

A TUTELA DE URGÊNCIA FRENTE AO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Lorena Gonçalves Ferreira da Costa¹
Rogerio Mendes Fernandes²

RESUMO

O Poder Judiciário em determinadas circunstâncias, deve prever tratamento rápido no intuito de proteger os direitos invocados que estão prestes a serem violados, podendo vir a causar graves prejuízos à parte. Desta forma, o atual Código de Processo Civil permite que os jurisdicionados se utilizem, dependendo do caso concreto, da antecipação de tutela ou das tutelas cautelares. Tais medidas possuem peculiaridades significativas, tanto que dispostas em livros diversos no Código de Processo Civil de 1973. Entretanto vê-se que o novo Código de Processo Civil, que está sendo redigido por uma comissão instituída pelo ato nº 379, de 2009, do Presidente do Senado e presidido pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Fux, não terá um livro específico para tratar das medidas cautelares, como ocorre no atual CPC. Excluindo por completo, o Livro dedicado ao processo cautelar, essa medida tem como finalidade conferir maior celeridade à prestação da justiça, fazendo com que o processo possa ser utilizado de maneira mais adequada e ordenada no que for útil aos desígnios contemporâneos do processo civil.

Palavras-chave: Tutelas de Urgência. Projeto do Novo CPC. Efetividade jurisdicional.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso, XXXV, assegura a todos os titulares de direito subjetivo, lesado ou ameaçado, o acesso ao Poder Judiciário com fins a

¹ Aluna do 10º período da turma Alfa Noturno do Curso de Direito da Faculdade Atenas – Orientador: Prof.: Rogério Mendes Fernandes. Lorenacosta_direito@hotmail.com

² Professor do Curso de Direito da Faculdade Atenas – Orientador: Prof.: Rogério Mendes Fernandes. rogeriomendesf@uol.com.br

obter a tutela adequada para cada direito invocado. Tem-se assim, que tutela tem a finalidade de proteção do direito da parte, nascendo com o objetivo de evitar que em dada situação em concreto ou emergencial, o cidadão seja lesionado no seu direito.

A legislação brasileira, com fins a obter a segurança jurídica, exige formalidades para que o direito seja invocado. Desta forma muitos operadores do direito preocupam-se com o formalismo exarcebado. No entanto, atualmente vê-se que o legislador procura relativizar as regras de Direito Processual, para que um mero erro técnico de nomenclatura, no momento do pedido da parte não sirva de entrave para que o juiz conceda a tutela pretendida.

A comissão de juristas instituída pelo presidente do senado federal nº 379 de 2009, procurou elaborar um novo Código que privilegiasse a simplicidade da linguagem e da ação processual, a celeridade do processo e a efetividade do resultado da ação, além do estímulo à inovação e à modernização de procedimentos, garantindo o respeito ao devido processo legal.

Esta comissão verificando a relevância preocupou-se em tratar das tutelas no projeto do novo Código de Processo Civil, baseados nos princípios constitucionais processuais e com o objetivo de proporcionar aos jurisdicionados uma adequada tutela, extinguiram as tutelas cautelares e antecipadas, passando a prever somente um capítulo destinado a tutela de urgência e da evidência.

1 DAS TUTELAS

1.1 TUTELAS ORDINÁRIAS

1.1.1 TUTELA DE CONHECIMENTO

É por meio do processo que o Estado exerce sua jurisdição, portanto todo aquele que se sentir lesado, deve provocar o órgão julgador para resguardar o direito sob ameaça, sendo o processo o instrumento para tirar o juiz da inércia. E o processo de conhecimento é a tutela jurisdicional que julga as pretensões das partes e define com isto o preceito a ser observado pelos litigantes em relação ao direito material que fora posto em litígio.

Neste sentido pode se falar que o processo de conhecimento é o provimento declaratório, denominado sentença de mérito. A tutela pretendida pela parte poderá apresentar

cinco diferentes tipos de tutelas de conhecimento, sendo as tutelas: declaratória, constitutiva, condenatória, executiva *latu sensu* e mandamental. Estas serão a seguir explanadas.

1.1.1.2 TUTELA DECLARATÓRIA

A tutela declaratória busca esclarecer a existência ou inexistência de um direito. Ao tratar desta tutela, deve-se ter atenção para a Ação meramente declaratória. Nesse entender, diz-se que a tutela declaratória visa extinguir as dúvidas das lides jurídicas de direito material que são instauradas e as incertezas que nelas se possam existir.

Neste aspecto o doutrinador Darlan Barroso (2007, p.100), exemplifica: “É típica tutela declaratória, por exemplo, aquela proferida em ação de investigação de paternidade; neste caso, o juiz não condena o réu a ser pai ou cria a paternidade, mas o Estado-juiz limita-se a constatar e declarar uma realidade existente”. Portanto, sabe-se que neste tipo de tutela não se cria nada, apenas esclarece.

1.1.1.3 TUTELA CONSTITUTIVA

Na tutela Constitutiva a parte busca declarar a constituição ou desconstituição de um direito. O objetivo desta tutela é constituir, desconstituir, conservar ou modificar uma relação jurídica. Darlan Barroso (2007, p. 102) a corroborar este entendimento assim dispõe:

As ações de conhecimento de tutelas constitutivas se destinam à criação, modificação ou extinção de uma relação jurídica, direito ou obrigação litigiosa. Não se trata de mera declaração ou condenação, mas de ato judicial que intervém na relação das partes para modificá-la.

Portanto, conclui-se que as sentenças constitutivas modificam o estado da coisa onde se encontra o direito e a consequência da modificação deste é a declaração do direito do autor ou do réu.

1.1.1.4 TUTELA CONDENATÓRIA

A tutela condenatória tem como objetivo determinar o pagamento de uma quantia em dinheiro, bem como, a imposição da parte em pagar, ou entregar ou fazer aquilo que foi pleiteado. Esta tutela é utilizada pelo juiz para proferir um mandamento ao réu, através da sentença prolatada pelo juiz competente, o réu terá uma obrigação com o autor da demanda. Inobstante ter a sentença caráter mandamental, ela por si só não garante o cumprimento da

obrigação pelo réu. Possuindo o autor tão somente um título que lhe confere a possibilidade de se executar tal obrigação, por meio do ingresso de outra ação para que possa finalmente satisfazer seu direito. Darlan Barroso (2007 p.101) perfilha que:

A tutela condenatória objetiva a imposição de uma obrigação ou dever à parte adversa. A finalidade das ações condenatórias é a obtenção de um comando imperativo em face da parte contrária para que ela cumpra uma determinada obrigação de pagar quantia em dinheiro, de entregar uma coisa, de fazer uma prestação ou abster-se de um ato.

Depreende-se por fim, que a finalidade desta tutela é extinguir a lesão a direito da parte requerente. Garantindo a mesma, que através da sentença, os efeitos da lesão sejam eliminados e impedindo que a violação se consuma.

1.1.1.5 TUTELA EXECUTIVA *LATU SENSU*

No tocante a tutela executiva *latu sensu*, esta inserida no ordenamento por Pontes de Miranda, que via que determinadas ações apresentavam um caráter executivo imediato, de forma que o provimento deveria ser concedido, dispensando-se o processo executivo. Paulo Henrique dos Santos Lucon (2012, p.132) entende que:

Na verdade, a sentença executiva *latu sensu* é um provimento jurisdicional portador de eficácia condenatória com uma força a mais: com ela não há necessidade de um novo processo, agora executivo, ou seja, o juiz simplesmente determina a realização prática do comando emergente da sentença de natureza condenatória, dispensando-se a iniciativa da parte para o início da execução.

Vê-se assim, que a tutela executiva *latu sensu* não há a necessidade de instauração de um processo de execução, o cumprimento da decisão será realizado na própria relação jurídica processual em que foi proferido o ato decisório.

1.1.1.6 TUTELA MANDAMENTAL

Sabe-se que as tutelas mandamentais têm a mesma estrutura das sentenças condenatórias, pois assim como na sentença condenatória encontra-se dois momentos em sua estrutura. No primeiro momento, o juiz declara o direito e no outro momento conhecido como sancionador, abre-se caminho a execução forçada, que é quando o devedor não cumpre a obrigação espontaneamente.

A tutela mandamental é muito utilizada nas obrigações de fazer. Assim tem-se que a decisão mandamental proferida pelo juiz contém uma ordem. Nesse mesmo sentido é o entendimento de Ovídio Baptista da Silva apud (JUNIOR 2008, p. 100/101), que dispõe:

A ação mandamental tem por fim obter, como eficácia preponderante, da respectiva sentença de procedência, que o juiz emita uma ordem a ser observada pelo demandado, ao invés de limitar-se a condená-lo a fazer ou não fazer alguma coisa. É da essência, portanto, da ação mandamental que a sentença que lhe reconheça a procedência contenha uma ordem para que se expeça um mandado. Daí a designação de sentença mandamental. Nesse tipo de sentença, o juiz ordena e não simplesmente condena. E nisso reside, precisamente o elemento eficaz que a faz diferente das sentenças próprias do processo de conhecimento. Tal como acontece com as ações executivas, também as mandamentais contém atividade jurisdicional em momento posterior do trânsito em julgado da sentença de procedência. Na mesma relação processual de conhecimento.

Desta forma, pode ser percebido que quando o juiz profere a decisão mandamental, a forma de cumprimento da obrigação será sempre específica, a parte, portanto não tem discricionariedade na forma de cumprir a obrigação. A recomposição da condenação é sempre feita de forma coercitiva, imposta pelo judiciário.

1.2 TUTELA DE EXECUÇÃO

A tutela executiva se caracteriza pela expropriação de um bem do patrimônio disponível do devedor. Da mesma forma nessa tutela jurisdicional, em face da exigência da existência de um título, não há necessidade de uma apuração cognitiva.

A tutela jurisdicional executiva é a tutela que garante a parte que teve seu direito reconhecido pelo juiz em sentença anterior em uma ação condenatória, de poder executar a obrigação devida pelo réu. Esta tutela é intimamente ligada da tutela condenatória, desta não se separando ou afastando. Paulo Henrique dos Santos Lucon (2012 p.123) dispõe que:

A tutela executiva tem o escopo de efetivar a prática de um comando contido em título executivo. Em toda atuação executiva, a realização dos objetivos da lei pelo Estado consiste na efetivação de tal comando nos casos em que o obrigado não o cumpre espontaneamente.

Neste entender deverá a parte ingressar com ação, demonstrando ter posse de título executivo judicial ou de título extrajudicial, para que o juiz possa mandar executar o réu, fazendo com que o mesmo cumpra a sua obrigação. O Estado, neste caso, possui o poder dever de substituir as partes no processo visando a garantir a ordem social.

1.3 TUTELAS DE URGÊNCIA

A expressão tutela de urgência foi inserida no ordenamento jurídico em 2002, pelos doutrinadores, quando perceberam a necessidade de aceitar a fungibilidade entre a tutela

antecipada e a tutela cautelar. Apesar de não prevista, foi admitida como gênero das espécies cautelar e antecipada. Luiz Orione Neto, (2000, p.179) assim dispõe:

As tutelas jurídicas diferenciadas devem situar-se como contrapartida do direito à adequada tutela jurisdicional, que representa, numa análise mais perceptível da realidade, concretização do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, cuja finalidade não é apenas a de assegurar o acesso formal aos órgãos judiciários, mas sim o acesso à Justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa.

1.3.1 TUTELA CAUTELAR

Viu-se que a tutela cautelar é espécie do gênero tutela urgente. É também característica desta tutela, ser ela acessória, pois ainda que concedida em procedimento autônomo, só existe em função de um processo principal de conhecimento ou de execução do qual é subordinada. Luiz Orione Neto (2004, p.57) ressalta que:

A urgência constitui, sem dúvida alguma, requisito necessário e indispensável à concessão da tutela cautelar. É, por assim dizer, o seu pressuposto *sine qua non*, na medida em que a tutela cautelar é espécie do gênero tutela urgente. Nem poderia ser de outro modo; afinal, um dano iminente exige uma providência urgente, ou seja, uma providência cautelar.

A urgência das cautelares também encontra amparo, quando houver a probabilidade de ocorrer um perigo de dano a parte. José Miguel Garcia Medina (2010, p. 81), destaca que: “Havendo aparência de direito, verossimilhança ou probabilidade da cautela reclamada, o juiz a concede, pois a urgência que acode ao caso é incompatível com o tempo necessário para aprofundamento na análise das provas e alegações das partes”. Assim pode-se dizer que a existência de uma situação de risco *periculum in mora* às pessoas, coisas ou bens objetivados, é condição indispensável para a pronta intervenção judicial no âmbito cautelar.

1.3.2 TUTELA ANTECIPADA

A tutela jurisdicional antecipatória é também espécie do gênero da tutela de urgência. A tutela antecipada é conhecida como tutela diferenciada e tem por finalidade a satisfação antecipada do direito pleiteado. A parte conseguindo demonstrar ao juiz o abuso do direito de defesa ou ainda a importância do direito por ele tutelado, poderá conseguir que o juiz antecipe os efeitos da sentença. O professor Humberto Teodoro Junior (2007, p. 665), conceitua a tutela antecipada dispondo:

Justifica-se a antecipação de tutela pelo princípio da necessidade, a partir da constatação de que sem ela a espera pela sentença de mérito importaria denegação e justiça, já que a efetividade da prestação jurisdicional restaria gravemente

comprometida. Reconhece-se, assim a existência de casos em que a tutela somente servirá ao demandante se deferida de imediato.

Os efeitos da tutela antecipada, não são irreversíveis e sim concedidos provisoriamente. Devendo, portanto, ressaltar que a tutela antecipada antecipa os efeitos da sentença, mas que ao final da lide, na sentença do juiz, esse direito que foi anteriormente antecipado, pode ser confirmado ou poderá ser revogado.

1.4 TUTELA INIBITÓRIA

A tutela jurisdicional inibitória é uma tutela preventiva, tendo por finalidade proteger o direito da parte antes que haja ameaça ou lesão. Esta prevista no artigo 461 do CPC, bem como no artigo 84 CDC. A tutela inibitória tem em seu conceito uma ação de antecipação para se evitar um ilícito, sendo utilizada quando houver iminência de sofrer lesão ou ameaça a direito. Neste caso, tanto o autor quanto o réu da ação poderá lançar mão desta ferramenta para amparar ou proteger um direito material. Luiz Fux (2001, p. 72) sustenta que:

A tutela inibitória induz à idéia de uma espécie de tutela necessária a determinada pretensões para as quais não são adequadas as forma tradicionais de prestação de justiça. É que há direitos que necessitam de uma forma especial de intervenção do Estado-Juiz.

Portanto pode-se dizer que a tutela inibitória poderá agir impedindo a prática de uma ilicitude, mesmo que não exista ilícito anteriormente praticado. É voltada para o futuro, exige-se apenas a simples possibilidade do ilícito, não necessitando comprovação de dano algum. Esta tutela é, portanto utilizada pela parte que necessita de uma ação que tenha como raiz a celeridade e a economia processual.

1.5 TUTELA ESPECÍFICA

A tutela específica é resultado da Lei 8952/94 que deu nova redação ao caput do art. 461 e parágrafos do CPC. Sérgio Torres Teixeira (2012, p.260) já dispõe que:

O caput e o parágrafo primeiro deixam bem claro que nessa ordem existe, em primeiro lugar, a tutela específica, ou seja, o objetivo primordial é proporcionar a tutela específica, exatamente aquilo previsto pelo legislador como consequência daquela situação concreta da aplicação do direito ao respectivo caso concreto.

O termo tutela específica é utilizado para indicar o resultado a ser obtido no plano do direito material. Ocorre quando a ação tem por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou a de entregar coisa certa, visa a execução forçada de uma conduta positiva do

devedor inadimplente. Para que esta tutela seja concedida deve demonstrar o fundamento da demanda e que exista justificado receio de ineficácia do provimento final.

1.6 TUTELA SUBSTITUTIVA

A tutela Substitutiva será concedida quando houver a conversão em perdas e danos, no entanto esta conversão não será concedida por qualquer motivo. O juiz não pode converter em perdas e danos ao seu livre arbítrio.

A conversão não gerará os mesmos efeitos práticos esperados do adimplemento espontâneo correspondendo justamente ao descumprimento da prestação que não foi e não será cumprida.

Esta tutela será aplicada nas hipóteses previstas no §1º do artigo 461 do CPC, caso haja sido pleiteado pelo credor.

2 DISTINÇÕES ENTRE MEDIDA CAUTELAR E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.

Dentre as modalidades de tutelas de urgência que foram criadas pelo legislador, no intuito de atender a procura cada vez maior do judiciário pelas pessoas, avulta o instituto da tutela cautelar e da tutela antecipada que integram o gênero da tutela de urgência. Por isso, depara-se que no Código de Processo Civil atualmente em vigor, há dois regimes distintos, sendo que um regime é para as medidas cautelares e outro para as de tutela antecipada.

De início delimitaram-se o terreno da cautelar, no entanto como havia casos em que não era possível evitar-se o *periculum in mora* senão antecipando-se o exercício, no todo ou em parte, do próprio direito subjetivo material foi criado em 1994, o instituto da tutela antecipada, tendente a admitir seu uso não só para fins conservativos, mas também para, excepcionalmente, cumprir a provisória satisfação de pretensões de mérito.

É certo que não se pode negar a diferença essencial no regime jurídico processual brasileiro, entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória. Elas nasceram para evitar que o tempo do processo gere a ineficácia da prestação jurisdicional futura. Insta salientar o brocardo baseado em Pontes de Miranda apud (LEME. 2012 p.12) acerca das espécies de tutela de urgência: “enquanto as cautelares garantem para satisfazer; as antecipatórias satisfazem para garantir”.

Nota-se que há grande similitude de requisitos entre as medidas cautelares e as de antecipação de tutela que permite classificar ambas como destinados a assegurar a eficácia da

prestação jurisdicional, mas reservando a cada uma delas um campo de atuação próprio e distinto. Humberto Teodoro Junior (2007, p. 701) vem corroborar com o seguinte ensinamento:

Enquanto a medida cautelar foge da preocupação de satisfazer precocemente o direito material da parte, contentando-se com preservar a idoneidade genérica do processo para atingir seu escopo, a medida antecipatória, ao contrário, é eminentemente satisfativa e se defere com declarado propósito de assegurar ao litigante, antes do encerramento do processo, aquilo que seria inerente aos efeitos práticos da situação material emergente da sentença final de mérito, isto é, da sentença de procedência do pedido.

A tutela cautelar tem como finalidade afastar os incômodos da demora inevitável entre a dedução da demanda em juízo e a resposta definitiva da jurisdição. Nesta tutela a atuação do juiz é mais livre, prevalecendo o princípio da fungibilidade, capaz de autorizar o deferimento de providência prática diferente da que fora requerida pela parte.

Noutro sentido, é o campo da atuação do juiz no âmbito de antecipação de tutela. Aqui a liberdade do juiz é quase nenhuma, pois somente o que foi requerido pela parte poderá ser concedido dentro do permissivo contido no art. 273 do CPC. Luiz Fux (2001, p. 59) nesse mesmo sentido dispõe:

É de se observar que um dos casos de tutela antecipada é o relativo aos direitos em estado de periclitção; por isso, se o juiz verificar que uma outra medida diversa daquela pleiteada revela-se suficiente a conjurar o perigo de dano, não poderá adotá-la se estiver fora da órbita do pedido. A lei sinaliza, nessas hipóteses, com a adstrição do juiz aos elementos da demanda, restando ao magistrado a improcedência do pedido, malgrado o estado de periclitção do direito veiculado na ação, o que demonstra do grave equívoco legislativo.

Para que haja a antecipação de tutela a lei exige requisito simétrico aos da tutela cautelar sendo: a prova inequívoca do direito da parte e a verossimilhança de suas alegações e fundando receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Caso os pressupostos para o deferimento da antecipação estiverem configurados não haverá margem de escolha para o juiz, pois neste caso, é direito da parte.

Desta forma, a tutela antecipada nasce como um instrumento visando à obtenção, por intermédio de técnica de cognição sumária, daquilo que a parte viria a conseguir somente no final do procedimento cognitivo normal. Desta feita, a tutela antecipada fará com que o pedido mediato pretendido pelo autor seja deferido em sede de liminar. Essa também é a ótica de Luiz Fux (2001, p.60) que dispõe: “É lícito requerer a tutela de segurança de seu direito material antecipadamente, através de processo sumário, passível, inclusive, de ser revista, posteriormente, quando posta em juízo a pretensão final”.

Ressalta-se ainda que a tutela antecipada tem natureza satisfativa, uma vez que traz de imediato o objeto final da sentença. No entanto, os efeitos antecipados são provisórios,

não se permitindo, de acordo com a letra do § 2 do art. 273 do CPC, que os efeitos antecipados sejam irreversíveis.

Ressalta-se se também, outra grande distinção entre as tutelas em estudo, que é com relação às provas. Para a obtenção de medida neutra, de caráter cautelar puro, contenta-se a simples demonstração do *fumus boni iuris*. Noutro lado, para que se possa alcançar a antecipação de tutela, a parte terá que demonstrar sendo requisito obrigatório, a prova inequívoca. Devendo ser demonstrado a prova existente no que diz respeito àquele direito invocado. A prova deve ser clara, evidente, portadora de um grau de convencimento. Vai além o entendimento do professor Humberto Teodoro Junior (2007, p. 703), que assim acrescenta:

Além da “prova inequívoca”, o requerente terá de apresentar ao juiz uma versão verossímil do quadro justificador de sua pretensão. Assim, a “verossimilhança da alegação”, corresponde ao juízo de convencimento a ser feito em torno de toda a conjuntura fática invocada pela parte que pretende a antecipação de tutela, não apenas quanto à existência de seu direito subjetivo material, mas também, e principalmente, no relativo ao perigo de dano e sua irreparabilidade, bem como ao abuso dos atos de defesa e de procrastinação praticados pelo réu.

Há também como fator de distinção entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, a possibilidade de o juiz antecipar à parte autora a tutela pretendida, sem que haja presença de risco de dano imediato e irreparável, baseando-se no art. 273, II, do CPC.

Há que se atar que tanto a tutela cautelar como a tutela antecipada, a parte pede uma providência urgente para fugir das conseqüências indesejáveis do perigo de dano enquanto pende o processo de solução de mérito. E o que distingue o procedimento de um e outro pedido de tutela de urgência é a circunstância formal de que o pedido cautelar deve ser processado à parte do feito principal enquanto o pedido antecipatório se dá dentro do próprio processo de mérito.

3 TRATAMENTO DA TUTELA DE URGÊNCIA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

As Tutelas são mecanismos que o povo brasileiro tem para solucionar uma emergência, que no caso concreto necessitam de uma decisão rápida. Nesse contexto, entende-se que as mudanças são necessárias, pois infelizmente a realidade da Justiça brasileira não condiz com a efetividade jurisdicional que deve prevalecer.

As inovações trazidas pelo projeto do novo Código Processo Civil têm como prioridade a celeridade do processo para se obter, na medida do possível, a efetividade do direito que se quer proteger. Nesse sentido, nota-se que o legislador busca dotar o processo civil de procedimentos mais eficazes e menos complexos à efetivação do direito material. Em entrevista à ConJur (2010), o ministro Luiz Fux, presidente da comissão, afirmou:

Nós vamos esgotar na parte geral do código uma forma específica de justiça para esses casos de tutela jurisdicional, que vai ser a tutela jurisdicional de urgência. Haverá uma previsão da possibilidade do juiz prover de forma urgente e ele vai dar a solução sob a medida que o caso reclama. Nós vamos acabar com o livro de processo cautelar. Isso passa a ser um poder que o juiz tem de defesa da jurisdição. Ele tem de prestar a Justiça, então não pode deixar que a justiça se frustrate. Ele tem de dar uma solução que permita evitar que quando ele for decidir não haja mais possibilidade de obter-se um resultado útil.

Tem-se que, o projeto visa simplificar e manter as tutelas urgentes, priorizando o princípio da fungibilidade entre tais institutos, bem como a liberdade procedimental. Em estudo ao projeto do novo Código de Processo Civil, verifica-se que este não tem a finalidade de negar a sistemática vigente. Percebe-se que ele se propõe fazer com que o processo possa ser utilizado de maneira mais adequada e ordenada no que for útil aos desígnios contemporâneos do processo civil.

3.1 APLICAÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Em análise ao Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, verifica-se que é no Título IX, Capítulo I e II, que será tratado as Tutelas de Urgências - cautelares e antecipadas- no capítulo I das disposições comuns e no capítulo II do procedimento de requerimento, estando esta previsão disposta do artigo 277 aos 293 do anteprojeto do CPC. José Herval Sampaio Júnior (2011, p.259) perfilha que:

Formalmente podemos afirmar que essa tutela é novidade trazida no anteprojeto do novo CPC, todavia sob o aspecto material não é verdade, pois o máximo que se pode falar nesse aspecto é a ampliação dos casos que a autorizam, bem como a devida sistematização do tema e na linha da simplificação que alicerça a proposta, aclara-se uma dúvida sobre a natureza jurídica do instituto.

Denota-se que o projeto inseriu as tutelas de urgência na parte geral do Código. Não trouxe, portanto, a previsão da tutela antecipada dentro do Livro I referente ao Processo

de Conhecimento, como atualmente esta prevista no Código Processual Civil vigente, extinguindo também, o livro próprio para tratar do processo cautelar.

Permanecerá, portanto, a natureza conservativa da tutela cautelar e a natureza satisfativa da tutela antecipada. José Herval Sampaio Júnior (2011, p.237) relata que:

A grande novidade além desse tratamento em conjunto, que no nosso entender, em que pese as dificuldades, foi salutar, é a previsão de extinção do processo cautelar e isso com certeza será vantajoso, pois em nenhum momento deixaremos de ter a possibilidade de manejo da tutela cautelar, que é urgencial por natureza, mas que com esta não se confunde, como destacaremos, logo a retirada da autonomia do processo cautelar se bem compreendida não fará falta alguma, já que a agora poderemos ter a concessão desse tipo de medida em qualquer tempo e inclusive antes da instauração do dito processo principal, o que chamaremos de medida cautelar antecedente.

Assim o projeto, influenciado pela fungibilidade atualmente em vigor, prevê o cabimento da Tutela de urgência, seja em caráter cautelar seja com natureza satisfativa. Esse é o entendimento emanado do artigo 277 do Anteprojeto (2010, p.109), que assim dispõe: “A tutela de urgência e a tutela da evidência podem ser requeridas antes ou no curso do procedimento, sejam essas medidas de natureza cautelar ou satisfativa”.

Este entendimento nos remete as espécies de tutelas cautelares preparatórias e às cautelares incidentais vigentes.

Já nos termos do artigo 278 do anteprojeto (2010, p.109), vê-se que o juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas quando houver risco de dano. Tal ensinamento encontra-se no projeto disposto nos seguintes termos:

Art. 278. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.
Parágrafo único. A medida de urgência poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente.

Esta dicção é derivada da extinção do processo cautelar. O projeto agora prevê uma única tutela, a chamada tutela de urgência, portanto não deu margens de dúvidas objetivas para as partes. Neste sentido, verifica-se que a natureza da demanda é quem irá definir se é hipótese de cautelar ou antecipação de tutela.

Os artigos 283 e 284 do anteprojeto (2010, p.110) prevêem os requisitos necessários para a concessão de tutela de urgência, dispondo que: “Art. 283. Para a concessão de tutela de urgência, serão exigidos elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação”. Com efeito, verifica-se que o projeto reuniu os requisitos para a tutela cautelar e para antecipação de tutela

na referida norma. Pois, segundo o comando do art. 283, o juiz somente concederá a medida se estiverem presentes elementos que evidenciem a plausibilidade do direito como também a demonstração do risco de dano irreparável ou de difícil reparação. José Herval Sampaio Júnior (2011, p.245) critica a previsão trazida pelo projeto quanto aos requisitos para a concessão da tutela de urgência, dispondo que:

Desta forma, não concordamos de modo algum com o tratamento uniforme dado aos requisitos de um e outro tipo de tutela, já que apesar de serem considerados espécies do gênero, justamente pela questão do risco de dano no sentido mais amplo do termo, o anteprojeto acaso tivesse especificado com detalhes mais técnicos o caso de tutela cautelar e satisfativa, não teríamos qualquer problema na prática, pois apesar de ser patente a fungibilidade entre ambas e esse não é e na realidade nunca foi o problema, mas sim a confusão que vai gerar, pois indiscutivelmente uma coisa é acautelar e outra é satisfazer, logo não podem andar juntas com relação aos pressupostos para a sua concessão, eis que para acautelar os elementos, sem sombra de dúvida, devem ser menos rigorosos do que para antecipar efeitos práticos do próprio pedido principal.

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2010, p. 106/107) também criticam o artigo elucidando que:

Rigorosamente, o texto já à partida confunde tutela antecipatória com tutela cautelar, na medida em que submete ambas à demonstração do “risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Esta confusão é acentuada pela quantidade de alusões ao “processo principal” ou “pedido principal” nos artigos que tratam da tutela de urgência (arts. 280, 282, I, 287, § 1º, 289, 290, 291, I, 292 e 294), terminologia obviamente ligada à tutela cautelar dada a sua referibilidade, mas não à tutela antecipatória.

Sabe-se que o risco de dano irreparável ou de difícil reparação constitui tecnicamente requisito para concessão de tutela cautelar. Esta é uma tutela provisória, pois deve ser concedida para proteger o direito enquanto durar o perigo de dano.

Lado outro, entende-se que a tutela antecipatória é proferida quando existe um perigo na demora da prestação jurisdicional não se podendo esperar. A tutela antecipada combate o perigo na demora do provimento processual. José Herval Sampaio Júnior (2011, p. 252) ressalta ainda que:

Apesar dos dois mecanismos processuais enquadrarem-se no gênero das chamadas tutelas diferenciadas e de urgência na maioria dos casos os mesmos não podem ser tidos como sendo um só instituto, possuindo tênues diferenças nem sempre aclaradas pela doutrina.

Desta forma, depreende-se da explanação proferida pelos doutrinadores acima citados, que a redação do artigo 283 faz uma confusão entre tutela cautelar e tutela antecipada, pois o requisito para a concessão da tutela de urgência é a comprovação da plausibilidade do direito, assim como a demonstração do risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2010, p. 108) apresentam a seguinte proposta:

Proposta: Art. 283. O juiz poderá prestar tutelas de urgência sempre que houver elementos que evidenciem a verossimilhança do direito e, conforme o caso, o perigo na demora da prestação jurisdicional ou o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

Verifica-se, portanto, que a previsão da tutela de urgência no projeto do novo Código de Processo Civil, está a gerar muitas discussões. Uma vez que, os doutrinadores citados não concordam com a Comissão de Juristas, responsável pela redação do Anteprojeto, da previsão do tratamento em conjunto da tutela cautelar e da tutela antecipada.

Conclui-se, que as críticas e sugestões são necessárias, no entanto, no que pese ao tratamento em conjunto dos requisitos da tutela cautelar e antecipada unificados no instituto da tutela de urgência, vai trazer celeridade processual.

Esta tutela vai amparar todos os casos que se mostrarem urgentes, que necessitam da rápida prestação jurisdicional. Portanto, aqueles que quiserem acautelar ou antecipar um direito pleitearão somente à tutela de urgência.

José Miguel Garcia Medina e Fernando da Fonseca Gajardoni (2010, p.46/47) ressaltam que: “Na verdade, segundo pensamos, é indiferente à tutela da urgência que a medida seja concedida a título de antecipação dos efeitos da tutela ou de tutela cautelar. O que é indispensável para a adequada tutela dos direitos é que se defira a tutela”.

Ademais se percebeu outra mudança trazida pelo projeto, que é a previsão do artigo 284. Este artigo ampliou a possibilidade de concessão da tutela de urgência de ofício. Segundo o art. 284 do anteprojeto (2010, p.110), “Em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o juiz poderá conceder medidas de urgência de ofício.” Apesar da norma ser um avanço, a praxe forense demonstra que os juízes utilizam com muito parcimônia a concessão das tutelas de urgência de ofício.

Verifica-se também que o anteprojeto cria uma seção própria para as denominadas tutelas de evidência. A tutela de evidência é concedida quando houver evidência do direito que se alega. Entende-se que a tutela de evidência na sua espécie é uma modalidade de antecipação de tutela que tem como escopo o abuso de direito, pedidos incontroversos ou matérias unicamente de direito.

Sua previsão encontra-se estabelecida no artigo 285 do anteprojeto. Em análise a este artigo, percebe-se que para que o juiz conceda a tutela de evidência o direito que irá ser invocado deve estar demonstrado para que o magistrado possa de plano visualizá-lo. José Herval Sampaio Júnior (2011, p.262) resalta a importância da regulamentação desta tutela ao dispor que:

Interessante novidade na regulamentação formal desse instituto e que até agora não está sendo criticado de maneira tão contundente como foi feito em relação às tutelas de urgência propriamente dita é a que prescreve que se na inicial houver prova documental forte, ou seja, que seja difícil de ser refutada pela parte contrária é de se antecipar a própria decisão final, eis que a continuidade do processo vai ser desnecessária, logo o que se prestigia e a economia processual e a própria celeridade já que não é razoável que o processo tenha seu seguimento normal em casos como esse somente para que se cumpra formalmente o rito, sem qualquer atendimento específico a proteção do direito da outra parte.

Por fim, conclui-se que a tutela de evidência é medida de eficácia a celeridade processual. Assim também é o entendimento José Herval Sampaio Júnior (2011, p.264) uma vez que este dispõe que é mais do que acertada a previsão desta tutela diferenciada, devendo ser prestigiada, pois aquele que não demonstra mais claramente o seu direito, deve suportar o ônus da morosidade processual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todo direito ameaçado de lesão deve ser protegido, assim as tutelas constituem um dos mecanismos que visa resguardar os direitos das partes que o invocam ao poder judiciário, devendo, portanto, ser concedido no menor prazo possível. No entanto, não é assim que funciona na prática. Sabe-se que o poder judiciário é lento e cheio de formalidades processuais e isso faz com que muitos dos direitos sejam lesionados.

Diante disso, a comissão de juristas responsável pela elaboração do projeto do novo código de processo civil, buscou informatizar o código e ao mesmo tempo prevê a instituição de uma só tutela, a chamada tutela de urgência. Neste sentido a presente pesquisa abordou o anteprojeto do novo código de processo civil face às tutelas de urgência.

Viu-se que o projeto do novo código unificou as tutelas de urgência e extinguiu por completo o livro destinado ao processo cautelar. Certamente esta previsão acarretará uma desburocratização fazendo com que se tenham menos problemas formais na utilização desses instrumentos. Conclui-se que esta previsão foi acertada, vez que unificou as espécies da tutela de urgência com a única finalidade de proteção aos direitos ameaçados, a desburocratização da justiça e a celeridade processual.

Outro ponto que apresenta desde já grande avanço é a previsão da tutela de evidência. Pois caso haja uma maior certeza do direito invocado a parte poderá usufruí-lo de plano. O juiz encurtará o tempo de duração do processo, mas não deixará de assegurar a parte contrária o direito ao contraditório e a ampla defesa.

Portanto, conclui-se que a redação do projeto, no que tange as tutelas de urgência, vem contribuir com a comunidade jurídica, haja vista a simplificação com que essas tutelas serão tratadas, fazendo com que o titular do direito invocado alcance o acesso amplo da justiça.

THE PROTECTION OF URGENCY TO THE FRONT OF THE NEW PROJECT CODE OF CIVIL PROCEDURE

ABSTRACT

The judiciary in certain circumstances, must provide prompt treatment in order to protect the rights claimed they are about to be violated and could cause serious damage to the party. Thus, the current Code of Civil Procedure allows jurisdictional are used, depending on the specific case of the legal protection of guardianship or protective. Such measures have significant peculiarities, so much so that many books arranged in the Code of Civil Procedure, 1973. However it is seen that the new Code of Civil Procedure, which is being drafted by a commission established by Act No. 379 of 2009, the President of the Senate, and chaired by the Minister of the Superior Court of Justice LuizFux, will not have a book to address the specific precautionary measures, as in current CPC. Excluding altogether, the book dedicated to the injunction process, systematically incorporating the tutelage of urgency, in 16 articles, this measure is intended to give more speed to the delivery of justice, so that the process can be used in a more appropriate and orderly what is appropriate to the contemporary designs of civil procedure.

Keyword: *Guardianship of Urgency. New CPC Project. Effectivenesscour*

REFERÊNCIAS

BARROSO, Darlan. **Manual de Direito Processual Civil – Teoria Geral e Processo de Conhecimento**. Vol.1, 2. ed. rev. amp. Atualizada. Barueri, SP: Manole, 2007.

Congresso Nacional. **Projeto de Lei nº 8.046/2010**. Dispõe sobre a Reforma do Código de Processo Civil. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/>>. Acesso em: 05 set. 2012.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

JÚNIOR, José Herval Sampaio. **O Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Salvador – BA: JusPODIVM, 2011.

JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa Wagner. **Processo Civil- curso completo**. 2. ed. ver. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FUX, Luiz. Entrevista: **Anteprojeto do novo CPC prevê recurso único**, em 24/02/2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 15 out.2012.

LEME, Fábio Ferraz de Arruda. **Breve Evolução da Chamada “Tutela de Urgência” e seu Tratamento no Projeto do Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil, 2012.

MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. **Tutela Antecipada**. 3ed, revista. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC – Crítica e Propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Medina, José Miguel. ARAÚJO, Fábio Caldas de. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Procedimentos Cautelares e Especiais**. 2.ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NETO, Bento Herculano Duarte. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. TEIXEIRA, Sérgio Torres. **Teoria Geral do Processo**. 5.ed. Curitiba PR: IESDE BRASIL, 2012.

NETO, Luiz Orione. **Tratado das Medidas Cautelares – Teoria Geral do Processo Cautelar**. Volume III, tome I. São Paulo: Lejus, 2000.

NETO, Luiz Oriente. **Processo Cautelar**. São Paulo: Saraiva,2004.

SANSANA, Maureen Cristina. Nogara. Bruno Botto Portugal. **Expectativas Trazidas pelo Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil para o Tratamento das Tutelas de Urgência**. São Paulo: Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil, 2012.

Senado Federal. **Anteprojeto**. Dispõe sobre a Reforma do Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2012.