher a alegação de decadência, ou da prescrição da pretensão do autor.

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida.

Art. 275. Tramitarão prioritariamente os processos em que tenha sido concedida tutela da evidência ou de urgência, respeitadas outras preferências legais.

Seção II

Da tutela de urgência cautelar e satisfativa

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

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

Art. 277. Em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o juiz poderá conceder medidas de urgência de ofício.

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

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

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

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

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

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

CAPÍTULO II

DO PROCEDIMENTO DAS MEDIDAS DE URGÊNCIA

Seção I

Das medidas de urgência requeridas em caráter antecedente

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

Art. 280. O requerido será citado para, no prazo de cinco dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir.

§ 1º Do mandado de citação constará a advertência de que, não impugnada decisão ou medida liminar eventualmente concedida, esta continuará a produzir efeitos independentemente da formulação de um pedido principal pelo autor.

§ 2º Conta-se o prazo a partir da juntada aos autos do mandado:

I - de citação devidamente cumprido;

II - de intimação do requerido de haver-se efetivado a medida, quando concedida liminarmente ou após justificação prévia.

Art. 281. Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo requerente presumir-se-ão aceitos pelo requerido como verdadeiros, caso em que o juiz decidirá dentro de cinco dias.

§ 1º Contestada a medida no prazo legal, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, caso haja prova a ser nela produzida.

§ 2º Concedida a medida em caráter liminar e não havendo impugnação, após sua efetivação integral, o juiz extinguirá o processo, conservando a sua eficácia.

Art. 282. Impugnada a medida liminar, o pedido principal deverá ser apresentado pelo requerente no prazo de trinta dias ou em outro prazo que o juiz fixar.

§ 1º O pedido principal será apresentado nos mesmos autos em que tiver sido veiculado o requerimento da medida de urgência, não dependendo do pagamento de novas custas processuais quanto ao objeto da medida requerida em caráter antecedente.

§2º A parte será intimada para se manifestar sobre o pedido principal, por seu advogado ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação.

§3º A apresentação do pedido principal será desnecessária se o réu, citado, não impugnar a liminar.

§4º Na hipótese prevista no § 3º, qualquer das partes poderá propor ação com o intuito de discutir o direito que tenha sido acautelado ou cujos efeitos tenham sido antecipados.

Art. 283. As medidas conservam a sua eficácia na pendência do processo em que esteja veiculado o pedido principal, mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas, em decisão fundamentada, exceto quando um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva.

§ 1º Salvo decisão judicial em contrário, a medida de urgência conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

§ 2º Nas hipóteses previstas no art. 282, §§ 2º e 3º, as medidas de urgência conservarão seus efeitos enquanto não revogadas por decisão de mérito proferida em ação ajuizada por qualquer das partes.

Art. 284. Cessa a eficácia da medida concedida em caráter antecedente, se:

I - tendo o requerido impugnado a medida liminar, o requerente não deduzir o pedido principal no prazo do caput do art. 282;

II - não for efetivada dentro de um mês;

III - o juiz julgar improcedente o pedido apresentado pelo requerente ou extinguir o processo em que esse pedido tenha sido veiculado sem resolução de mérito.

§1º Se por qualquer motivo cessar a eficácia da medida, é vedado à parte repetir o pedido, salvo sob novo fundamento.

§2º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revogar, proferida em ação ajuizada por uma das partes.

§3º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida para instruir a petição inicial da ação referida no caput.

Art. 285. O indeferimento da medida não obsta a que a parte deduza o pedido principal, nem influi no julgamento deste, salvo se o motivo do indeferimento for a declaração de decadência ou de prescrição.

Seção II

Das medidas de urgência requeridas em caráter incidental

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

Parágrafo único. Aplicam-se às medidas concedidas incidentalmente as disposições relativas às requeridas em caráter antecedente, no que couber

ANEXO III – PL 8.046/2010³⁹³

LIVRO V
DA TUTELA ANTECIPADA
TÍTULO I
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS, DA TUTELA DE URGÊNCIA E DA TUTELA DE
EVIDÊNCIA
CAPÍTULO I
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 295. A tutela antecipada, de natureza satisfativa ou cautelar, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental. Parágrafo único. A tutela antecipada pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Art. 296. A tutela antecipada requerida em caráter incidental independe do pagamento de custas.

Art. 297. A tutela antecipada conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.

Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a tutela antecipada conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

Art. 298. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela antecipada.

Parágrafo único. A efetivação da tutela antecipada observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber, vedados o bloqueio e a penhora de dinheiro, de aplicação financeira ou de outros ativos financeiros.

Art. 299. Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela antecipada, o juiz justificará as razões de seu convencimento de modo claro e preciso.

Parágrafo único. A decisão é impugnável por agravo de instrumento.

³⁹³ Disponível em: <

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1246935&filename=REDACAO+FINAL+-+PL+8046/2010>. Acesso em: 07 set. 2015.

Art. 300. A tutela antecipada será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal.

Parágrafo único. Ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos a tutela antecipada será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito.

CAPÍTULO II DA TUTELA DE URGÊNCIA

Art. 301. A tutela antecipada de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional.

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

§ 2º A tutela antecipada de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela cautelar antecipada pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito.

§ 4º Pode ser objeto de arresto bem indeterminado que sirva para garantir execução por quantia certa; pode ser objeto de sequestro bem determinado que sirva para garantir execução para a entrega de coisa.

Art. 302. A tutela antecipada de urgência não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Art. 303. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela antecipada cautelar causar à parte adversa, se:

I – a sentença lhe for desfavorável;

II – obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de cinco dias;

III – ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;

IV – o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

Art. 304. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada satisfativa e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição sumária da lide, do direito que se busca realizar e do perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional.

§ 1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o caput deste artigo:

I - o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação da sua argumentação, juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em quinze dias, ou em outro prazo maior que o órgão jurisdicional fixar;

II – o réu será citado imediatamente, mas o prazo de resposta somente começará a correr após a intimação do aditamento a que se refere o inciso I deste § 1º.

§ 2º Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.

§ 3º O aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais.

§ 4º Na petição inicial a que se refere o caput deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.

§ 5º O autor terá, ainda, de indicar, na petição inicial, que pretende valer-se do benefício previsto no caput deste artigo.

§ 6º Caso entenda que não há elementos para a concessão da tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial, em até cinco dias. Não sendo emendada neste prazo, a petição inicial será indeferida e o processo, extinto sem resolução de mérito.

Art. 305. A tutela antecipada satisfativa, concedida nos termos do art. 304, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 1º No caso previsto no caput, o processo será extinto.

§ 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada satisfativa estabilizada nos termos do caput.

§ 3º A tutela antecipada satisfativa conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.

§ 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 117 2º, prevento o juízo em que a tutela satisfativa foi concedida.

§ 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.

CAPÍTULO III DA TUTELA DA EVIDÊNCIA

Art. 306. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional, quando:

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

II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III – se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa. Parágrafo único. A decisão baseada nos incisos II e III deste artigo pode ser proferida liminarmente.

TÍTULO II

DO PROCEDIMENTO DA TUTELA CAUTELAR REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

Art. 307. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide, seu fundamento e a exposição sumária do direito que se visa assegurar e o perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional.

Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza satisfativa, o órgão jurisdicional observará o disposto no art. 304.

Art. 308. O réu será citado para, no prazo de cinco dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir.

Art. 309. Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá dentro de cinco dias.

Parágrafo único. Contestado o pedido no prazo legal, observar-se-á o procedimento comum.

Art. 310. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de trinta dias. Neste caso, será apresentado nos mesmos autos em que veiculado o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais.

§ 1º O pedido principal pode ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar.

§ 2º A causa de pedir poderá ser aditada no momento da formulação do pedido principal.

§ 3º Apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 335, por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu.

§ 4º Não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 336.

Art. 311. Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se:

I – o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal;

II – não for efetivada dentro de trinta dias;

III – o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito. Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a eficácia da tutela cautelar, é vedado à parte renovar o pedido, salvo sob novo fundamento.

Art. 312. O indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição.

ANEXO IV – NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (Lei nº 13.105/2015)³⁹⁴**LIVRO V
DA TUTELA PROVISÓRIA
TÍTULO I
DISPOSIÇÕES GERAIS**

Art. 294. 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.

Art. 295. A tutela provisória requerida em caráter incidental independe do pagamento de custas.

Art. 296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.

Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a tutela provisória conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

Art. 298. Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso.

Art. 299. A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal.

Parágrafo único. Ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito.

³⁹⁴ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 07 set. 2015.

TÍTULO II
DA TUTELA DE URGÊNCIA
CAPÍTULO I
DISPOSIÇÕES GERAIS

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

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

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Art. 301. A tutela de urgência 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 assecuração do direito.

Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

I - a sentença lhe for desfavorável;

II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;

III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;

IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

CAPÍTULO II
DO PROCEDIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER
ANTECEDENTE

Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela

final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o caput deste artigo:

I - o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar;

II - o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334;

III - não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

§ 2º Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.

§ 3º O aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais.

§ 4º Na petição inicial a que se refere o caput deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.

§ 5º O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no caput deste artigo.

§ 6º Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito.

Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 1º No caso previsto no caput, o processo será extinto.

§ 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.

§ 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.

§ 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

§ 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, nos termos do § 2º deste artigo.

CAPÍTULO III

DO PROCEDIMENTO DA TUTELA CAUTELAR REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.

Art. 306. O réu será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir.

Art. 307. Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá dentro de 5 (cinco) dias.

Parágrafo único. Contestado o pedido no prazo legal, observar-se-á o procedimento comum.

Art. 308. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais.

§ 1º O pedido principal pode ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar.

§ 2º A causa de pedir poderá ser aditada no momento de formulação do pedido principal.

§ 3º Apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma do art. 334, por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu.

§ 4º Não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art.

335.

Art. 309. Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se:

- I - o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal;
- II - não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias;
- III - o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito.

Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a eficácia da tutela cautelar, é vedado à parte renovar o pedido, salvo sob novo fundamento.

Art. 310. O indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição.

TÍTULO III DA TUTELA DA EVIDÊNCIA

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

- I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;
- II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;
- III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;
- IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

ANEXO V

Entrevista com Dr. José Roberto Ferreira Gouvea. Advogado, co-autor e atual responsável pela atualização das obras de Theotonio Negrão (“Código Civil e Legislação Civil em vigor” e “Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor”, ambas da editora Saraiva).

As alterações trazidas no regime das “tutelas provisórias” auxiliarão no resgate da efetividade do processo?

O problema da efetividade do processo, no Brasil, tem mais a ver com gestão do que com alterações legislativas. O novo CPC, assim como o CPC de 1973, tem vários mecanismos que favorecem, em tese, a efetividade do processo (o regime das tutelas provisórias é um deles). No entanto, é preciso diminuir o tempo: de juntada de petições nos autos; em que os autos ficam parados nas escrivaninhas dos cartórios; em que o processo fica aguardando um simples despacho ou uma decisão *etc.*

Em outras palavras, em suma, é preciso informatizar e modernizar o Poder Judiciário, além de estipular metas de desempenho (quantitativas e qualitativas) para todos os servidores, e não só para os juízes.

O parágrafo único, do art. 305, do Novo Código de Processo Civil (“*Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303*”), mais uma vez, repetindo o erro do §7º, do art. 273, do Código de Processo Civil atual, deixou de mencionar a possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade de modo inverso. Assim, seria possível afirmar que tal lacuna possibilitará que os poucos magistrados que não aceitam a fungibilidade inversa continuem a negá-la, diminuindo, assim, a efetividade do processo?

Embora não tenha sido prevista expressamente a fungibilidade “de mão dupla” no novo CPC, não há motivos para que os juízes não a apliquem no caso concreto. A fungibilidade entre tutela cautelar e tutela antecipada continua tendo sentido dúplice. O magistrado que não reconhecer isso atentará contra a instrumentalidade das formas e, conseqüentemente, contra a efetividade do processo.

A instituição da estabilização da tutela antecipada, subordinada à ausência de interposição de recurso pela parte contrária, será eficaz, tendo em vista a “cultura recursal” existente na práxis forense brasileira?

Tendo em vista a “cultura recursal” existente na práxis forense brasileira, provavelmente não haverá muitos casos de estabilização da tutela antecipada nos termos do art. 304 do novo CPC. Todavia, é preciso registrar que, salvo recomendação expressa do cliente, o advogado tem o dever de interpor os recursos ordinários cabíveis (não se incluem aqui os recursos para os tribunais superiores). Ou seja, o legislador criou um instituto que, embora eficaz juridicamente, provavelmente terá pouca efetividade social.

ANEXO VI

Entrevista com Fernando da Fonseca Gajardorni, Prof. Dr. de Processo Civil e Arbitragem da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Juiz de Direito.

Toda tutela de urgência demanda, ao menos, uma probabilidade do direito afirmado, para a sua concessão (evidência). Por outro lado, toda tutela de evidência, mesmo que para a sua concessão não seja requisito a “urgência”, quanto mais rápida a tutela jurisdicional for prestada, menor será o dano marginal produzido (urgência). Logo, não seria possível afirmar que há uma interseção entre as tutelas de urgência e as tutelas de evidência, na medida em que a tutela provisória a ser prestada nunca será estritamente de urgência ou de evidência?

Concordo em parte. Porque mesmo em causas em que não há evidência, também há o dano marginal pela demora no julgamento. Logo, haveria por este raciocínio urgência e para toda e qualquer demanda, independentemente de ser tutela de urgência ou de evidência.

A instituição da estabilização da tutela antecipada, subordinada à ausência de interposição de recurso pela parte contrária, será eficaz, tendo em vista a “cultura recursal” existente na práxis forense brasileira?

Será o caos, principalmente porque o art. 304 do NCPC é incompatível com o art. 303 NCPC.

A atual estrutura do Judiciário estaria pronta para lidar - bem como para aplicar – as modificações trazidas no regime das tutelas provisórias? Isto é, as alterações perpetradas auxiliarão no resgate da efetividade do processo?

Tirando a questão da incompatibilidade entre o 303 e o 304, o PJ já está acostumado com tutelas provisórias (embora a de evidência incrustada nos ritos especiais). Não vejo problemas.

O que poderia ser suprimido, incluído ou alterado no regime das tutelas de urgência instituído pelo Novo Código de Processo Civil?

Poderia ser revogado o art. 304 do NCPC e, posteriormente, elaborado um projeto de lei que tornasse a estabilização algo compatível com o resto do regime.

ANEXO VII

Entrevista com Dra. Ana Paula Franchito Cypriano. Juíza de Direito.

A atual estrutura do Judiciário estaria pronta para lidar, bem como para aplicar as modificações trazidas no regime das tutelas provisórias?

Acredito que será um longo processo de adaptação e que, no início, haverá certa dificuldade e até mesmo morosidade, especialmente, porque é previsível um aumento de pedidos de tutela urgente, até mesmo com desvio de finalidade. E considerando o número expressivo de ações distribuídas, diariamente, aliada à carência no número de Juízes e servidores, será muito difícil a apreciação imediate dos pedidos de todos os pedidos de tutela de urgência formulados.

A instituição da estabilização da tutela antecipada, subordinada à ausência de interposição de recurso pela parte contrária, será eficaz, tendo em vista a “cultura recursal” existentes na práxis forense brasileira?

No início, como em toda mudança, acredito que o instituto não terá a eficácia imediata esperada. O processo de adaptação será lento, mas entendo que essa inovação trará, a longo prazo, bons resultados, especialmente celeridade na solução dos litígios e esta repercutirá no comportamento dos advogados e das partes de forma natural.

Uma vez recebido o processo com pedido de tutela de urgência ou da evidência, como será feita a triagem para que haja uma rápida resposta jurisdicional?

Atualmente, o Sistema Informatizado que funciona na Justiça Estadual, permite a alocação dos processos com pedidos urgentes (liminares, antecipação da tutela) em pasta própria. Não será diferente com os pedidos de tutela de urgência ou de evidência e neste caso, não vislumbro dificuldade.

Teria sido vantajoso unificar as tutelas de urgência em procedimento autônomo ao invés de fazê-lo no procedimento comum?

Diante da busca constante da simplificação do processo e dos procedimentos, não vejo inconveniente nesta unificação dentro do procedimento comum. Muitas vezes, nas ações cautelares autônomas (como por ex. sustação de protesto), os juízes já dispensavam a citação na ação cautelar, por entender que a discussão toda, sobre o direito em si, estaria reservada para a ação principal. De modo que o processo cautelar ficava restrito à concessão ou não da liminar. E já havia uma tendência de se formular dentro da ação de conhecimento (procedimento comum), pedidos antecipatórios afetos a cautelares.

Contudo, a principal crítica que temos observado é que o Novo CPC reacendeu a distinção entre tutela cautelar e tutela antecipada, ao exigir, nos pedidos apresentados de forma antecedente o respectivo enquadramento, haja vista a diversidade de procedimentos e requisitos da tutela cautelar frente à tutela antecipada. Portanto, ao mesmo tempo em que unificou o procedimento das tutelas de urgência, dentro do procedimento comum, reacendeu a disputa classificatória entre cautelar e antecipada.