



**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE
ASSOCIAÇÃO DE ENSINO E PESQUISA GRACCHO CARDOSO**

ERICK WILLIAM GOMES DOS SANTOS

**O SISTEMA DAS TUTELAS DE URGÊNCIA: DA TUTELA CAUTELAR
FRENTE À NOVA SISTEMÁTICA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

ARACAJU

2017

ERICK WILLIAM GOMES DOS SANTOS.

**O SISTEMA DAS TUTELAS DE URGÊNCIA: DA TUTELA CAUTELAR FRENTE À
NOVA SISTEMÁTICA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Monografia, a FANESE - faculdade de administração e negócios de Sergipe - como um dos pré-requisitos para obtenção de grau de bacharel em direito, área de concentração específica direito Processual Civil.

ORIENTADOR: Professor. Lucas Cardinali Pacheco.

ARACAJU

2017

S237s SANTOS, Erick William Gomes dos

O Sistema das Tutelas de Urgência: da tutela cautelar frente à nova sistemática do código de processo/ Erick William Gomes dos Santos. Aracaju, 2017. 52 f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito

Orientador: Prof. Me. Lucas Cardinali Pacheco

1. Tutelas de Urgência 2. Tutela Provisória e Urgência 3. Cognição Sumária 4. Celeridade Processual 5. Instituto Independente I. TÍTULO.

CDU 343.64

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca da FANESE

ERICK WILLIAM GOMES DOS SANTOS.

**O SISTEMA DAS TUTELAS DE URGÊNCIA: DA TUTELA CAUTELAR
FRENTE À NOVA SISTEMÁTICA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

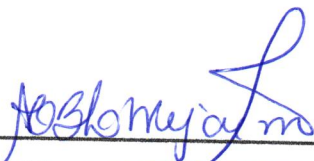
Monografia, apresentada como exigência obtenção do grau bacharel em direito, área de concentração específica direito processual civil. À comissão julgadora da FANESE - faculdade de administração e negócios de Sergipe.

Aprovada em ___/___/___.

BANCA EXAMINADORA



ORIENTADOR: Me. Lucas Cardinali Pacheco - FANESE



Nome do componente: Me. América Cardoso Barreto Lima Nejaim
FANESE - faculdade de administração e negócios de Sergipe.



Nome do componente: Me. Manoel Meneses Cruz FANESE - faculdade de administração e negócios de Sergipe.

AGRADECIMENTOS

hakadosh baruch hu ("O Bendito Santo")

Minha Família: Dira, Mae, pai, Masha e irmãos.

FANESE - Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

ORIENTADOR: Professor. Lucas Cardinali Pacheco FANESE - Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

Aos Professores: Sandro Costa e José Carlos.

Aos funcionários da Biblioteca em especial.

É engraçado, basta a gente dizer alguma coisa que ninguém entende para que façam praticamente tudo que a gente quer.

O Apanhador no Campo de Centeio, de J.D. Salinger.

RESUMO

Esse trabalho tem o objetivo de estudar as transformações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil nos institutos das tutelas de urgência, com ênfase na tutela cautelar. Objetiva-se, especificamente, identificar as medidas de urgência como medidas processuais aptas a proporcionar celeridade processual sem danos à segurança jurídica, atualmente oferecidas nas tutelas de urgência. As tutelas de urgência se subdividem entre tutelas de urgência e evidência, as primeiras caracterizadas pela presença da probabilidade do direito e o risco de dano ou ao resultado útil do processo. As tutelas de urgência, por sua vez, subdividem-se em tutela antecipada e tutela cautelar, essa segunda objeto maior deste estudo. Pretende-se que este estudo auxilie estudiosos do direito Processual Civil no tema, em específico, das Tutelas de Urgência que sofram grande transformação processual pelo Novo Código Processual Civil, demonstrando que o tema possui relevância prática para a sociedade, buscando garantir o proveito útil do processo bem como adequar o momento oportuno da sua concessão.

Palavras chave: Tutelas de urgência, Tutela Provisória e Urgência, Cognição Sumária, celeridade processual e instituto independente.

ABSTRACT

This work aims to study the changes brought by the new code of Civil procedure at the institutes of the guardianship of urgency, with emphasis on precautionary custody. The goal is to specifically identify the emergency measures as procedural measures able to provide speed without damage to the procedural legal security, currently offered in the guardianship of urgency. The guardianship of urgency is subdivided between guardianship and evidence, the first characterized by the presence of the likelihood of the right and the risk of damage or result of the process. The guardianship of urgency, for your time, if subdivided between early tutelage and guardianship precaution, this second largest object of this study. This study is intended to assist scholars of the Civil Procedure Law on the subject, in particular of the Guardianship of Urgency that suffered great transformation procedure by the new Civil Procedure Code, demonstrating that the topic has practical relevance for society, seeking to ensure the benefit of the process as well as adjust the timing of your grant.

Keywords: Emergency custody, Temporary custody and urgency, Summary cognition, process speed and independent institute.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AC – Apelação Cível
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ART – Artigo
CC – Código Civil
CF/88 ou CF – Constituição Federal de 1988
CDC – Código de Defesa do Consumidor
CPC/73 – Código de Processo Civil de 1973
CPC/15 – Código de Processo Civil de 2015
NCPC – Novo Código de Processo Civil
PP – Partido Progressista
PTB - Partido Trabalhista Brasileiro
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
RE – Recurso Extraordinário
REsp – Recurso Especial
TJ – Tribunal de Justiça
TAC – Termo de Ajustamento de Conduta
TRF – Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2. GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA	14
2.1 CONTEXTO HISTÓRICO.....	14
2.2 FUNÇÃO JURISDICIONAL.....	17
2.3 COGNIÇÃO JURISDICIONAL.....	21
2.4 DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO.....	26
3 DAS TUTELAS DE URGÊNCIA	30
3.1 CARACTERÍSTICAS COMUNS DAS TUTELAS DE URGÊNCIA.....	33
3.2. PODER GERAL NA TUTELA DE URGÊNCIA.....	36
3.3. DIFERENÇAS ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA E EVIDÊNCIA.....	37
4 TUTELA CAUTELAR	38
4.1 CAUTELARES INOMINADAS: PODER GERAL DE CAUTELA.....	39
4.1.1 <i>PRESSUPOSTOS DA CONCESSÃO</i>	40
4.1.2 <i>PROBABILIDADE DO DIREITO</i>	41
4.1.3 <i>PERIGO DE DANO OU AO RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO</i>	42
4.2 DA REVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO ANTECIPATÓRIO E DA CAUÇÃO.....	43
4.3 TUTELA CAUTELAR EM CARÁTER ANTECEDENTE.....	44
CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
REFERÊNCIAS	49

1. INTRODUÇÃO

Uma breve síntese do presente trabalho se faz extremamente necessária, porém será dividida em partes, quais sejam, contextualização no mundo jurídico, tutelas de urgência e metodologias de pesquisa e já familiarizados trataremos do objetivo deste trabalho que certamente possui relevância para operadores do direito e para a sociedade que busca a uma tutela jurisdicional prestada com excelência.

Um dos objetivos do Direito, que os operadores do direito em geral reconhecem é a finalidade de resolver conflitos e se poderia dizer de forma mais técnica, solucionar lides, que seria a dissolução de pretensões resistidas, no entanto, também sabe-se que o direito é uno e por razões meramente didáticas dividem-se em ramos e neste ponto que far-se-á uma incursão mais específica em um dos seus ramos, qual seja, o ramo do Direito Processual Civil que é o mecanismo pelo qual o Estado executa na prática a prestação jurisdicional.

É indispensável ainda no tocante a prestação jurisdicional que um dos conceitos amplamente difundidos no meio técnico jurídico a esse respeito é que o processo é um conjunto concatenados de atos tendentes a produzir um resultado, qual seja, a solução do conflito/lide.

Continuaremos nossa trajetória que visa olhar o Direito com um todo, mas seguir especialmente no ramo do direito Processual Civil que soluciona as controvérsias cíveis precipuamente mas atente também como rito processual subsidiário a outros ramos do direito como no caso do Direito do Trabalho e neste ponto apurar mais o olhar e debruçar um enfoque especial, nas tutelas de urgência.

Deseja-se um olhar sobre as tutelas de urgência, quanto à prestação jurisdicional em tempo processual adequado e à entrega do “bem da vida” sem descuidar da segurança jurídica.

Perceba que este olhar do Macro Direito para o Micro direito, por assim dizer, faz se necessário para contextualizar o leitor, para que as tutelas de urgência não fossem abordadas como algo descontextualizado do restante do ordenamento jurídico pátrio e para questões subjacentes ao Direito.

Questões impedem que a marcha temporal do processo seja realizada no tempo ideal para a satisfação adequada da justiça neste Brasil recém democratizado

e como consequência o despertar da população que encontra segurança para bater às portas do Poder judiciário.

Com esse novo país que entra o século XXI, buscando se firmar como Estado Democrático de direito o Poder Judiciário se robustece e ganha prestígio e confiança da sociedade e neste contexto busca-se mecanismos para adequação entre o crescente número de demandas e o tempo em que são solucionadas sem, contudo, abrir mão da qualidade das decisões.

A marcha temporal dos processos é retida por questões oriundas de diversas fontes, tais como: falta de Magistrados, servidores, aparato técnico, legislação inadequada aos novos tempos somente para citarmos alguns exemplos internos ao que concerne ao Poder Judiciário, mas outras questões advindas de outras fontes travam o andamento processual.

No entanto, outros entraves são enfrentados em um país de dimensões continentais e do ponto de vista da história um jovem frente a ao velho mundo por exemplo, mas que não nos exime de buscar a solução desses entraves buscando a eficiência que foi insculpida como princípio no Art. 37 da Constituição Federal de 1988.

É este o ponto nevrálgico no qual trata-se as “Tutelas de Urgência” em um país “novo” recém democratizado, que tem se confiança no Poder Judiciário e consequente aumentando o número de litígios trazidos aos tribunais para a busca e entrega do “bem da vida” em tempo ideal.

É evidente, contudo, que o Estado tem realizado esforços outros para sanar a morosidade, esforço esse que hodiernamente observa-se quando o Estado através do Poder Legislativo reafirmou e modificou às “Tutelas de Urgência” no novo Código de Processo Civil, dando novos contornos adequados a nossa nova realidade.

Dentro de nossa área de conhecimento científico, qual seja, a Ciência do Direito busca se focar aqui nosso olhar para às “Tutelas de Urgência” no intuito de colaborar com a sociedade e o mundo jurídico.

Agora já contextualizado com às “Tutelas de Urgência” e com o recorte científico delimitado, urge também mais um aprofundamento de pontos que circundam o objeto de estudo, tais como; Tutela de Emergência, Tutela de urgência, Cognição Sumária, velocidade do processo e a visão de “Tutelas de Urgência” como instituto independente.

Quanto à metodologia pelo objeto de estudo permitiria várias abordagens tais como entrevistas a Magistrados, comunidade jurídica *lato sensu*, servidores professores, servidores e a população, que é sem dúvida, os destinatários da Prestação Jurisdicional.

Certamente essa gama de abordagens metodológicas possíveis poderiam interferir severamente na forma didática, influenciando diretamente nos objetivos deste trabalho.

A interferência na didática se daria, pois, ter-se-ia que reproduzir fielmente as entrevistas e isso poderia fazer quebrar a lógica da nossa abordagem e por via de consequência na forma de questionário com respostas objetivas com base em percentagens ficar-se-ia restritos à frieza dos números afastando-nos da lógica de o Direito ser Ciência Humana e Social, por isso optou-se por não usá-las.

Por essas razões, buscamos no presente trabalho, buscar os anais do direito com registro em farta bibliografia disponível, tanto pátria como no direito comparado, sob à supervisão do douto orientador.

Sem descuidar das referências bibliográficas e das normas da ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas, para dar segurança aos destinatários deste trabalho para que ele possa contribuir de alguma forma com a ciência e a sociedade como destinatária do direito.

Os objetivos do presente trabalho são descrever as “Tutelas de Urgência” como mecanismo de garantia de prestação jurisdicional e apontar este aparato jurídico como instrumentos capazes de assegurar a celeridade, a adequação temporal nos casos de urgência e a manutenção do ‘bem da vida’ no caso em que corram risco. Assim, dar-se-á ênfase no instituto da tutela cautelar, abordando nos outros capítulos a tutela antecipada, enquanto modalidade da tutela de urgência, e a tutela de evidência. Ademais, busca-se situar a necessidade da utilização deste instrumento Estatal, como mecanismo hábil para adequar e garantir a satisfação do direito perquirido.

A hipótese vislumbrada é o evidente descompasso temporal entre a marcha processual em um rito comum e o que se tem por ideal na concretização da justiça.

Conquanto o objetivo específico é descer às minúcias das tutelas de urgência, às tutelas de evidência, sobre cognição sumária, velocidade do processo e à garantia da entrega eficaz do direito e compartilhar sua relevância Jurídica e Social.

No mesmo diapasão, estudar as sutilezas do tema de nada serviria sem compartilhar nosso produto final, quais sejam, as descobertas e o aprofundamento prazeroso rico cientificamente, e na prática do direito.

2. GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA

Neste capítulo, busca-se demonstrar função jurisdicional na qual o Estado Juiz deve tutelar o bem da vida sob princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, bem como, às garantias processuais dele decorrente e situar o estudo das Tutelas de Urgência em um contexto constitucional. Tem-se que neste sentido às Tutelas de Urgência também são tutelas Estatais de Direito, porém com especificidades e particularidades que, por sua própria natureza, exigem mecanismos específicos para salvaguardá-los.

2.1. CONTEXTO HISTÓRICO

O Processo Civil surgiu como uma forma de instrumentalizar o direito, ou seja, uma forma de buscar o direito por meios outros que não o confronto direto, onde, muitas vezes, o mais forte se sagrava vencedor.

Cabe, apenas a título de introdução, ressaltar superficialmente a evolução histórica do Processo Civil, passando por Grécia e Roma, antes de se adentrar na adoção do sistema pelo Brasil.

Na Grécia, para a solução de conflitos, buscava-se a convicção lógica, afastando-se das superstições e os preconceitos religiosos, e, também, faziam uso das testemunhas e de documentos hábeis a comprovar os fatos alegados, além do princípio da oralidade e a possibilidade de os julgadores analisarem de acordo com sua convicção.

Aduz-se também que o princípio do contraditório operou-se na Grécia¹, ou seja, o julgador confrontava as argumentações antes de julgar, ouvia as razões do acusado para depois proceder um julgamento embasado pelas razões expostas, prevalecendo aquela mais convincente.

Quanto ao Processo Civil em Roma, a evolução histórica se deu em três

¹ GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. Revista Dialética de Direito Processual, nº 24,

períodos, o primitivo, o formulário e o da cognitivo extraordinário. O período primitivo é o período mais antigo, conforme preleciona Hespanha². O direito baseava-se exclusivamente nas ações previstas e tipificadas na lei (nomeadamente, na Lei das XII Tábuas, legis actiones) ” até o ano de 149 a.C.

Desenvolvia-se o procedimento oralmente, revela Theodoro Júnior, a ação da lei e fixava o objeto do litígio; e outra etapa, perante cidadãos, compreendendo duas fases: uma, perante o magistrado, que concedia prolação da sentença e outra na presença de cidadãos. Não havia advogados e as partes postulavam escolhidos como árbitros, aos quais cabia a coleta das provas e a pessoalmente³.

Quanto ao período formulário as relações jurídicas se tornaram mais complexas em virtude do avanço do Império Romano por grandes territórios. Esta fase é caracterizada pela presença de árbitros privados, porém a sentença era imposta pelo Estado às partes. O procedimento era ainda semelhante ao da fase anterior, com algumas modificações, quais sejam: havia a intervenção de advogados, e eram observados os princípios do livre convencimento do juiz e do contraditório das partes.

Assim define Hespanha, em relação ao princípio do livre convencimento do juiz “atribuição pretor a possibilidade de redigir uma formula, espécie de programa de averiguação dos factos e de sua valorização”⁴.

No período da “*cognitio* extraordinária” que vigorou entre o ano 200 e o ano 565 de nossa era. Apresenta como características principais a função jurisdicional pelo Estado, desaparecendo os árbitros privados, o procedimento assume forma escrita contendo o pedido do autor, a defesa do réu, a instrução, a sentença e sua execução, admitindo também o recurso.

Ocorre que, com a derrocada romana, o processo sofre um retrocesso devido aos conceitos rudimentares dos germânicos (bárbaros) sobre o direito e, somente a partir do século XI, com as Universidades, principalmente com a de Bolonha, na Itália, é que o direito processual passou a ser reestruturado, dando surgimento ao processo comum, com a fusão de institutos e normas dos direitos romano, germânico e canônico, perdurando até o século XVI.⁵

Nesse período (judicialismo), foi entre os séculos XII e XIII que se destacou a

² HESPANHA, Antônio Manuel. Publicações europa-América, 1997, p.77. março 2005, p.71.

³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense.

⁴ HESPANHA, Antônio Manuel. 1989, Vol. 1, p. 10. Panorama histórico da cultura jurídica europeia. Portugal: Publicações europa-América, 1997, p.78.

⁵ HESPANHA, Antônio Manuel. Idem, p.78.

produção de obras referentes ao tema, como as dos juristas Tancredo (Ordo Iudiciarius) e Guilherme Durante (Speculum Iudiciale), da escola bolonhesa ou judicialista. Mas, foi a partir do início do século XVI até o começo do século XIX que ocorreu um dos mais longos períodos de evolução do direito processual, passando pelas etapas do praxismo, procedimentalismo e processualismo científico.⁶ Sob os reflexos dos pensamentos de Beccaria, Montesquieu, Voltaire e do episódio da Revolução Francesa (século XVII), o direito processual, já no século XIX, passa a tomar efetivamente contornos científicos, iniciando a chamada fase moderna ou científica⁷

No Brasil, de início, o Processo tinha como base as Ordenações Filipinas e leis portuguesas. Em 1850, foi editado o Regulamento 737, primeiro Código de Processo Nacional para as causas comerciais, abrangendo, posteriormente, as civis, por determinação do Regulamento 763/1890.⁸

O Regulamento 737 entrou em vigor juntamente com o código comercial de 25 de novembro de 1850 e tinha por objetivo determinar a ordem do juízo no processo comercial. Em 1876 foram reunidas as normas relativas ao processo civil denominada de Consolidação das Leis do Processo Civil, que passou a ter força de lei. Essa consolidação era dividida em duas partes, relativa à organização judiciária e à forma do processo. Com a proclamação da república, o governo determinou que se aplicassem ao processo, julgamento e execução das causas cíveis em geral, as disposições do Regulamento 737, porém, manteve em vigor as disposições que regulavam os processos especiais, não compreendidos pelo referido regulamento.⁹ Pela Constituição de 1891, o direito processual passou a ser matéria de competência legislativa da União e dos Estados, o que deu ensejo ao direito processual da União (Decreto 3.084/1898) e a tantos outros códigos de processo civil dos Estados, o que não foi uma boa experiência. Somente com a Constituição de 1934 é que a União passou a ter competência exclusiva para legislar sobre processo civil, instituindo, assim, o processo unitário.

Em decorrência dessa nova competência, o governo organizou comissões de

⁶ CARREIRA ALVIM, THEODORO JÚNIOR, Humberto. Teoria Geral do Processo Civil. Curso de direito processual civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 24.

⁷ CARREIRA ALVIM, THEODORO JÚNIOR, Humberto. Idem, p. 25

⁸ HESPANHA, Antônio Manuel. 1989, Vol. 1, p. 10. Panorama histórico da cultura jurídica europeia. Portugal: Publicações Europa-América, 1997, p.14.

⁹ HESPANHA, Antônio Manuel, idem, p.16.

juristas que apresentaram o trabalho que culminou no Código de Processo Civil de 1939. Dentre as principais características desse novo código estava a adoção do princípio da oralidade, com algumas concessões à tradição, especialmente aos sistemas de recursos e à multiplicação de procedimentos.¹⁰

Em 1973, foi editado o atual Código de Processo Civil (CPC) – Lei 5.869, de 11/01/73, que foi revogado pela entrada em vigor do novo Código de Processo Civil.

O CPC de 1973 possuía 1.220 artigos, divididos em cinco livros, quais sejam, processo de conhecimento, de execução, do processo cautelar, dos procedimentos especiais e das disposições finais e transitórias.

Ocorre que o referido código sofreu várias alterações no decorrer do tempo e diante dessas alterações que em alguns casos acabavam por procrastinar e exigir demasiadas burocracias no procedimento, surgindo a necessidade de um novo código, objetivando a efetividade e celeridade dos processos que tramitam na justiça brasileira.

2.2. FUNÇÃO JURISDICIONAL

Lições vestibulares de direito processual civil introduzem o conhecimento básico sobre relações humanas em sociedade e seus conflitos, naturalmente exigindo maior ênfase em aspectos jurídicos dessas relações e focando a função Estatal exercida através do direito, que gerencia os interesses manifestados na vida social, buscando solucionar conflitos que surgem eventualmente no seio da sociedade¹¹.

Nossa organização quanto humanidade em sociedade, invariavelmente, é terreno fértil e propício para o surgimento de conflitos entre os indivíduos, tendo em vista a grandiosa gama de desejos humanos, em oposição à escassez de recursos disponíveis. Nesse diapasão, discorre Santos¹² que analisa a relação entre as vontades humanas e os “bens da vida”, sendo que os indivíduos se valem desses, buscando satisfazer suas necessidades, sejam essas fundamentais para essenciais ou triviais, convenientes aos desejos humanos. Tal relação regulada pelo “desejo”,

¹⁰ http://intranet.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_20002.pdf

¹¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 40.

¹² CINTRA, Idem. p. 40.

proporcional dimensão da necessidade, na medida em que o indivíduo terá maior ou menor desejo por determinado bem da vida, conforme o impacto que tal necessidade terá em sua vida.

Os interesses dos seres humanos perpassam o cunho pessoal individual para o coletivo, por necessidades de grupos de indivíduos:

Fala-se assim em interesse individual e interesse coletivo. No interesse individual, a razão está entre o bem e o homem, conforme suas necessidades; nos interesses coletivos – abrangidos aqui os interesses difusos, os coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos – a razão ainda está entre o bem e o homem, mas apreciadas as suas necessidades em conjunto a necessidades idênticas do grupo social.¹³

Soma-se a essas divergências entre individuais e coletivos, as “situações em que uma pessoa, pretendendo para si determinado bem, não pode obtê-lo [...] porque o próprio direito proíbe a satisfação voluntária da pretensão”, nos ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Candido Dinamarco. Assim, concluem os eminentes juristas que “nessas duas situações caracteriza-se a *insatisfação* de uma pessoa”, destacando que “a experiência de milênios mostra que a insatisfação sempre um fator antissocial”¹⁴.

Esses conflitos de pretensões são inerentes à vida em sociedade, existindo diversas formas para a sua resolução, no entanto o direito é fundamental para a manutenção da paz social e da existência próspera da sociedade humana. Sem a elaboração deste mecanismo capazes de pacificar as pretensões resistidas, tem-se por certo que a paz e a ordem social estariam sob risco e por consequência lógica estaria em risco até a própria sociedade.

Isto posto, dentre diversas concepções de “direito” esse arcabouço jurídico criado pela sociedade não somente para solucionar conflitos no caso concreto, mas também objetivando a prevenção de futuros conflitos preservando desta forma a paz e a ordem social¹⁵.

Ação essa apaziguadora da ordem jurídica é exercida pelo Estado, detentor do poder de substituir os arbítrios individuais e avocar para si a solução dos conflitos existentes

¹³ SANTOS, *idem*. p. 12

¹⁴ CINTRA; GRINOVER e DINAMARCO, *op cit.* p. 41

¹⁵ SANTOS, *op cit.* p. 27

entre os particulares. Essa autoridade estatal se formou lentamente ao longo de séculos, até a consolidação do Estado como conhecemos e temos hoje, e o qual

[...] exerce o seu poder para a solução de conflitos interindividuais. O poder estatal, hoje, abrange a capacidade de dirimir os conflitos que envolvem as pessoas (inclusive o próprio Estado), decidindo sobre as pretensões apresentadas e impondo as decisões.¹⁶

Concluem os eminentes juristas que esse poder estatal caracteriza-se como a capacidade do Estado de decidir de forma imperativa e de impor o cumprimento de suas decisões. Para tanto, tem-se a instituição de um sistema processual, pelo qual o Estado estabelece normas e cria órgãos jurisdicionais, cujo objetivo principal alcançar a pacificação mediante a solução de conflitos.

Doutrinariamente denomina-se “lide” o conflito de pretensões resistidas entre particulares (ou entre particulares e o próprio Estado), sendo dever e poder Estatal pacificar o conflito de acordo com os comandos da ordem jurídica, substituindo o arbítrio das partes, atendendo apenas à vontade da lei.

Portanto, o Estado possui a prerrogativa de “manutenção da ordem jurídica, e compor as lides por meio da atuação da lei”, ou seja, “conforme a vontade da lei que dirime o conflito”. Santos completa, então, afirmando que “a essa função do Estado se dá o nome de função jurisdicional, ou, simplesmente, jurisdição”¹⁷.

Vale destacar que, tal função estatal jurisdicional decorre da vontade dos particulares de conter seu arbítrio e delegar ao Estado a solução, e também por seu turno o Estado impõe sua autoridade buscando a solução para o conflito de interesse que lhe foi trazido, portanto, uma espécie de submissão voluntária dos particulares para que o Estado exerça a referida função jurisdicional. Essa voluntariedade foi construída ao longo da história, que confere legitimidade ao Estado para “intervir” a esfera de liberdade dos particulares, em nome da busca da paz e da ordem social. E a retribuição desta legítima substituição dos arbítrios, exige-se que a atividade jurisdicional do Estado seja balizadora e “o direito processual constitui o sistema de princípios e normas legais regulamentadoras do exercício da função jurisdicional”.

Neste sentido, tem-se que a ordem jurídica tange grande diversidade de interesses que se manifestam na vida social, fixando regras para a solução dos

¹⁶ CINTRA; GRINOVER e DINAMARCO, *op cit.* p. 45 13

¹⁷ SANTOS, *op cit.* p. 35

inevitáveis conflitos ocorrentes entre os membros da sociedade. Mas, além disso, a ordem jurídica conduz também a relação entre o Estado-juiz e aqueles que o procuram para dirimir suas pendências, conferindo aos particulares o prévio conhecimento acerca da maneira com o Estado-juiz irá atuar para solucionar o conflito.

A Constituição cidadã apresentou-nos, mecanismos para proteger e dar efetividade a liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana no exercício dessa função estatal, através das garantias constitucionais⁸, entre as quais destacam-se:

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

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão

em virtude de lei; (...)

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

[...]

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

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

[...]

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades

fundamentais;

[...]

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; [...]⁹

Através do recorte acima, observa-se que a jurisdição além de poder do Estatal é também responsabilidade dele e ele deve apreciar os conflitos trazidos à sua tutela. Cabe, portanto, possibilitar aos jurisdicionados o ingresso em juízo, bem como resposta efetiva por parte do Estado:

Seja nos casos de controle jurisdicional indispensável, seja quando simplesmente uma pretensão deixou de ser satisfeita por quem podia satisfazê-la, a pretensão trazida pela parte ao processo

clama por uma solução que *faça justiça* a ambos os participantes do conflito e do processo.

Por isso é que se diz que o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o *acesso à justiça*, o qual se resolve, na expressão muito feliz da doutrina brasileira recente, em *acesso à ordem jurídica justa* (Kazuo Watanabe).¹⁰

Entende-se, portanto, que a Constituição Federal ao estabelecer que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, garante não só a possibilidade de que os particulares busquem o Estado para dirimir seus conflitos como também estende tal garantia a todos os jurisdicionados que se sintam lesados em seus direitos ou até ameaçados.¹⁸

2.3. COGNIÇÃO JURISDICIONAL

De acordo com Scarpinela, a cognição jurisdicional consiste: “o estudo sobre as diversas formas pelas quais o legislador pode autorizar o juiz a conhecer dos conflitos de interesse para ele apresentados para solução”¹⁹, a *quantidade* e a *qualidade* das informações a serem levadas em conta diante de cada caso concreto, buscando-se condições de otimizar a prestação jurisdicional.

Assim, para analisar a relação entre a cognição jurisdicional e o tempo de entrega da tutela, quanto aos procedimentos criados para proporcionar a prevalência do princípio da celeridade, sem excluir o princípio do devido processo legal, vale trazer, primeiro, as lições de Kazuo Watanabe (2012) sobre os vários tipos de cognição.

O eminente jurista considera que a cognição está dividida em planos, horizontal e vertical. No *plano horizontal* a cognição tem por limite os elementos objetivos do processo: pressupostos processuais (regularidade do processo), condições da ação e questões de mérito. Nesse plano, a cognição pode ser plena ou limitada/parcial, segundo à extensão das matérias a serem analisadas pelo magistrado, “consoante haja ou não limitação aos tipos de pretensão ou de defesa a serem levados e/ou apreciados pelo magistrado”²⁰, conforme leitura de Scarpinela do texto de Watanabe.

¹⁸ COELHO, Marcos Vinicius Furtado. Garantias constitucionais e segurança jurídica. 1ª ed. 2ª reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 48

¹⁹ BUENO, op. cit. 15

²⁰ BUENO, *ibidem*. p. 16

Já no plano vertical, leva-se em consideração o grau de profundidade que o magistrado irá analisar as matérias trazidas aos autos, sendo classificada em *exauriente* (completa) e *sumária* (incompleta). Vale destacar, desde logo, que essa profundidade varia, entre outras razões, de acordo com o tempo disponível para apreciação do caso concreto, que pode demandar uma decisão mais célere diante da iminência de lesão a direitos, permitindo uma cognição mais superficial da matéria, conforme explica Scarpinela:

Como fazer mais ou menos pesquisa em torno da descoberta da “verdade” leva um espaço de “tempo” diretamente proporcional atividade intelectual a ser exercitada, a autorização para que o juiz decida sem maiores pesquisas ou provas definitivas é forma de abreviar o tempo para a decisão do juiz.²¹

Watanabe ensina, então, que os dois planos podem se combinar de algumas formas, também de acordo com as peculiaridades de cada caso:

De sorte que, segundo a nossa visão, se a cognição se estabelece sobre todas as questões, ela é horizontalmente ilimitada, mas se a cognição dessas questões superficial, ela é sumária quanto à profundidade. Seria, então, cognição ampla em extensão, mas sumária à profundidade. Porém, sem a cognição delimitada “de uma realidade toda de questões”, seria limitada quanto à extensão, mas se quanto ao objeto cognoscível a perquirição do juiz não sofre limitação, ela é exauriente quanto à profundidade. Ter-se-ia, na hipótese, cognição limitada em extensão e exauriente em profundidade²².

Assim, é justamente a partir da combinação dessas modalidades de cognição que foi possível ao legislador “conceber procedimentos diferenciados e adaptados às várias especificidades dos direitos, interesses e pretensões materiais”, ajustando a preponderância do princípio do devido processo legal à necessidade de maior celeridade da entrega jurisdicional, essencial em alguns casos para garantir a efetividade da jurisdição.

E, certamente, ao reduzir-se a extensão das matérias a serem analisadas pelo magistrado ou a profundidade dessa análise, não se está diante de uma

²¹ BUENO, *ibídem*. p. 17

²² 12 WATANABE, Kazuo. Cognição no processo civil. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p.199

limitação das garantias do contraditório ou da ampla defesa, mas apenas uma “preferência” pela celeridade do processo. Para Scarpinela:

O grande norte a ser seguido pelo legislador e, conseqüentemente, pela técnica processual e pelos seus aplicadores concretos o do princípio da efetividade da jurisdição (ou do acesso justiça ou acesso ordem jurídica justa), constante do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, sempre equilibrado e dosado, como todo bom princípio jurídico, pelos princípios do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa (CF, art. 5º, LIV e LV, respectivamente).²³

Nesse sentido, segundo o eminente jurista, alguns procedimentos especiais, de cognição parcial, impõem limites à extensão das pretensões levadas ao Judiciário, restritas a algumas situações específicas de direito material, e, conseqüentemente, também limitam a extensão da defesa do réu. Traz exemplos, previstos no Código de Processo Cível de 1973: “nas ações de consignação em pagamento (art. 896), nos inventários (art. 984) e na lei de desapropriações, em que a defesa do expropriado fica limitada à discussão da justiça da indenização (DL n. 3.365/41, art. 20)”. E assim conclui:

Não há, nesses casos e em tantos outros que se poderia cogitar, qualquer “limitação” ao contraditório e ampla defesa. A limitação dos tipos de pretensão e defesa arguíveis perante o Judiciário legitima porque busca bem realizar os princípios da efetividade da jurisdição, do devido processo legal e da celeridade (art. 5º, XXXV, LIV e LXXVIII, da CF, respectivamente), otimizando a prestação jurisdicional. Haveria ofensa reprovável aqueles princípios se não fosse possível, em outro processo. [...] ²⁴

Ou seja, o legislador criou procedimentos específicos para os casos em que o intuito do demandante está mais voltado para a celeridade da prestação do que para a certeza e a estabilidade do direito declarado. Caso contrário, na hipótese do demandante almejar uma decisão definitiva e imutável, deve se submeter ao procedimento de maior duração, que trará as condições necessárias a uma cognição mais ampla e profunda da matéria e, conseqüentemente, irá autorizar o magistrado a decidir com maior grau de certeza e conferir à decisão a autoridade da estabilidade (através da coisa julgada, tratada adiante).

²³ BUENO, *op cit.* p. 5 a ventar outras pretensões ou defesas

²⁴ BUENO, *op cit.* p. 16

E é justamente devido ao fato de que há no ordenamento jurídico diferentes procedimentos, adequados às peculiaridades do direito material nas diferentes demandas do caso concreto, que é possível afirmar a ausência de restrição total aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, principalmente na perspectiva do réu, que pode se valer de outros procedimentos para ver respeitadas suas garantias processuais constitucionais. Assim, pelas palavras de Fredie Didier Jr:

Ao estabelecer as limitações, o legislador leva em conta: a) as peculiaridades do direito material, e/ou; b) a necessidade de tornar o processo mais célere. Ressalva-se, todavia, o direito de questionar as questões controvertidas excluídas em demanda autônoma. Há o prestígio dos valores certeza e razoável duração do processo, na medida em que se permite o surgimento de uma sentença em um tempo inferior àquele que seria necessário ao exame de toda a extensão da situação litigiosa.²⁵

Nesse sentido, Watanabe, expõe acerca da importância do estudo do procedimento como “previsão da lei” no “plano abstrato” para constatar se determinado processo segue o *procedimento* mais adequado ao exame do contraditório do litígio, atende se ou não as exigências constitucionais do devido processo legal²⁶, e assim conclui:

É por meio do procedimento, em suma, que se faz a adoção das várias combinações de cognição considerada nos dois planos mencionados, criando-se por essa forma tipos diferenciados de processo que, consubstanciando um procedimento adequado, atendam s exigências das pretensões materiais quanto sua natureza, urgência da tutela, definitividade da solução e a outros aspectos, além de atender às opções técnicas e políticas do legislador. Os limites para a concepção dessas várias formas são os estabelecidos pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e pelos princípios que compõem a clausula do “devido processo legal”²⁷.

Diante disso, tem-se a certeza de que uma pretensão levada ao Judiciário, cujo contexto fático do direito material ameaçado ou já violado reclama uma prestação jurisdicional urgente, que não pode esperar o magistrado formar sua convicção

²⁵ DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Vol. 1. 17ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. p. 446

²⁶ WATANABE, *op cit.* p. 130

²⁷ WATANABE, *ibidem.* p. 131

de forma irretorquível, deve se valer de um procedimento mais célere adaptado a tal urgência.

O procedimento adequado estaria, então, baseado em uma cognição mais superficial das questões, que, segundo Scarpinela²⁸, autoriza o magistrado a “decidir de forma mais rápida, sem ter formulado, em seu íntimo, uma convicção total e imodificável de seu ponto de vista” sobre as matérias trazidas pelo demandante, podendo decidir “mais com a *aparência* do que parece ser certo e necessário do que decidir com 100% de razão ou convicção formada”.

Assim sendo, nas situações em que o *tempo* não é um problema para o processo, é possível dar maior preponderância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como à estabilidade da decisão, a qual só é concedida de forma plena (através da coisa julgada) às decisões proferidas com base em *cognição exauriente*.

[...] o tempo para que ele, o juiz, forme sua convicção não importante. O que importa que ele esteja suficientemente seguro para responder provocação da jurisdição. [...] O que releva que, nessas condições, o magistrado dispõe de todo o tempo que for necessário para formação de sua convicção. É esta, para empregarmos a expressão de Watanabe, a *cognição exauriente*²⁹.

Ao contrário, quando o magistrado não tem tempo para analisar profundamente todas as questões trazidas e formar sua convicção definitiva, ele está autorizado a decidir sem maiores pesquisas, com base em *cognição sumária*, a fim de abreviar o tempo e atender à urgência reclamada pelo caso concreto.

Portanto, é certo que, em alguns casos, a profundidade do exercício da cognição pelo magistrado se torna inversamente proporcional à urgência do pedido de prestação jurisdicional, na medida em que quanto maior a urgência (menor for o tempo disponível), menos aprofundado será o exame da matéria e o juiz decidirá com base em *cognição sumária*. No sentido oposto, nos casos em que há uma menor urgência, o magistrado tem tempo suficiente para buscar elementos e pesquisar sobre o caso concreto até formar sua convicção definitiva

²⁸ BUENO, op cit. p. 17

²⁹ BUENO, ibidem. p. 18

sobre a matéria e decidir com base em cognição exauriente.

Diante dessa proporção inversa entre urgência da prestação e profundidade da cognição fica evidente o exercício de preponderância dos princípios processuais constitucionais diante das demandas dos casos concretos. É o caso concreto que vai decidir por um procedimento em que exista maior estima da efetividade e a celeridade e conseqüentemente restrinja a profundidade da cognição, ou por um procedimento em que a valorização do contraditório e do devido processo legal seja mais acentuada, dando tempo ao processo e permitindo uma cognição exauriente.

A tutela provisória é um desses procedimentos em que há o prestígio da efetividade e da celeridade, em diferimento do contraditório, chegando ao ponto de, em alguns casos, o magistrado sequer ouvir o réu antes da decisão (como nas liminares concedidas nas tutelas de urgência antecipadas antecedentes e em hipóteses da tutela de evidência), evitando ameaças ao efetivo cumprimento da medida pleiteada e concedida. Ocorre que essa restrição à profundidade da cognição decorrente da falta de tempo, impede que as decisões proferidas recebam a qualidade de imutáveis, elas continuam discutíveis no âmbito do processo e seus efeitos extraprocessuais não são podem ser irreversíveis.

2.4. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

O processo conduz a ideia de curso a passo cadenciado. Para a consecução de uma jurisdição segura e eficiente, a primeira diretriz concerne ao respeito à cláusula constitucional do devido processo legal, que abriga os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Com palavras outras, a garantia da duração razoável do processo, incorporada ao texto constitucional (art. 5º, inciso LVIII), deve ser realizada com observância dos princípios constitucionais e das regras de processo.

O atropelo no trâmite processual propicia a realização de movimento jurisdicional distante da reflexão, ambiente que promove a consecução de decisões injustas ou incoerentes, vale dizer, divorciadas do sistema.

De outra parte, o curso lento do processo prejudica severamente o jurisdicionado, derivando do senso comum a ideia de que a realização efetiva da

justiça não convive com a outorga tardia da tutela jurisdicional.

A respeito do tema, colho a dicção da doutrina de Nelton Agnaldo Moraes dos Santos:

No sentido comum, o termo processo significa “ato de proceder”, “de ir por diante”, “curso”, “sucessão de estados ou de mudanças”. Qualquer dessas expressões transmite a ideia de “movimento”.³⁰

Com o processo judicial não é diferente. Também ele contem a noção de “marcha”, de algo que se desenvolve ao longo de um tempo. É, por sinal, imprescindível que o processo tenha uma certa duração, sem a qual seria impossível ao Estado-juiz assegurar aos sujeitos da relação jurídica processual e destinatários da prestação jurisdicional a observância do devido processo legal, cláusula constitucional que abrange também, dentre outras garantias, as da ampla defesa e do contraditório (Constituição Federal, art. 5º, incisos LIV e LV).

Não se pretende, portanto, que o processo tramite aos atropelos, desordenadamente e sem a observância das garantias constitucionais e legais necessárias à produção de uma decisão segura e eficiente. Dizer e realizar o direito não são tarefas singelas; demandam debate, reflexão, análise, ponderação. A jurisdição imediata ou instantânea é, portanto, caminho curto para a má aplicação do direito.

Por outro lado, a excessiva demora em prestar-se a jurisdição também é de todo indesejável. Com feito, nada justifica a interminável espera causada pela tormentosa duração do processo a que os cidadãos se veem submetidos e da qual, ao final, resta sempre a sensação de injustiça (Hoffman, 2006, p. 17); Atento a isso tudo, o legislador constituinte apregoa que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (Constituição Federal, art. 5º, inciso LVIII, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/2004).

[...] A noção de razoável duração do processo não é de fácil determinação, dada a infinidade de fatores que podem ser incluídos em uma análise desse tipo; mas, em termos amplos, pode-se afirmar que terá razoável duração o processo que propiciar a

³⁰ SANTOS, Nelton Agnaldo Moraes dos. Direito Processual Civil. Processo Cautelar. Editora Campus Jurídico, 2007, p. 23-24.

prestação jurisdicional no tempo necessário, sem dilações inúteis e sem sacrifícios à cláusula do devido processo legal. O tempo razoável não é, portanto, o menor possível, tampouco o excessivo; é o que resulta do equilíbrio entre a pressa e a morosidade.

Em outro vértice, é importante ressaltar que, para a entrega da tutela jurisdicional no tempo e modo devido, não basta a realização da duração razoável do processo. Deveras, a eficiência na prestação jurisdicional tem como pressuposto a prolação de decisões em conformidade com os princípios que regem o sistema e utilização de mecanismos processuais específicos para promover a antecipação, quando possível, do direito vindicado ou a preservação dele.

O eminente professor Celso Antônio Bandeira de Mello³¹ trata da questão relativa à necessidade de respeito aos princípios, sustentando que a violação de qualquer deles guarda natureza grave, já que propicia o arrefecimento do sistema como um todo. Colho, em seguida, trecho da doutrina, *in litteris*:

Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. [...]

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.³²

Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura neles em face da necessidade de correlação entre decisão judicial e princípio, o novo Código de Processo Civil incorporou a dicção de diversos princípios constitucionais. A propósito, transcrevo a Constituição da República Federativa do Brasil.

³¹BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, editora Malheiros, 12ª edição, 2000, p.747

³² Texto extraído da seguinte página da internet, Senado Federal.

Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, ressalvados os litígios voluntariamente submetidos à solução arbitral, na forma da lei.

Art. 4º. As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa.

[...]

Art. 6º. Ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.”

É certo que esse transporte para o plano infraconstitucional não confere às normas principiológicas nova envergadura. Não obstante, o novo assento serve para estimular a aplicação dos princípios na condução do processo e construção das decisões.

A par disto, a previsão de mecanismos para a efetivação da tutela jurisdicional, com a antecipação do provimento ou resguardo cautelar, é indispensável para a consecução da eficiência. Não basta, pois, a duração razoável do processo.

Sobre este aspecto calha, novamente, consignar os dizeres da doutrina de Nelson Agnaldo Moraes dos Santos:

Ainda que o processo tenha duração razoável, não é dado deixar de considerar que, neste entremeio, fatos e atos podem colocar em risco a efetividade da atuação jurisdicional pretendida. [...]

Deveras, é inegável a frustração daquele que, após longa espera de tramitação processual, recebe provimento judicial favorável, mas não vê seu direito materializado, concretizado, efetivado, exatamente porque, com o tempo gasto para prestar a jurisdição, desapareceram as condições necessárias à realização do direito consagrado.

Suponha-se um caso em que duas testemunhas sejam de fundamental importância para a demonstração dos fatos alegados pela parte; uma delas, porém, possui idade avançada e acha-se acometida de grave doença; a outra intenta transferir residência para um país distante, sem previsão de retorno.

Num quadro como esse, em que é evidente o risco de perecimento da prova, também periclita o próprio direito cuja demonstração dele depende. Note-se que mesmo sem dilatações desnecessárias, esse perigo pode existir; e à medida que o processo se delonga, dito perigo

aumenta.³³

Com efeito, o que deve ser observado quando do julgamento é a efetividade da atuação jurisdicional, possibilitando a efetiva entrega do bem da vida, na forma preconizada pelo novo código processual.

3. DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

O atual Código de Processo Civil [lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, reuniu os institutos da tutela cautelar e a tutela antecipada em um único regime geral de medidas de urgência, levando em consideração suas similaridades sob o ponto de vista do objetivo que seria de evitar a possíveis danos originados a demora do processo.

Sua essência são emergenciais, em que o direito material do autor encontra-se sob risco de irreparáveis danos e de difícil restauração do “*status quo ante*” ou mesmo tornar seu proveito inútil.

São situações que no caso concreto são ponderados princípios tais como os da inafastabilidade da prestação jurisdicional, da efetividade da jurisdição e da celeridade em detrimento ao princípio devido processo legal, exercendo um juízo apriorístico “*Inaudita altera pars*” quanto ao contraditório para salvaguardar que o direito suscitado e tido como bom direito ou tecnicamente chamado de: *fumus boni iuris* não pereça sob os efeitos causados pelo decurso do tempo. Entretanto, o tratamento adotado quanto ao diferimento³⁴ ao contraditório não pode ser realizado sem a plausibilidade da proteção de outros direitos fundamentais mais urgentes no momento do deferimento sem a oitiva da outra parte. Evidentemente por esse fato, como requisito basilar e fundamental da concessão da tutela de urgência a

³³ SANTOS, Nelton Agnaldo Moraes dos. Direito Processual Civil. Processo Cautelar. Editora Campus Jurídico, 2007, p. 23-24.

³⁴ A permissão do diferimento do contraditório também exige, para os casos de tutela de urgência antecipada, que os efeitos da decisão não se tornem irreversíveis (art. 300, §3º), sob pena de aproximá-los da coisa julgada, inaplicável às decisões baseadas em cognição sumária. Porém, a doutrina e a jurisprudência, passaram aceitar uma exceção a esta regra, conforme explicam Dierle e Andrade: “No entanto, mesmo sob a égide do CPC-73 a doutrina e a jurisprudência aceitavam o deferimento em hipóteses de irreversibilidade recíproca (quando for irreversível para o réu, caso haja o deferimento, e irreversível para o autor, caso haja o indeferimento), aplicando-se, entre outros critérios interpretativos, o princípio da proporcionalidade (devido processo legal em dimensão material – previsto nos arts. 8º e 489, §2º, CPC-2015) para verificar qual esfera de direitos (às vezes fundamentais) deve merecer acatamento, do autor ou do réu.” ANDRADE; NUNES. *op. cit.* p. 14.

demonstração pelo autor a existência de um perigo de dano iminente, decorrente da demora processual (*periculum in mora*).

O Novo Código de Processo Civil andou bem ao transformar os procedimentos antecipatórios e cautelares originando o instituto da tutela provisória, que agora se encontra positivado no Livro V do CPC de 2015, sob título “Da Tutela Provisória” entre os artigos 294 a 311³⁵, o Código de Processo Civil de 2015 determina que a Tutela Provisória poderá ser baseada na urgência ou evidência, notadamente esta disposição, caracteriza o instituto como gênero, que abrangendo como espécies a tutela de urgência e a tutela de evidência.

Neste sentido Wambier, *et al.* infere que:

Esse dispositivo inaugura o regime jurídico da tutela provisória no NCP, esclarecendo desde logo no caput que o gênero (tutela provisória) pode fundamentar-se em urgência e evidência. Ambas, conquanto provisórias- ou seja, ainda sujeita a modificação após aprofundamento da cognição- não se confundem. (WAMBIER *et al.*, 2015 , p.487).

Observa-se com evidência de clareza solar que no atual código não se manteve a previsibilidade de um processo cautelar, se se preste exclusivamente a tutela cautelar unificando o processo e buscando se maior agilidade na prestação jurisdicional.

Entretanto observa-se que o novel Código continua a possibilitar a prestação da tutela cautelar, porém, soma-se agora a previsão de concessão da tutela satisfativa, as duas possuindo caráter antecedente ou incidental.

Leciona Mitidero:

No novo Código, o procedimento comum e os procedimentos diferenciados podem viabilizar tanto a prestação de tutela satisfativa como de tutela cautelar de maneira antecedente ou incidental (art.294, parágrafo único). (MITIDERO, 2015, p. 773).

Como observação breve com intuito de homenageá-lo e sem querer perder o objeto do estudo observando a bibliografia nos chama a atenção momentos que

³⁵ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

quando se compara o atual código de Processo Civil com o hoje não mais em vigor o antigo é chamado de Código Buzaid, que era a lei que regulamentava o processo judicial civil. Promulgada em 11 de janeiro de 1973, a Lei Federal nº 5.869/1973 assim ficou conhecida como Código Buzaid por ter tido como um de seus principais elaboradores o então ministro da Justiça Alfredo Buzaid³⁶.

Retomando, porém, a linha de raciocínio com a inserção deste instituto, busca-se agilizar e desburocratizar o processo, quando ao unificar os requisitos visa-se levar a cabo dificuldade prática na postulação das tutelas cautelar e antecipada, na grande maioria das vezes tendo como motivo a regulação, em livros e procedimentos diversos.

Nosso sistema convivia com dois regimes distintos: de um lado, o da tutela cautelar (com os requisitos clássicos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*) e, de outro, o da tutela antecipada (baseada na verossimilhança da alegação e no fundado receio de dano ou no abuso do direito de defesa). E isso gerava problemas. Não raro, pleiteava-se tutela cautelar quando na verdade o que se pretendia era a satisfação imediata do direito e vice-versa. (DOTTI, 2015, p. 531).

Observa-se, que a gênero Tutela Provisória encontra previsão legal descrito na parte geral, posto que suas aplicações de suas determinações abrangem tanto procedimentos comuns quanto especiais, posto que, ambas determinações sendo tanto provisória quanto as definitivas podem ser utilizadas em qualquer procedimento.

Sobre o instituto estar alocado na parte geral do CPC:

O processo Civil visa à tutela dos direitos, que pode ser prestadas por atividades de cognição e execução e mediante decisões provisórias e definitivas que podem ter lugar indistintamente em qualquer procedimento. Daí a razão pela qual se preferiu introduzir a técnica antecipatória – dita palidamente no Código “tutela provisória” – na parte geral, relegando-se à história do processo civil a figura do processo cautelar. (MITIDIERO, 2015, p. 773).

Portanto, percebesse o caráter generalista que buscou a nova legislação Processual e o porquê de sua inserção na parte geral do Código e qual foram os objetivos que se pretende alcançar com a adequação legal.

³⁶ https://pt.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_de_Processo_Civil_de_1973

A tutela de urgência, expressamente prevista no artigo 300 do CPC/15, na posição de espécie do gênero tutela provisória, engloba duas subespécies, tutela antecipada e tutela cautelar. Segundo Silva (2007 apud WAMBIER et al., 2015) “Consagrada pela doutrina, a expressão tutela de urgência serve no novo Código como gênero em que se inserem a tutela antecipada (tutela satisfativa) e a tutela cautelar. [...]”

Por seu turno, André Luiz Tesser assevera:

Portanto, tutela cautelar e antecipação de tutela, para o Novo Código de Processo Civil brasileiro podem ser definidas como tutelas provisórias de urgência. Ou seja, tutelas jurisdicionais que não tem o condão de serem definitivas e que são concedidas com fundamento (e me razão de) um perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. (TESSER, 2016, p. 536).

Portanto, a Tutela de Urgência possui um duplice caráter um satisfativo e outro conservativo, no sentido que o autor da ação poderá quando fundamentada na tutela antecipada fruir do seu direito imediatamente antes do trânsito em julgado ou quando seu pedido versar sobre tutela cautelar é evidente que o seu propósito será outro, qual seja, garantir o objeto do direito para que não sofra ações do tempo que causem danos ou sua perda tornando o impossível sua fruição ao fim do processo.

3.1 CARACTERÍSTICAS COMUNS DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

No núcleo da tutela está fundamentada na urgência, portanto, observasse-se que resta evidenciada em circunstâncias que urgem ou estão sob risco, que normalmente abrange o direito material ou processual sob a ótica do perigo.

O instituto busca a inoccorrência de dano, e quando da sua inevitável ocorrência tem por intuito minorar os resultados, ou prevenir que com o termo da demanda jurisdicional se torne imprestável seu proveito.

Quanto à urgência:

Em palavras simples, pode-se afirmar, como ponto de partida, que só é possível cogitar de tutela de urgência se houver uma situação crítica, de emergência. Dessa forma, a técnica processual empregada para impedir a consumação ou agravamento

do dano – que pode consistir no agravamento do prejuízo ou no risco de que a decisão final seja ineficaz no plano dos fatos, que geram a necessidade de uma solução imediata – é que pode ser classificada como tutela de urgência. É, pois, a resposta do processo a uma situação de emergência, de perigo, de urgência³⁷.

No tocante à provisoriedade da decisão, a tutela alhures referenciada possui um caráter de interinidade, posto que é concebida sob cognição sumária, ou seja, a decisão tem base na mera probabilidade e posteriormente será submetida obrigatoriamente por exame pormenorizado. Conforme, Mitidiero (2015). “Apenas pode ser concedido provisoriamente aquilo que pode sê-lo definitivamente. A técnica antecipatória não pode prestar uma tutela do direito que se encontra *fora da moldura da tutela final*. ”

Código prevê a possibilidade de estabilização da tutela satisfativa de urgência (arts. 303 e 304), o conceito provisoriedade adequado ao direito brasileiro deve sofrer um acréscimo: provisória é aquela decisão tendencialmente não dura para sempre e potencialmente será substituída por outra como objeto tendencialmente coincidente no todo ou em parte³⁸.

Atingida a cognição exauriente da matéria, a tutela prestada com caráter de definitividade poderá possuir conteúdo que conhecida integral ou parcialmente, com o que foi concedido com caráter provisoriedade.

Inexiste uma relação de instrumentalidade entre a técnica antecipatória e a tutela final ou entre a tutela provisória e a tutela definitiva. Isso porque a tutela que é prestada de forma provisória é exatamente a mesma, no todo ou em parte, que pode ser prestada de forma definitiva: a tutela provisória não tem uma natureza diversa daquela que será prestada de forma definitiva³⁹.

Tutelas de urgência são dotadas de revogabilidade, ou seja, podem ser revogadas durante o curso do processo.

³⁷ WAMBIER et al., 2015, p. 498.

³⁸ MITIDIERO, 2015, p. 501.

³⁹ MARINONI, 2011 apud MITIDIERO, 2015

Conforme Wambier (2015), uma vez concedida, a tutela provisória terá sua eficácia mantida no caso de pendência do processo, entretanto, poderá ser revogada ou modificada, expressamente, a qualquer tempo, desde que sobrevenham mudanças que sejam justificáveis para a revogação ou modificação, tendo em vista que o instituto goza de estabilidade ao longo do processo.

Embora a lei preveja a possibilidade de revogação ou modificação da tutela provisória, a doutrina firmou entendimento que tal alteração dependerá de mudanças nos elementos do processo a autorizar uma nova decisão. Em outras palavras, a tutela provisória é dotada de certa estabilidade, não podendo ser simplesmente afastada, sem qualquer motivo. Mas tal estabilidade, evidentemente, poderá ceder diante do aprofundamento da cognição ou de fatos novos trazidos ao conhecimento do magistrado⁴⁰.

A decisão que ratificar, conceder ou revogar tutelas provisórias será fundamentada, em consonância ao disposto no artigo 93, inciso IX da Constituição Cidadã de 1988 que determina a necessidade de motivação das decisões judiciais. O juiz, na decisão do pedido de tutela provisória, deve verificar o preenchimento das condições para um e outro caso (urgência ou evidência – CPC 294) de forma objetiva e com clareza. A exigência de fundamentação é constitucional, como ocorre em todas as decisões judiciais (CF 93 IX). A fundamentação da decisão há de ser completa, para abarcar as hipóteses de fato que revelaram a urgência da medida ou a evidência de prova que autoriza a solução dada⁴¹.

A tutela urgência de manteve a característica de sumariedade cognitiva, considerado que a medida se fundamenta em de risco e logo exigirá medias de urgência. Consequentemente, a espera pela obtenção da cognição exauriente poderia pô-la sob risco.

Conforme preceitua artigo 305 § único, da atual codificação processual que na hipótese da postulação de uma tutela de urgência cautelar preparatória, o juízo entendendo estar diante de tutela de urgência antecipada, irá deferir a medida se presentes os requisitos e observará as disposições atinentes a tutela requerida em caráter antecedente, estabelecido no artigo 300 do atual *codex*, observada a

⁴⁰ DOTTI, 2016, p.532

⁴¹ NERY JUNIOR; NERY, 2015, p.853.

manutenção do instituto da fungibilidade na atualidade, conforme previsão semelhante no código Buzaid, dada sua importância prática na dinâmica processual.

Ainda sobre a fungibilidade: O parágrafo único evidencia a possibilidade de aplicação do art. 303 se o magistrado entender que o pedido tem natureza antecipada. Trata-se, não há por que negar, de um resquício de fungibilidade que, embora de forma invertida, deriva do § 7º do art. 273 do CPC atual [CPC/1973, revogado] e que, tanto quanto no direito atual, merece ser interpretado amplamente para albergar, também, a hipótese inversa, qual seja, a de o magistrado, analisando petição inicial fundamentada no art. 303 (“tutela antecipada”), entender que o caso amolda-se mais adequadamente “tutela cautelar”, determinando, por isso, a observância dos arts. 305 e seguintes⁴².

Pode-se dizer então que: independentemente de a peça não ser a ideal processualmente o juiz deve aproveitá-la sem extinguir o feito.

3.2. PODER GERAL NA TUTELA DE URGÊNCIA

Conforme a atual codificação processualista especifica no artigo 297: “O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória”, porém, o objetivo não sendo o de comparar, mas o de analisar o atual *codex* se faz necessária a comparação e a referência à codificação anterior, onde disciplinava o poder geral de cautela. Vale ressaltar que a expressão respeito da expressão “Poder geral de cautela” tornou-se inadequada posta atual formatação, por englobar ambas tutelas cautelar e antecipada:

Vantagem inegável do novo CPC está em que este “dever-poder” pode ser empregado tanto para fins de *cautelar*, isto é, asseguração do resultado útil do processo, como também para fins de satisfação imediata de um direito que, pelo que se pode depreender do art. 294, caso de “*tutela antecipada*”. Neste sentido, e tendo em conta o texto do próprio *caput* do art. 297, é irrecusável que a nova regra quer também desempenhar o papel que deriva do art. 273, *caput*, do CPC atual [CPC/1973, revogado], e, portanto, do “dever-poder geral de antecipação”⁴³. Indubitavelmente, nesta atualização da lei processual foi ampliado o “poder geral de cautela” em relação

⁴² BUENO, 2015, p.113.

⁴³ BUENO, 2015, p. 102

ao Código Buzaid, hodiernamente tem-se a possibilidade da concessão da tutela necessária para salvaguardar o direito de forma antecipada ao julgamento do mérito da lide, prescindindo de modo preestabelecido legalmente.

O Código de Processo Civil consagra legislativamente a ideia de atipicidade dos meios executivos para o cumprimento da tutela cautelar. Tal perspectiva representa a correta compreensão do Poder Geral de Cautelar conferido ao juiz (e que já existia expressamente também no Código de Processo Civil de 1973, especialmente nos arts. 798 e 799) como expressão do fato de que a tutela cautelar é fenômeno essencialmente atípico, no que se tange aos meios executivos idôneos e adequados a sua efetivação, e não como uma simples regra de fechamento do sistema⁴⁴.

3.3 DIFERENÇAS ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA E EVIDÊNCIA

A tutela da evidência possui lógica diferenciada em relação as tutelas de urgência, ela prescinde risco de dano que é basilar nas tutelas de urgência. Desta feita não há confundir tais institutos. A tutela da evidência em relevância na formatação do atual diploma processual e nos seus princípios informadores e tais princípios o direito perquire verdade, evidência do direito e da justiça.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux discorre sobre o que é tutela de evidência, veja-se que: O direito evidente é aquele que se sustenta por si só dispensando a dilação probatória ou através de prova documental irrefutável do direito alegado pela parte, independente da necessidade de tempo para se produzir a prova ou constituí-la. (Revista de Direito do Trabalho. Ano 36. N° 140. 2010. p, 16.) Discorre também ilustríssimo Ministro Luiz Fux sobre a tutela de evidência: Evidência é um critério frente à probabilidade, nesse sentido as hipóteses descritas pelo autor permitem o deferimento de uma tutela com um grau de probabilidade tão elevado que beira à certeza⁴⁵.

Quando for evidente o direito perquirido pela parte, o juízo poderá tutelar

⁴⁴ TESSER, 2016, p. 540.

⁴⁵ A tutela dos Direitos Evidentes, 2011, p.5

liminarmente. Logo, a suspeita do acontecimento põe termo à ação. Com o surgimento da tutela de evidência dar-se-á pela existência do dano gerado pela à parte. Desta feita, minora-se a espera no judiciário. A tutela de evidência é um instituto autônomo e não se relaciona com as tutelas de urgência. Na evidência, a cognição é sumaria e com contorno de definitividade, posto não possuir o condão de trazer perigo para o processo e tampouco para o direito material. Em linhas gerais, a tutela de evidência será concedida sem a existência de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação requisitos das demais tutelas emergenciais. Portanto, logo que concedida a tutela de evidência torna mais efetivo direito, com o benefício evidente de se gozar do direito objetivo e em razoável tempo.

4 TUTELA CAUTELAR

Em que pese atual codificação processual conglobou os mesmos pressupostos tanto a tutela cautelar quanto antecipada, não isso não importa em firmar que elas tenham se tornado iguais ou equivalentes na totalidade, permanecendo desta feita, especificidades em relação à natureza jurídica concernente a cada uma.

Portanto, conclui Neves que

Não há dúvida de que em termos procedimentais o novo diploma legal aproximou de forma significativa as duas espécies de tutela de urgência. A natureza jurídica, entretanto, não pode ser definida pela vontade do legislador, restando inalterada a distinção entre a tutela cautelar como garantidora do resultado útil e eficaz do processo e a tutela antecipada como satisfativa do direito da parte no plano fático⁴⁶.

Sendo assim, as tutelas de urgência, se subdividem-se entre cautelar e antecipada, ao passo que a tutela cautelar passou a ser inominada, não mais existindo a figura específica do arresto, sequestro, busca e apreensão, conforme se verá

⁴⁶ (NEVES, 2015, p. 830).

adiante.

4.1 CAUTELARES INOMINADAS: PODER GERAL DE CAUTELA

Na atualização do Código de Processo Civil, retirou-se as medidas cautelares específicas, unidas atualmente pela previsão do artigo 301, *In verbis*:

“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 asseguuração do direito”⁴⁷.

Existe a possibilidade de o pedido da tutela de urgência ser realizado anteriormente ou durante a instrução processual, agora, portanto não se exige nomenclatura específica, bastando, portanto, o preenchimento dos devidos requisitos exigidos.

Objetivamente a lei foi reproduzida nestes termos relacionando-se às cautelares inominadas, importando afirmar que tais medidas cautelares possuem requisitos comuns a toda e qualquer medida cautelar.

Conforme Nery/⁴⁸: “são possíveis todas as medidas que visem ao resguardo do direito pretendido, motivo pelo qual o rol indicado neste dispositivo [artigo 301] enumerativo”.

Neste diapasão, André Luiz Tesser explicita:

A norma positivada do art. 301 representa uma mudança de direção em relação ao Código de Processo Civil de 1973, que expressamente previa uma série de procedimentos cautelares específicos, no Capítulo II, do Livro III, que, em verdade, nada mais eram do que meras formas executivas diversas de efetivação da tutela cautelar. Justamente por isso, algumas medidas que eram previstas como procedimentos cautelares específico no Código de Processo Civil de 1973 foram

⁴⁷ BRASIL, Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 01/04/2017

⁴⁸ Júnior e Nery (2015, p. 860)

repetidos a títulos de exemplos de meios executivos para efetivação da tutela cautelar, como o arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem⁴⁹.

Sendo assim, o art. 301 consolidou o entendimento do poder geral de cautela, quando, independentemente do meio cautelar utilizado, poderá o juízo tomar as medidas gerais necessárias para o acautelamento do direito postulado.

4.1.1 PRESSUPOSTOS DA CONCESSÃO

A formatação estabelecida no CPC atual de 2015, não menosprezou a natureza distinta entre medidas satisfativas e cautelares, as redistribuiu, tornando-as espécies da tutela de urgência e por via lógica de consequência unificou os requisitos para a concessão das duas.

Segundo Wambier (2015): “Diante do NCPC, como vimos, não há mais qualquer razão para diferenciar os requisitos para concessão de uma tutela cautelar e de uma tutela satisfativa de urgência”.⁵⁰

No mesmo entendimento, sobre a unificação de requisitos das tutelas de urgência, Tesse leciona:

Destaque-se, ainda, que o Novo Código de Processo Civil, mesmo reconhecendo que as tutelas de urgência possam ter natureza cautelar ou satisfativa (antecipada, nos termos da legislação) ao menos no plano do direito positivo, não estabeleceu distinção entre os requisitos positivos para a concessão de ambas, dando a entender que os requisitos para a concessão das medidas, seja de que natureza forem, são os mesmos⁵¹.

Wambier segue o mesmo entendimento:

Não se pode deixar de observar que o NCPC não suprimiu completamente a diferenciação entre tutela cautelar e tutela antecipada. Houve, sim, a adoção de um regime jurídico “quase” nico, mas não uma total equiparação ente elas. Aliás, tal diferenciação

⁴⁹ (TESSER, 2016, p. 540).

⁵⁰ Wambier, 2015, p. 499

⁵¹ TESSER, 2016, p. 537.

ganha importância para se avaliar se a medida concedida sujeita-se ou não à técnica de estabilização prevista no art. 304, aparentemente vocacionada somente à tutela antecipada, e não a tutela cautelar⁵².

Desta feita, após alhures demonstrado suas similaridades quanto aos pressupostos que devem ser observados para a concessão tanto da tutela provisória quanto à tutela de urgência, tenta-se demonstra-los quais são tais pressupostos ou requisitos.

4.1.2 PROBABILIDADE DO DIREITO

O texto atual não manteve as divisões e nomenclaturas utilizadas anteriormente, positivando hodiernamente no seu artigo 300 a probabilidade do direito como um dos pressupostos para a concessão das medidas de urgência.

A “probabilidade do direito” é nova formatação do que o direito classicamente chama de *fumus boni iuris* – *fumaça do bom direito* -, posto a necessidade de comprovar a plausibilidade do direito aventado, que será submetida à apreciação do magistrado na forma de cognição sumária.

Ainda sobre o primeiro requisito:

[...] O Código de Processo Civil estabelece como requisito positivo para a concessão da tutela de urgência a probabilidade do direito, ou seja, a análise em sede de possibilidade de que o autor possui o direito que alega e que está sujeito à situação de perigo. Para que a tutela de urgência seja concedida, ainda que não se exija certeza jurídica sobre o direito do autor, há que se ter ao menos aparência desse direito, e, por isso, o juiz faz a apreciação da existência da pretensão do autor em um juízo de cognição sumária, e não exauriente⁵³.

O convencimento do juízo sobre da probabilidade da existência do direito alegado pelo autor, tal probabilidade é oriunda de um exame de elementos constantes nos autos, tais como alegações e provas. Quando a análise dos elementos for mais provável a existência do direito do que sua não existência, deve-se conceder a tutela provisória de urgência.

Na mesma direção:

⁵² WAMBIER et al., 2015, p. 501.

⁵³ TESSER, 2016, p. 537.

A probabilidade que autoriza o emprego da técnica antecipatória para a tutela dos direitos é a probabilidade lógica- que é aquela que surge da confrontação das alegações e das provas com os elementos disponíveis nos autos, sendo provável a hipótese que encontra maior grau de confirmação e menos grau de refutação nesses elementos. O juiz tem que se convencer de que o direito provável para conceder “tutela provisória”⁵⁴.

Diante disto, quando se verificar a existência de prova indiciária, suficiente para presumir a existência do direito, poderá haver apresentação de pedido cautelar a fim de garantir o direito e o futuro restabelecimento do *status quo ante*.

4.1.3 PERIGO DE DANO OU AO RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO

Com o fito de caracterizar a urgência para como um dos critérios da sua concessão da tutela de urgência, preceitua o artigo 300 *caput* diz: *In verbis* “perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

Conforme Mitidiero explica:

A fim de caracterizar a urgência capaz de justificar a concessão de tutela provisória, o legislador falou em “perigo de dano” (provavelmente querendo se referir a tutela antecipada) e “risco ao resultado útil do processo” (provavelmente querendo se referir à tutela cautelar) [...]. (MITIDIERO, 2015, p. 782).

Tutelas de urgência são medidas que tendem extirpar ou prevenir males que os decursos temporais podem gerar ao ‘bem da vida’, por esse fato fundamentam-se em situação de perigo. As duas expressões insculpidas na lei, exprimem o mesmo objeto, ou seja, riscos decorrentes do tempo em relação ao processo quanto ao direito. Portanto, o perigo na demora. Logo, as alhures citadas expressões podem ser compreendidas de forma suplementar, relacionando se ao perigo da demora, pode pôr em risco a satisfação do direito, no momento atual ou futuramente, estará caracterizada a urgência.

Ainda sobre a interpretação das expressões “perigo de dano” e “risco ao resultado útil do processo”:

A tutela provisória é necessária simplesmente porque não é possível esperar,

⁵⁴ MITIDIERO, 2015, p. 782.

sob pena de o ilícito ocorrer, continuar ocorrendo, ocorrer novamente, não ser removido ou de dano não ser reparado ou reparável no futuro. Assim, é preciso ler as expressões perigo de dano e risco ao resultado útil do processo como alusões ao perigo da demora. [...] Vale dizer: há urgência quando a demora pode comprometer a realização imediata ou futura do direito⁵⁵.

Pode se dizer em síntese que, se o processo desenvolvesse sua marcha temporal conforme o rito comum e menos célere, correr-se-ia o risco de ao fim do rito a parte ter o bem da vida perdido no todo ou em parte.

4.2 DA REVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO ANTECIPATÓRIO E DA CAUÇÃO

Mantendo a mesma lógica do CPC anterior no que se refere a possibilidade de exigência de caução dispõe o artigo 300, §1º: *in verbis*:

“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”.

Considerando a concessão de tutela na forma de cognição sumária e não definitiva possui por sua natureza é passível de riscos, a atual legislação processual permite ao juízo opção de exigir ou não caução como condição para que seja ou não deferida a tutela provisória de urgência.

Sobre caução, o dispositivo legal ora comentado, deixa claro que a caução se presta a ressarcir eventuais danos que a outra parte venha a sofrer em razão da efetivação da tutela de urgência. Tratando-se de tutela provisória, que poderá ser revogada pela tutela definitiva, aplica-se ao caso a teoria do risco-proveito, de forma que o beneficiário da tutela responde objetivamente pelos danos causados à parte contrária na hipótese de futura e eventual revogação da tutela⁵⁶.

Tal requisito tem natureza de contracautelar, posto que, frente à concessão da tutela de urgência, será destinada ao sujeito passivo da caução o valor

⁵⁵ MITIDIERO., 2015, p. 783.

⁵⁶ NEVES, 2015, p. 838.

correspondente, desejoso de lhe assegurar o resultado útil e responsabilização do autor pelos possíveis danos advindos da execução da medida.

Sobre a natureza de contracautela pode-se dizer, portanto que essa caução tem natureza de contracautela, ou seja, diante da cautela oferecida ao autor da cautelar, prevê o sistema uma contracautela em favor do réu, visando a assegurar-lhe o resultado útil de eventual responsabilização do autor pelos danos causados com a execução da tutela de urgência⁵⁷.

Caberá ao juiz, no emprego do poder geral de cautela, observar as particularidades do caso, pois não será admitido exigir caução caso o magistrado se convença de que a parte requerente da tutela provisória é economicamente hipossuficiente e, por essa razão, não pode prestá-la. No tocante ao poder geral de cautela⁵⁸.

Como a literalidade do dispositivo determina, a prestação da contracautela não é medida obrigatória que se imponha em toda hipótese de concessão de tutela de urgência, sendo claro que o juiz poderá exigir a prestação de caução a depender do caso concreto⁵⁹.

4.3. TUTELA CAUTELAR EM CARÁTER ANTECEDENTE

Atualmente, a previsão do procedimento para deferimento de tutela de urgência cautelar em caráter antecedente, constam nos artigos de números 305 a 310 do vigente Código de Processo Civil, que também havia correspondência do antigo CPC.

No entanto, a tutela de urgência cautelar poderá ser solicitada de forma antecedente, através de ação cautelar autônoma, que visará à tutela satisfativa. Requisitos estão previstos no artigo 305, compete ao autor: “indicar a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo”. Ou seja, em que pese sua distinção redacional, o conteúdo é o mesmo se comparado ao artigo 303, que regulamente requisitos da concessão de tutela de urgência antecipada em caráter antecedente, posto que ambos instrumentos estão sob requisitos similares de concessão.

A atual formatação não carrega novidades sobre tutela cautelar preparatória. O

⁵⁷ WAMBIER et al., 2015, p. 500.

⁵⁸ Nery Júnior e Nery .2015, p. 859.

⁵⁹ NEVES, 2015, p. 837.

art. 305 não difere do sistema anterior no que tange à tutela cautelar preparatória (art. 801 do CPC/1973). Tanto lá como aqui, há a possibilidade de a medida ser concedida em caráter antecedente, mediante a indicação do direito (lide e seu fundamento) e do perigo de dano ou risco a resultado útil do processo⁶⁰.

O artigo 306 afirma que recebida a petição inicial da tutela cautelar em caráter antecedente, determinará a citação do réu para, no prazo de cinco dias, oferecer contestação e apresentar as provas que pretende produzir. Quando da ausência da contestação, os pedidos do autor serão presumidamente verdadeiro, aceito pelo réu, portanto, a ausência contestação proporcionará embasamento robusto para a concessão da tutela cautelar, posto à probabilidade, tendo em vista que a presunção de veracidade não é absoluta. Contestando, no entanto, no prazo estipulado, será observado procedimento comum. Conforme o artigo 307 caput e parágrafo único do NCP, ressaltando que havia similar previsão no código anterior, Cassio Scarpinella Bueno leciona:

A despeito da letra da regra, não há razão para entender que o silêncio do réu gera presunção absoluta de veracidade dos fatos alegados pelo autor. Deve prevalecer a interpretação dada ao caput do art. 803 do CPC atual [de 1973, revogado], que não afasta do autor a necessidade de se desincumbir, consoante o caso, do ônus da prova dos fatos que alega, descartando, por isso mesmo, o automatismo sugerido pelo texto legal entre a falta de contestação e a decisão contrária a seus interesses a ser proferida pelo magistrado⁶¹.

Conforme artigo 308 observa-se que o NCP suprimiu a autonomia do processo cautelar. A não observação do prazo decadencial em relação ao direito à medida cautelar não suscitará a extinção do processo, o legislador neste momento da história ocupou-se com a fungibilidade processual objetivando à celeridade. Relativo à inovação trazida ao suprimir a extinção do processo quando não observado o prazo legal:

Como se trata de um único procedimento, a perda da eficácia da tutela cautelar não gerará a extinção do processo (como ocorria no sistema do CPC/1973), pois o autor pode prosseguir formulando (ainda que a destempo) o pedido principal. A ideia do legislador de 2015 foi realmente aproveitar os atos processuais e priorizar o julgamento de

⁶⁰ DOTTI, 2016, p. 548.

⁶¹ BUENO, 2015, p. 113.

mérito⁶².

O artigo 309, era balizado no código Buzard no artigo 808, porém, na sua atual formatação determina que a tutela terá cessada sua eficácia quando, *in verbis*:

- 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.

Conforme preceitua o inciso I, se o autor não propuser o pedido principal nos mesmos autos da cautelar, buscando à tutela satisfativa, no prazo legal de 30 da efetivação da medida, consistirá em cessar a eficácia das medidas concedidas, logo, por via de consequência, a extinção do processo cautelar, não mais consistirá em a extinção do processo sem resolução de mérito, o processo manterá sua marcha rumo ao julgamento do pedido principal.

Em razão da perda de autonomia do processo cautelar, não haverá mais espaço para a aplicação do raciocínio que se sedimentou no STJ no sentido de que o não ajuizamento da ação principal acarreta a perda da medida cautelar e extinção do processo cautelar, sem julgamento do mérito. Diante da não apresentação do pedido principal, no sistema adotado pelo NCPC, extinguir-se-á a eficácia da medida cautelar, mas não haverá a extinção do processo principal, que deverá prosseguir para análise do pedido principal⁶³.

O mesmo haverá se, dentro de trinta dias, não ocorrer efetivação da tutela de urgência, portanto, a sua execução. Observa-se que não acontecerá a cessação da eficácia, se a execução da medida não se realizou por fatos alheios à vontade do requerente.

O inciso III prevê que cessará a eficácia se ocorrer julgamento de improcedência do pedido principal, ou extinção sem resolução meritória. Claramente tal eficácia da cautelar somente possui congruência lógica se ocorrer juízo de procedência, posto seu objeto é utilidade do pedido principal.

⁶² DOTTI, 2016, p. 552.

⁶³ WAMBIER et al., 2015, p. 519.

Agora a regra é mais clara: a decisão que julgar improcedente o pedido principal faz cessar a eficácia da medida liminar. Com efeito, não há nenhum sentido em manter uma tutela concedida com base em cognição sumária após o reconhecimento da improcedência através de cognição exauriente⁶⁴.

Enfim, o parágrafo único prescreve frente a perda de eficácia da medida de urgência cautelar, não cabe renovar seu pedido, exceto sob novas fundamentações. O último dispositivo, 310, demonstra inequivocamente a forma independente entre a tutela cautelar de urgência e a tutela satisfativa. Portanto, não objetiva a satisfação, somente visa assegurar a sua eficácia e utilidade do resultado.

A decisão relativa ao pedido cautelar, porque baseada em cognição não exauriente, não faz coisa julgada, de forma que seu resultado não pode influenciar o pedido principal. A exceção a essa regra se dá quando, mesmo no pedido cautelar, há o reconhecimento da prescrição ou da decadência do direito do autor, gerando uma decisão de mérito apta à formação de coisa julgada. Trata-se de técnica de economia processual, que permite ao juiz, no palco cautelar, reconhecer, desde logo, a prescrição ou a decadência relativa à pretensão material que fundamenta o pedido principal⁶⁵.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Comumente diz-se que se aumentam as demandas judiciais e a esse fenômeno atribui-se diversas origens que justificam a lentidão e a ineficiência nas prestações jurisdicionais, e são neste contexto que se inserem eminentemente as tutelas de urgência.

Foram necessários ajustes no Código de Processo Civil, com o objetivo de adequar o excesso de burocracia, formalidades e a morosidade que põe em risco a adequada prestação jurisdicional.

Neste sentido, o novo Código de Processo Civil foi aprovado pelo congresso em 16 de março de 2015, por meio da Lei nº 13.105, a qual trouxe várias alterações processuais importantes para o ordenamento jurídico brasileiro, destacando-se a extinção das medidas cautelares nominadas, e a unificação dos institutos da tutela

⁶⁴ DOTTI, 2016, p. 554.

⁶⁵ WAMBIER et al., 2015, p. 521.

antecipada, prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973 com a tutela cautelar, prevista no art. 798 e seguintes daquele código, que passam a reger-se pela tutela de urgência, antecipada ou cautelar, ou pela tutela da evidência, na qual não vigora o requisito da urgência.

Referidas inovações, antes de sua promulgação já foram citadas doutrinariamente em fundamentações de decisões judiciais na concessão de tutela, porém careciam de segurança jurídica com lastro em lei.

Como se viu, as tutelas de urgência exigem, para sua concessão, a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, que abrangem as medidas cautelares que passaram a ser inominadas, possuindo caráter incidental, ou seja, dentro do processo, ou antecedente, ou seja antes da propositura da ação, mas sempre objetivando o resultado útil do processo.

Quanto à tutela da evidência, não necessita dos dois requisitos, quais sejam, o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, vez que somente a plausibilidade do direito resta suficiente mediante às possibilidades trazidas nos incisos contidos no artigo 311.

Desta feita, os novos institutos se mostram menos formais e burocráticos, buscando atenuar a concepção de que muitas vezes os processos são ineficazes na solução das lides, além da impossibilidade de a parte vencedora ver seu pleito passível de execução. Desta feita, a concessão da tutela se dará de forma mais célere e eficaz tende a atender aos anseios da sociedade de ter seu direito com respectiva possibilitar sua fruição, demonstrada a devida urgência do caso.

Portanto, as referidas tutelas analisadas, o direito material da novo e importante passo, na utilização de novos mecanismos que pretendem dar celeridade aos processos e torná-los mais eficazes. Porém, diante da novidade da atualização de tais institutos, seu êxito fático, necessita da sua implantação no sistema que tente efetividade ou apenas avanço na direção da efetivação da prestação jurisdicional de excelência.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. **Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o “mistério” da ausência de formação da coisa julgada.** Disponível em: <https://www.academia.edu/12103602/%C3%89rico_Andrade_e_Dierle_Nunes__Os_contornos_da_estabiliza%C3%A7%C3%A3o_da_tutela_provis%C3%B3ria_de_urg%C3%Aancia_antecipat%C3%B3ria_no_novo_CPC_e_o_mist%C3%A9rio_da_aus%C3%Aancia_de_forma%C3%A7%C3%A3o_da_coisa_julgada>. Acesso em 01/04/2017.

América,1997. HESPANHA, Antônio Manuel, nº 24, março, Revista Dialética de Direito Portugal 2005.

ASSIS, Araken. **Processo Civil, Da antecipação de tutela no Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BRASIL, **Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 01/04/2017.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 02/04/2017.

BRASIL, **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.** Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 25/04/2017.

BUENO, Cassio Scarpinel a. **Tutela antecipada.** 2ª ed.. rev., atual. e ampl. de acordo com a Emenda Constitucional n. 45/2004 e com as Leis n. 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006, 11.280/2006 e 11.382/2006. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL, **Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 01/04/2017

BRASIL, **Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 01/04/2017

BUENO, Cássio Scarpinella. **Tutela antecipada cautelares.** São Paulo: Saraiva,2004.

- CALDEIRA, Marcos Flávio Horta. **Coisa julgada e crítica a sua “relativização”**. 1 ed. Brasília: Thesaurus, 2012.
- CALMON, Eliana. **Tutelas de urgência**. In: Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 11, n. 2, p. 99-241, Jul./Dez. 1999
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- COELHO, Marcos Vinicius Furtado. **Garantias constitucionais e segurança jurídica**. 1ª ed. 2ª reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- CARNEIRO, Athos Gusmão, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **probatória In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- CALAMANDREI, Piero. **Tradução: Carla Roberta Andreasi Bassi**. Campinas: Servanda, 2000.
- CÂMARA, Alexandre Freitas **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos** Vol. 3 Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CAPPELLETTI Antônio Fabris. **Lições de direito processual civil**. Sergio, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução: Ellen Gracie. 16. ed. Rio de Northfleet. Porto Alegre, 1988.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- CARREIRA Alvim, **Teoria Geral do Processo Civil**. 2014.
- DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Vol. 1. 17ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.
- DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Vol. 2. 10ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.
- DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Vol. 2. 8ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.
- DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Ed. Jus Podivm.2014. 2002.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma da reforma. 3. ed. São Paulo: Malheiros, **A reforma do Código de Processo Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FUX, Luiz FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS. **Tutela de segurança e tutela da evidência**. Enunciado n 33, Saraiva São Paulo.
- FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela de Evidência**: fundamentos da tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 1996.
- LACERDA, Galeano. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. Janeiro: Forense, 1987.
- LACERDA, Galeano. **Comentários ao código de processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro.
- GIANNICO, Maurício. **A preclusão no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005. (Coleção Theotonio Negrão/coordenação José Roberto F. Gouvêa).
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Mudanças estruturais no processo civil brasileiro**. GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de direito processual civil**, teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte). 5. ed.rev. e atual. São Paulo 1996.
- GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro** – Saraiva: Editora Saraiva, São Paulo 2009.
- GRECO, Leonardo Processual. **O princípio do contraditório**. Publicações europa-Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 1, p. 197-223, 2006. Disponível em <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/65/62>>. Acesso em: 28/03/2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Direito fundamental à duração razoável do processo**. Revista Estação Científica. (Ed. Especial Direito). Juiz de Fora, V.01, n.04, outubro e novembro/2009. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/2654374/artigo%205%20revisado.pdf>> Acesso: 15/03/2017.
- MITIDIERO, Daniel. **Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no novo código de processo civil**. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região Vol.4,n.39 (abr.2015).Edição especial. Disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=39>>. Acesso em 04/05/2017.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, **Pacto de San José de Costa Rica**. San José: Organização dos Estados Americanos, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 01/04/2017.
- TALAMINI, Eduardo. **Ainda a estabilização da tutela antecipada**. Publicado no site

em: 04 de Abril de 2016. Disponível em:
<http://direitoprocessual.org.br/aid=37.html?shop_cat=23&shop_detail=58> Acesso
em: 01/04/2017.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**, volume 1: Teoria Geral do Processo de Conhecimento. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.