

TUTELA DE URGÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Rafael Almeida Oliveira¹
Rosângelo Pereira da Silva²

RESUMO

O presente estudo tem o condão de trazer ao leitor as novidades referentes ao Processo Civil no sistema jurídico brasileiro. Inicialmente foi demonstrado como é o atual código, no que tange as tutelas urgentes, sua forma de aplicação e concessão, seus requisitos essenciais e o poder de cautela do juiz. Estudamos as principais diferenças entre as medidas liminares a cautelar a antecipação de tutela. É sabido que a intenção do legislador é tão somente a adequação ao direito processual com os princípios constitucionais de modo a trazer ao cidadão o maior acesso a justiça de forma célere e econômica. Observamos que a tutela cautelar visa tão somente a proteção do processo principal, tendo como principais requisitos o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, o que difere da antecipação de tutela que tem cunho satisfativo, sendo assim requer alguns requisitos especiais. Observado ainda que a cautelar pode ser concedida de forma antecedente ou mesmo incidental, lado outro, a antecipação só ocorre de forma incidental. Outro aspecto não menos importante é quanto ao princípios inseridos nas tutelas de urgência, para que seja a prestação jurisdicional prestada de forma a alcançar o seu objetivo próprio. Quanto as mudanças dentro do novo código, destaca a importância do juiz no processo, quanto a discricionariedade no seu desempenho funcional, e ainda o aumento no poder de cautela. Grande destaque também, quanto ao requisitos das tutelas, é a forma de tratamento em um único livro, fazendo assim desaparecer o livro próprio das cautelares. Ressalta ainda, que não haverá mais as cautelares específicas, devendo o juiz analisar cada caso em concreto, e qual a medida mais adequada a ser aplicada. Outro destaque grande é quanto a tutela de evidência ampliada pelo novo código.

Palavras-chave: Tutelas Urgentes; Liminares; Princípios Constitucionais

ABSTRACT

The present study has the ability to bring the reader to the news pertaining to Civil Procedure in the Brazilian legal system. Initially it was demonstrated how the current code, regarding the urgent guardianships, your application form and grant their essential requirements and the power to caution the judge. We study the main differences between the interim injunctions early relief. It is known that the intention of the legislature is merely the adequacy of procedural law as constitutional principles in order to bring citizens greater access to justice swiftly and economically. We observed that the injunctive relief seeks solely to protect the main proceedings, the main requirements and the *prima facie juris periculum in arrears*, which differs from the preliminary injunction that has satisfativo slant, so requires some special requirements.

¹ Aluno do 10º período do curso de Direito da Faculdade Atenas.

² Professor orientador do curso de Direito da Faculdade Atenas.

Also observed that the injunction can be granted on a previous or incidental other hand, anticipation occurs only incidentally. Another aspect is no less important as the principles included in the guardianship of urgency so that the adjudication is provided in order to achieve its own aims. Regarding the changes in the new code, highlights the importance of the judge in the case, as the discretion to functional performance, and even the increase in power of caution. Great emphasis also on the requirements of the guardianship is the treatment in a single book, thus making the book disappear the interim. It also highlights that there will be no more specific precautionary, and the Court will examine each particular case, and what the most appropriate measure to be applied. Another great highlight, as is the protection of evidence magnified by the new code.

Keywords: Urgent Guardianships; Injunctions; Constitutional Principles

1 INTRODUÇÃO

O objetivo da presente pesquisa vem descrever sobre tutelas de urgência no novo código de processo civil. Atualmente, estas medidas estão no código de 1973 sendo, 113 artigos de medidas cautelares, e 1 artigo e 7 incisos versando sobre antecipação dos efeitos da tutela.

Nos dias atuais quando se falam muito no principio da celeridade processual, é de extrema importância as chamadas tutelas urgentes, visto que, trata-se de alguma forma de pelo menos em parte, satisfazer a pretensão pretendida. O presente tem como objetivo demonstra a efetividade das tutelas, sua fungibilidade, tema de suma importância, posto que reclama posicionamento dos juristas face as inovações do nosso ordenamento jurídico atual.

Destaca-se ainda neste momento, que a “tutela cautelar”, “não tem um fim em si mesma, pois serve a uma outra tutela (cognitiva ou executiva), de modo garantir-lhe efetividade. É, ainda, temporária por ter sua eficácia limitada no tempo. E tende a se extinguir com a obtenção (ou não) da tutela satisfativa definitiva”.

Já no ano de 1994, com advento da lei nº 8.952/94, foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio, outra tutela de urgência que a antecipação da tutela em caráter geral no processo de conhecimento, desde que preenchidos os requisitos do art. 273 do atual código de processo civil.

Com a inovação do anteprojeto do novo código, não haverá mais distinção entre os elementos tutela cautelar e antecipada, como elementos distintos e isolados, no processo civil, mas como tutela de urgência única. Destaca-se ainda, que serão os mesmos requisitos para satisfação das medidas e, ainda, não existindo mais as

cautelares específicas. A nosso ver, isso facilita a vida dos juristas em geral, por outro lado, ficaremos a discricionariedade do juiz na aplicação das medidas asseguradoras.

Assim, destacaremos em nosso estudo e pesquisa, quais são os pontos positivos e negativos, da reforma do Código de Processo Civil no que tange as tutelas de urgência. Dentro do contexto processual atual, existe a necessidade de equilibrar o fator tempo. Atingir tal equilíbrio, por sua vez, representa, talvez, o maior desafio do processualista moderno. O direito processual não pode caminhar de forma desvinculada do direito material, não pode se resumir que a pretensão jurisdicional é apenas com a sentença, a tutela jurisdicional e mais do que isso esta liga a efetividade da prestação. Ora, se o Estado proíbe a autotutela, deve o mesmo fornecer meios para prestação efetiva da jurisdição, assim, não pode o tempo ser o culpado para desobrigar a prestação do Estado para os conflitos sociais.

As tutelas de urgência são calcadas nos juízos de verossimilhança, ou seja, para sua concessão é necessário que seja preenchidos alguns requisitos, por exemplo, o *fumus boni iuris*, a verificação de que realmente a parte dispõe da viabilidade da realização de um direito ameaçado, o *Periculum in mora*, o risco ou perigo da deterioração da coisa com a demora.

Após uma breve explanação do tema a ser desenvolvido, no segundo capítulo, falaremos das medidas cautelares e principais diferenças com as medidas liminares, como: requisitos exigidos, momentos de concessão etc., e no terceiro capítulo, serão tratados as tutelas de urgência em espécie tanto no atual código quanto no anteprojeto do novo código.

1.1 REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

Segundo os ensinamentos doutrinários, as tutelas urgentes tem eficácia de assegurar um direito futuro, e subdivide em Tutela Cautelar, e Tutela antecipada, mesmo apresentado pontos convergentes, essas medidas não se confundem.

Segundo os ensinamentos de Ovídio Baptista, a tutela cautelar se define da seguinte forma,

A tutela cautelar é uma forma particular de proteção jurisdicional predisposta a assegurar, preventivamente, a efetiva realização dos direitos subjetivos ou de outras formas de interesse reconhecidos pela ordem jurídica como legítimos, sempre que eles estejam sob ameaça de sofrer algum dano iminente e de difícil reparação, desde que tal estado de perigo não possa ser

evitado através das formas normais de tutela jurisdicional. MORAIS, Maria Christina Filgueira de.

Por sua vez, define Humberto Theodoro Jr:

Consiste, pois, ação cautelar no direito de provocar, o interessado, o órgão judicial a tomar providências que conservem e assegurem os elementos do processo (pessoas, provas e bens), eliminando a ameaça de perigo ou prejuízo iminente e irreparável ao interesse tutelado no processo principal; vale dizer: a ação cautelar consiste no direito de assegurar que o processo possa conseguir um resultado útil. JÚNIOR, Humberto Theodoro, 1997.p.362

Assim sendo, a medida cautelar, é o provimento jurisdicional provisório e eminente, que deve ser concedida quando caracterizado a urgência.

Por sua vez a Tutela Antecipada, foi introduzida no ordenamento jurídico no art. 273 do Código de Processo Civil, que nasce como instrumento de cognição sumária.

Pedro Barbosa Ribeiro conceituando a Tutela Antecipada,

O ato pelo qual o juiz, ante a prova inequívoca dos fatos articulados pelo autor, na peça exordial, e ante à verossimilhança dos fundamentos jurídicos do pedido, concede o adiantamento da tutela jurisdicional pedida, desde que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou que fique caracterizado, pelo comportamento do réu, o abuso do direito de defesa ou de seu manifesto propósito procrastinatório.

Ora, por estes ensinamentos conceituados, fica claro as diferenças existentes entre as Tutelas, enquanto a Tutela Antecipada visa a antecipação dos efeitos da sentença, ou seja, tem caráter satisfativo. A Tutela Cautelar por sua vez, visa tão somente assegurar o curso do processo, seja de execução ou de conhecimento.

Consoante à exposição de motivos do referido Projeto – presidido pelo ministro Luiz Fux e sob a relatoria da Professora Teresa Arruda Alvim Wambier – o novo diploma processual visa um sistema mais coerente de aplicação da justiça, buscando dotar o processo civil individual de procedimentos mais eficazes e menos complexos à efetivação do direito material, com inclusão de novas regras, para melhor satisfação tutelada pelas partes, que ao meu ver será de suma importância pois efetivaria com maior eficiência o princípio constitucional de acesso a justiça, e ainda a celeridade processual, e um processo com menos burocracia. Vale ressaltar que mesmo com as mudanças significativas, alguns doutrinadores não apoiam essas mudanças, porém, vale dizer, que essas mudanças devem visar primeiramente os jurisdicionados, que será o destinatário final.

Por estas razões expostas, chegamos a conclusão de que com o advento do novo Código de Processo Civil no que tange as tutelas de urgência, são modificações totalmente plausíveis, tanto no aspecto formal quanto material, dando ênfase aos princípios constitucionais do, acesso a justiça, e a, celeridade processual, e ainda, a criação de uma nova medida que é a Tutela de Evidência.

2 TUTELA DE URGÊNCIA E A ADEQUAÇÃO AO DIREITO MATERIAL

O processo jurisdicional considerada a típica forma de heterocomposição estatal de conflitos, visa que não seja feita a justiça pelas próprias mão pelo titular de um direito, fazendo assim prevalecer a paz social e ainda o acesso a justiça, preceito fundamental disposto na Constituição Federal da República.

Nesse sentido, são os dizeres de Humberto Theodoro Júnior:

O processo, nessa ordem de idéia, deve amoldar-se aos desígnios do direito material, de sorte a não simplesmente assegurar a composição do litígio e a reparação do dano que o titular do direito lesado suportou, mas a proporcionar a melhor e a mais rápida e objetiva concretização do direito da parte que tem razão. O processo tem de estar voltado para a efetividade, evitando, quando possível, o dano ou o agravamento do dano ao direito subjetivo.(JÚNIOR, Humberto Theodoro, p. 658).

Quando se trata da Tutelas de Urgência, grandes foram as expectativas do legislador na criação de medidas para que fossem asseguradas a sua efetividade.

Não resta dúvida neste contesto, que jamais poderá ser de cem por cento no resultado final daquele caso concreto. Vale dizer ainda, que o Estado por meio das tutelas diferenciadas, visa que o sistema processual, assim necessariamente precisa proporcionar aos litigantes instrumentos idôneos a combater os reflexos negativos da demora na entrega da prestação jurisdicional.

São os dizeres de Humberto Theodor Júnior a respeito:

Todas essas medidas formam o gênero “tutela de Urgência”, porque representam providências tomadas antes do desfecho natural e definitivo do processo, para afastar situações graves de risco dano à efetividade do processo, prejuízos que decorem da sua inevitável demora e que ameçam consumir-se antes da prestação jurisdicional definitiva. (JÚNIOR, Humberto Theodoro, p.658).

2.1 AS LIMINARES E A HISTÓRIA DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NO DIREITO BRASILEIRO

No direito Processual Civil, é comum a confusão entre a liminar e as medidas urgentes, ocorre que são coisas distintas.

Sob a ótica doutrinária, liminar é o que vem de início, ou seja, no momento da instauração do processo quando o juiz verifica a possibilidade do pedido, em regra, até mesmo antes da citação do réu.

Assim nos ensina Humberto Theodor Júnior:

Na linguagem jurídica, usa-se a expressão “liminar” para identificar qualquer medida ou provimento tomado pelo juiz na abertura do processo –in limine lites- vale dizer: liminar é o provimento judicial emitido “no momento mesmo em que o processo se instaura”; em regra, se da antes da citação do réu, embora o Código considere, ainda, como liminar a decisão de medida a ser tomada depois da justificação para que foi citado o réu, mas antes ainda de abertura do prazo para resposta à demanda (CPC, arts.930 e 928, e respectivos parágrafos).(JÚNIOR, Humberto Theodoro, pág. 659).

Daí deve-se diferenciar a liminar das tutelas urgentes, uma vez que, a medida liminar pode ser qualquer ato do juiz que defere um pedido do autor antes mesmo da citação do réu.

Um grande exemplo no dia a dia, é a concessão da justiça gratuita pedido pelo autor, caso que, de plano, pode ser deferido pelo juiz, por ora ou mesmo em definitivo. Nestes moldes não havendo concordância do réu, poderá após a citação impugnar o pedido do autor.

2.2 LIMINAR NEM SEMPRE CORRESPONDE À CAUTELARIDADE

Com o passar do tempo e com o crescimento da população, houve também o aumento nas demandas judiciais, conseqüentemente deixa a justiça caótica e menos célere. Ressaltando assim então, a importância de medidas assecuratórias para satisfação do direito pretendido pela parte, mesmo antes do resultado final pela sentença.

Vale dizer que, além da tutela de conhecimento e tutela executiva, foi necessário a criação da tutela cautelar, com intuito de, pelo menos em parte suprir a demora da pretensão definitiva do direito material. Importante ressaltar, que neste

momento, a intensão de satisfação da cautelar, era proteção das providências conservativas.

Não obstante neste mesmo contexto, no ano de 1994, com reforma no código de Processo Civil, foi instituído no diploma legal, a possibilidade da Antecipação da tutela, porém com requisitos mais rigorosos do que as demais cautelares. Aqui porém trata-se também diferente das liminares, pode ser concedidas pelo juiz em qualquer fase do processo, desde que preenchidos os requisitos necessários para sua concessão.

Assim, fica evidente que a liminar, é tão somente uma providencia processual no processo sem o contraditório. É sabido também que, por mais que a liminar e as demais medidas urgentes são distintas, pode-se dizer, que em um sentido amplo, ou em uma forma genérica, são elas consideradas tutelas urgentes.

No próximo capítulo, estudaremos as tutelas urgentes em espécies, no atual Código de Processo Civil, como: requisitos essenciais a sua concessão; momento da concessão; poder de cautela do juiz; da fungibilidade das cautelares; antecipação de tutela e sentença definitiva etc.

Falaremos ainda da importância das tutelas urgentes na atualidade, da proteção do processo ou interesse que lhe serve o objeto, nocivos com a passagem do tempo.

3 TUTELAS URGENTES NO ATUAL CPC

Neste capítulo falaremos das tutelas de urgência em espécie. Os princípios constitucionais que as amparam, e o instrumento da fungibilidade no âmbito processual das ditas tutelas urgentes. Trataremos também, das medidas urgentes no anteprojeto do novo Código de Processo Civil e seus benefícios para evolução processual.

3.1 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

3.1.1 TEORIA DOS PRINCÍPIOS

A Constituição da República Federativa do Brasil regula todo o ordenamento jurídico brasileiro. Assim, todas demais normas são obrigadas a segui-la, seja no âmbito material ou processual.

É importante ressaltar, que princípios são diferentes de regras, visto que, os princípios possuem dimensão de peso, devendo sempre ser analisado pelo aplicador do direito. Deve ser observado, o fim a que se destina e verificado qual o meio mais adequado.

No tocante as regras, essas por sua vez, são aplicadas no tudo ou nada, ou seja, o aplicador estará restrito a uma ou outra de modo que se o nosso sistema fosse criado apenas por regras, não haveria possibilidade de flexibilidade no momento da sua aplicação em um caso concreto. Por isto, se há conflito entre duas regras, deve ser aplicada aquela de maior validade.

Vale ainda ressaltar que não seria possível também um ordenamento apenas com princípios, e por outro lado, impossível a criação de regras sem respaldo nos princípios.

Ao criar uma norma, o legislador retira-a do mundo fático, do campo ético ou moral da sociedade, daí a de se entender que estão inseridos tais princípios. Em síntese, todos os princípios constitucionais visa assegurar ao cidadão os direitos fundamentais contra o Estado.

Neste sentido, são as lições de Antônio Cláudio da Costa Machado:

Em suma, todo esse complexo de princípios inerentes à cláusula do devido processo legal, toda essa gama de direitos ditos fundamentais, outorgados ao cidadão contra o estado no âmbito na jurisdição civil, representa, uma única idéia, apenas o anseio de aproximar mais e mais o processo da justiça substantiva e a atividade judiciária da tutela da liberdade. (Tutela antecipada, p. 60)

Os princípios gerais podem ser encontrados por toda ordem jurídica, buscando limitar o poder, são especificações desdobramentos dos princípios fundamentais. Cita-se alguns exemplos: o princípio da legalidade (art. 5º, II, CF), princípio da isonomia (art. 5º caput, inciso I, CF), princípio do acesso a justiça (art. 5º, XXXV, CF), princípio do juiz natural (art. 5º XXXVII, e LII, CF), e o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF).

3.1.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS

Tais princípios decorrem do princípio do devido processo legal que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, assegurando a todos o contraditório e a ampla defesa.

São alguns exemplos destes princípios: o princípio Instrumental, o processo deve cumprir fim social e político; princípio da isonomia, ou seja, todo cidadão deve ter igualdade de tratamento; princípio do juiz natural, que consagra somente o juiz é órgão investido de jurisdição; princípio do duplo grau de jurisdição etc. Depois de explanados alguns princípios, trataremos dos meios de efetivação no âmbito processual.

3.2 TUTELA CAUTELAR

3.2.1 INTRODUÇÃO

O processo judicial corresponde, materialmente, variados atos praticados pelos agentes da relação processual. E neste contexto, um dos principais aspectos de grande influência, é o fator tempo que se não observado, poderá causar efeitos prejudiciais ao objetivo comum da relação processual qual seja, uma adequada tutela jurisdicional.

Ora, por mais que o tempo seja um fator essencial para que os demandantes exerçam os seus direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, cita-se por exemplo, o contraditório e a ampla defesa, quando em excesso, pode oferecer prejuízos, que dependendo do caso concreto, pode ser irreparáveis, para o processo ou até mesmo para o seu objeto. Em outras palavras, é preciso que dentro do processo, seja assegurados aos litigantes o tempo para que conheça os atos processuais, a produção de provas e demais incidentes essenciais para prestação jurisdicional. Simultaneamente sendo em excesso o uso do tempo, tornará o processo prejudicado, sem utilidade ou um processo sem serventia. Entre a propositura da ação e a prolação da sentença, acontecerá alterações fáticas advindas do lapso temporal. E ante este fator, pode ocorrer o risco do processo judicial.

São infinitos os exemplos que podem acarretar o risco do processo pelo elemento tempo. Ante esta situação, manter o equilíbrio entre o processo e o tempo, é maior desafio para o legislador atual.

Assim, a tutela de urgência é a grande ferramenta que pode ser utilizada pelos sujeitos da relação processual em casos de emergência, objetivando neutralizar os efeitos nocivos da demora na prestação jurisdicional.

3.2.2 INSTITUTOS DA TUTELA CAUTELAR

A tutela cautelar é aquela que busca proteção do processo evitando que, com o lapso temporal, os danos causados sejam irreparáveis.

Neste diapasão pode-se dizer que, a cautelar, tem o condão de prevenir, oferecendo meios satisfatórios para proteção jurisdicional, antes que o fato danoso aconteça.

Mas qual seria a diferença entre a ação cautelar, processo cautelar e a medida cautelar? A ação cautelar, representa modalidade de ação que almeja proporcionar a tutela cautelar, ou seja, conservar o próprio processo.

Por sua vez, Luiz Orione Neto citando Chiovenda nos ensina sobre processo cautelar:

Uma demanda, uma resposta, uma relação jurídico processual, uma instrução, uma sentença, um objeto próprio, que é a ação acautelatória. LUIZ ORIONE NETO (2000.p.103)

Neste contexto ressalta que, o processo cautelar pode ser, preparatório ou mesmo incidental e sempre ligado ao processo principal.

E por fim concernente às, medidas cautelares”, que são aquelas determinadas pelo juiz para provimento da tutela cautelar, visando a proteção da tutela pretendida.

Para Luiz Orione Neto, conforme teoria de Chiovenda:

São medidas provisórias que correspondem a necessidade efetiva atual de afastar o temor de um dano jurídico. LUIZ ORIONE NETTO (2000.p.103)

Dessa forma, mesmo que a ligação entre a medida cautelar, a ação cautelar e o processo cautelar, não podem essas ser confundidas.

3.2.3 FUNDAMENTOS DA TUTELA CAUTELAR

Um dos principais fundamentos da tutela cautelar, é o fator tempo, é ele que de certa forma e essencial para assegurar as garantias constitucionais.

Isto posto, a importância de instrumentos de proteção como a tutela cautelar. Ou seja, mesmo que haja demora para a sentença final em um processo, são essas medidas que poderão ser usadas para segurar um direito ora pretendido.

3.2.4 FINALIDADE DA TUTELA CAUTELAR

A finalidade principal da tutela cautelar é a proteção do processo principal. Essa finalidade é as medidas oferecidas, de forma viabilizar a segurança do direito pretendido. Ou seja, ante a morosidade da justiça em consonância com o fator tempo, as tutelas são usadas para de alguma forma, mesmo que não consiga eliminar totalmente o risco de danos irreparáveis, poderá atenuar tais riscos decorrente daquela morosidade. Ora, se o Estado chamou para si a competência para dirimir os conflitos da sociedade, deverá ele fornecer meios suficientes para esta prestação, fazendo assim prevalecer os princípios constitucionais como o acesso a justiça ou até mesmo a celeridade processual e ainda a segurança jurídica.

3.2.5 CARACTERÍSTICAS DA TUTELA CAUTELAR

A tutela cautelar tem como características básicas, a Instrumentalidade, ou seja, serve a um fim específico qual seja, a proteção do processo principal, sendo por dependência ou acessória. Assim vejamos o disposto do artigo 796 do CPC.

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

Outra característica a ser observada, é a autonomia. Mesmo que a sua finalidade é a proteção do processo principal, não podem ser essas ações confundidas. Neste diapasão, é o que diz o artigo 810 CPC. Por esse dispositivo, fica claro esta característica, pois, mesmo que não seja deferido a cautelar, poderá ser proposta a ação principal.

Quanto a provisoriedade, se diz respeito a duração precária da tutela cautelar. Como a cautelar visa a proteção, a sua duração terá efeito enquanto houver o perigo de danos ao processo principal, e se não mais existe o dano ou o processo principal, perderá também a cautelar sua eficácia. Nesse sentido é o que diz o artigo 807 do CPC, ora transcrito.

Art. 807. As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem a qualquer tempo, ser revogados ou modificados.

Assim podemos dizer que a tutela cautelar além dessas características, poderão ser revogadas a qualquer tempo, ou mesmo ser alterado por outra que adequa com mais precisão a finalidade pretendida. É o que tiramos do artigo supra citado.

3.2.6 CONCESSÃO EX OFFÍCIO DA MEDIDA CAUTELAR

Baseando no princípio da inércia, a medida cautelar poderá ser concedida, em regra, pela provocação de quem a interessa. Ou seja, quem dela necessita, deverá formular pedido expresso ao julgador para sua concessão. Porém em situações excepcionais é permitido ao juiz a concessão de ofício de uma medida acautelatória, é o que expressa o artigo 747 do CPC, ora transcrito.

Art 797. Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes.

Por esse dispositivo fica claro que em casos excepcionais, pode ser concedida de ofício a cautelar pelo magistrado. Ressalta que essa concessão deve visar tão somente, a efetividade da prestação jurisdicional.

3.2.7 PRESSUPOSTOS BÁSICOS DA TUTELA CAUTELAR

A tutela cautelar igualmente os processos no geral, devem estar presentes as condições da ação como: o interesse de agir, a legitimidade das partes e a possibilidade jurídica do pedido para sua concessão.

Mas além destes requisitos, para tutela cautelar, existem dois pressupostos indispensáveis para sua concessão que são eles, *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

Quanto aos requisitos gerais, são importantes, porém não é este o foco do nosso estudo por isso não estudaremos a fundo.

Concernente aos demais requisitos indispensáveis para tutela cautelar, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, devem ser analisados de forma mais detalhada, visto que estes, trata de questão de mérito do momento da concessão pelo juiz.

O *periculum in mora*, trata-se do perigo de dano que pode ser causado pela morosidade processual. Em outras palavras, o perigo na demora da resolução do processo, causa certo receio de prejuízo ao processo principal. Assim caso o sujeito da relação processual perceba o perigo, provocará o Estado juiz demonstrando a existência de fundado temor para que lhe seja concedido a tutela cautelar.

Em consequência, deve haver o convencimento do julgador de que o perigo existe, caso haja demora no processo principal. Tal perigo existe quando há fundado receio de desvio ou deterioração de bens, pessoas ou perdas relevantes para julgamento do principal. Consoante a questão do perigo de dano, ressalta que o receio deve ser fundado a algo próximo, e além disso, deve ser grave, irreparável ou de difícil reparação. Caso preencha esses elementos, o juiz está diante da primeira exigência da concessão da medida.

Não obstante o primeiro requisito, o segundo também é de suma importância, é o chamado *fumus boni iuris*. Este refere-se a plausibilidade do direito material invocado. Vale dizer, que não é certeza a existência, porém, é oferecido ao juiz, elementos suficientes para concessão do direito material invocado. Assim preenchidos estes requisitos, poderá o juiz conceder a medida cautelar para evitar que haja prejuízo a parte requerente.

Neste contexto é importante dizer que, além desses requisitos, poderá cada cautelar específica, exigir mais alguns requisitos, visto que, falamos das cautelares em geral. Pois bem, falamos da cautelar e suas peculiaridades, podendo ser destacado ainda que sua concessão pode ser imediatamente com a propositura da ação, ou ainda, depois de ser ouvido o requerente em audiência de justificação.

3.3 TUTELA ANTECIPADA NO ATUAL CÓDIGO

Não diferente da tutela cautelar e seu processo, a antecipação da tutela, também tem o condão de prevenir os danos que pode ser causado pelo fator tempo.

Ora, dentro do contexto moderno, é importante que seja assegurado ao cidadão a razoável duração do processo ou ao menos, instrumentos para ser usado de forma a proteger o processo quando não conseguido o seu desenrolar em tempo razoável. No âmbito da antecipação da tutela, a proteção é mediante o adiantamento dos efeitos da tutela jurisdicional pretendida. Aqui de forma incidental, o juiz concede a antecipação de forma a assegurar a viabilidade que serve o objeto do próprio processo.

Vale destacar, que em vários aspectos, tanto a cautelar quanto a tutela antecipada, tem características comum, e ao mesmo tempo, características distintivas. Enquanto a cautelar visa a proteção e a conservação do processo, a tutela antecipada tem o objetivo de antecipar, mesmo de forma precária, a obtenção pretendida.

Ressalta que antes da edição da lei 8.952/94, que criou o artigo 273 do CPC, da tutela antecipada, a medida já existia antes em alguns processos específicos, mas como medidas liminares, porém, sem força como é hoje no âmbito jurídico.

Os efeitos da mudança para Antônio Cláudio da Costa Machado:

Dentre todos os avanços introduzidos na legislação do processo civil pela reforma de 1994, o instituto da antecipação da tutela é, indubitavelmente, o que mais tem a capacidade de modificar a visão negativa que as pessoas, em geral, tem da atividade jurisdicional e, de fato, ele cumprirá esse mister de fazer o judiciário ser enxergado como instrumento de justiça, e não de sua negação, se houver coragem e responsabilidade por parte dos juízes que o aplicarão daqui para frente. TUTELA ANTECIPADA (1999,p.19)

3.3.1 CARACTERÍSTICAS DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

Após breves pareceres sobre a tutela antecipada, falaremos sobre suas características. São elas: natureza de satisfação, ou seja, visa proporcionar efeitos de forma parcial ou total que coincidem com os efeitos final pretendido; é necessariamente incidental, visto que, sua concessão só acontece no curso de um processo já iniciado; quanto a eficácia, é de cunho instantâneo uma vez que, a medida é de forma imediata, não sendo necessário a execução; a sua natureza é interinal, ou seja, pode ser alterada a qualquer momento, tornando assim um provimento provisório e ainda é precária, uma vez que sua eficácia depende da decisão definitiva, ficando a esta condicionada. Tais características podem ser retiradas do próprio artigo 273 do Código de processo Civil.

3.3.2 DISTINÇÃO ENTRE A CAUTELAR E A MEDIDA ANTECIPATÓRIA E A FUNGIBILIDADE ENTRE AS MEDIDAS

Mesmo havendo várias características em comum entre as medidas, não devem ser confundidas, uma vez que, além de requisitos específicos, a tutela antecipada difere da cautelar quanto: objeto imediato, na tutela antecipada, o interesse material que serve de objeto ao processo, já na cautelar, o processo principal; quanto ao pressuposto básico, na tutela cautelar, o *periculum in mora*, na tutela antecipada, o direito é evidente; sobre finalidade, enquanto a tutela antecipada trata do direito evidente, a cautelar protege o risco de dano ao processo; no que tange a natureza, a tutela antecipada e sua maioria é de cunho satisfatório, difere da cautelar, visto que aqui, a medida é de conservação ou prevenção; é por último quanto ao momento da concessão, a tutela cautelar poderá ser de modo preparatório antecedente ou mesmo incidental. No tocante a tutela antecipada, será essa apenas de forma incidental.

É importante dizer que mesmo com clareza nestas distinções, ainda é grande a confusão entre as medidas no mundo jurídico. Ante tal situação, o legislador acrescentou o parágrafo 7º ao artigo 273 do Código de Processo Civil no ano de 2002, com intuito de proporcionar a fungibilidade entre os institutos, buscando a efetividade processual. Assim, caso o requerente em face da tutela antecipada, requerer providência de natureza cautelar, não obstará que o julgador a conceda, desde que preenchidos os requisitos. Eis aí a fungibilidade entre as medidas.

Quando se trata da fungibilidade, estaremos ligado ao princípio da instrumentalidade e finalidade. Desta forma, ao criar o dispositivo, quis o legislador com que o cidadão tenha maior aceso à justiça, sob o prisma constitucional. Na atualidade o que se preza, é a proteção jurisdicional de forma que não deve apenas preocupar com o rigor formal, mas sim com a aplicação da norma em um caso concreto e qual o fim a que se destina. É válido dizer que a implementação da fungibilidade no ordenamento jurídico, veio com o propósito de ampliar as tutelas urgentes e não de ser visto apenas como um complemento processual.

É a lição de Humberto Theodoro Júnior nesse sentido:

A regulamentação separada da tutela antecipatória não veio para o código com o propósito de restringir a tutela de urgência, mas para ampliá-la, de modo a propiciar aos litigantes em geral a garantia de que nenhum risco de dano grave, seja ao processo seja ao direito material, se tome irremediável e,

por conseguinte, se transforme em obstáculo ao gozo pleno e eficaz da tutela jurisdicional. CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL (2006.p.666).

Neste contexto é evidente que a fungibilidade visa tão somente a repressão ao perigo na demora na prestação jurisdicional e claro, sempre observado para não ser usado de má fé.

É importante salientar ainda, que o instrumento fungibilidade, não está restrito apenas no âmbito da tutela antecipada, mas presente também em outras partes do nosso ordenamento jurídico, citando por exemplo, nos recursos, nas ações possessórias etc., ou seja, deverá ser analisado sempre o caso concreto e claro, sempre respeitando o princípio da inércia.

3.3.3 EXTENSÃO E PRESSUPOSTOS

Para concessão da tutela antecipada, deve ser observado dois pressupostos genéricos:

- a) “prova inequívoca”; e
- b) “verossimilhança da alegação”.

Por ser medida de satisfação, a lei exige que além da fumaça do bom direito, é necessário que a antecipatória esteja fundada em prova inequívoca. Ora, não pode a antecipação ser embasada por qualquer alegação ou suspeita, tem que ser clara, de forma a convencer o juiz sem que paira dúvidas.

Para Humberto Theodoro Júnior conceituando prova inequívoca:

É inequívoca, em outros termos, a prova capaz, no momento processual de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca a tutela antecipada, caso pudesse ser a causa julgada desde logo. CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL (2006.p.679).

Porém deve-se ressaltar, que com a contra prova do réu, pode o juiz ficar convencido de que o autor não faz jus ao mérito, sendo assim ficará revogada a medida.

No que tange a “verossimilhança da alegação”, diz respeito ao juízo de convencimento ante as provas colocada a disposição do julgador, ou seja, vai além do

direito subjetivo material. Deve ser demonstrado o perigo de dano ou até mesmo a impossibilidade de reparação caso não seja concedido ao requerente a medida.

Outros pressupostos não menos importantes disposto no artigo 273 do CPC são: “o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou “o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”.

Quanto a extensão, a medida pode ser concedida de forma parcial ou total. Em outro contexto, o juiz concederá a antecipação nos termos do pedido do requerente, vale dizer, que a antecipação da tutela não é ato discricionário do juiz. Neste contexto é a lição de Humberto Theodoro Júnior:

Justamente porque não se trata de mero poder discricionário do magistrado, a lei exige que a decisão acerca da antecipação de tutela seja sempre fundamentada, cabendo lhe enunciar, de modo claro e preciso, “as razões do seu convencimento” (CPC, art. 273, §1). CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL (2006.p. 678).

Neste diapasão, a tutela antecipada pode ser concedida tanto na obrigação de dar, de fazer ou não fazer.

Assim concluímos que ante a evolução da sociedade e seus objetivos, nada mais importante de que seja evoluído também o direito. Com isso podemos dizer que por mais que alguns doutrinadores tem o receio de que poderá o juiz com essa evolução, e sendo colocado pela legislação em sua mão uma maior discricionariedade, como no caso da tutela antecipada, mais preciso com a redação do §7º do artigo 273, dando uma maior discricionariedade, e em algumas vezes tomar decisões arbitrárias, não há de se negar que é plausível que o direito também deve atender as necessidades atuais. Como ocorre nas demais ciências, como por exemplo a medicina, o direito também tem sua finalidade a ser alcançada, sendo assim, não pode o julgador ficar preso em um rigor formal, que em certas situações causaria danos irreparáveis a parte, daí a importância da criação dessas medidas ditas cautelares.

3.4 TUTELAS DE URGÊNCIA E EVIDÊNCIA NO ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Vislumbra-se do novo Código de Processo Civil, em especial as tutelas urgentes e de evidência, que a proposta principal do novel legislativo, é conferir a todos um principio fundamental que é a celeridade, efetiva e econômica a prestação da tutela

jurisdicional. E isso ocorre pelo fato da forma simplificada dos procedimentos, mas sempre dentro limites e respeito dos demais princípios constitucionais.

Para criação do novo CPC, foi de suma importância fazer a adequação da realidade fática atual, com o código de 1973. Assim foi possível a comissão de criação do anteprojeto desvendar as falhas do código atual para modificação no novo código. No atual CPC (1973), as principais falhas para a comissão foi, o rigor formal desnecessário, a litigiosidade exacerbada, e o sistema recursal. Sendo assim, foi necessário a criação de novos instrumentos para efetiva e tempestiva prestação jurisdicional.

Dentre as principais alterações substanciais do novo CPC em matéria de tutela de urgência estão, por tanto, as seguintes: a extinção do processo cautelar autônomo e das medidas cautelares nominadas; a sistematização da disciplina da tutela de urgência, ensejando a unificação do procedimento e requisitos de concessão das tutelas cautelares e satisfativas; a criação da possibilidade de requerer a tutela de urgência satisfativa antes do pedido principal de tutela definitiva no próprio processo em que este for formulado; a criação da possibilidade de concessão de tutela de urgência satisfativa de ofício e a criação do fenômeno da estabilização dos efeitos das medidas de urgência. Por sua vez, no que refere à tutela de evidência, verifica-se que dentre as principais alterações substanciais estão: a sistematização da sua disciplina com a da tutela de urgência; a ampliação das suas hipóteses de concessão; a definição expressa da natureza jurídica da decisão que concede tutela de urgência com base em pedido incontroverso. FENSTERSEIFER, Shana Serrão.

Ante a exposição dessas mudanças, já conseguimos falar sobre algumas questões levantadas no referente estudo.

Em se tratando de concessão das tutelas urgentes de ofício pelo juiz, seguindo um entendimento moderno, é totalmente plausível este instrumento, uma vez que, faz valer o princípio constitucional de que todos tem direito ao acesso a justiça. Ora, mediante o caso concreto o magistrado se depara com um direito subjetivo material que, caso não seja concedido, causaria danos irreparáveis ao requerente, nada obsta sua concessão. Como já estudado anteriormente, vimos que essa concessão já existe no modelo atual, porém, apenas em casos excepcionais. No novo CPC, a intenção é ampliar essa possibilidade de forma inovadora.

É importante ressaltar que, este aumento discricionário nas mãos do juiz, não resulta em restrição ou prejuízo ao processo, uma vez que, a intenção do legislador, é a celeridade processual, e não de mitigar os demais princípios como, o contraditório e a ampla defesa, e sim de acautelar ou satisfazer um direito por ora certo.

3.4.1 UNIFORMIZAÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

No novo CPC, uma das principais mudanças, é quanto ao avanço no que diz respeito a sistematização das tutelas urgentes.

A disciplina está prevista em um único título, título IX tutela de urgência e tutela de evidência (arts. 269 a 286), prevendo assim uma única disciplina para processar a cautelar e satisfativa.

Quanto aos requisitos para sua concessão é a plausibilidade do direito e o risco de dano irreparável.

Neste sentido, com a uniformização da medida e seus requisitos, conseguimos responder quanto a questões levantadas no nosso capítulo de introdução, no que se refere qual a medida a ser aplicada por não possuir modelos nominados ou mesmo requisitos específicos individuais. Fica evidente deste contexto de mudança, que a uniformização das medidas, é coerente com o modelo constitucional no que diz respeito ao processo civil. Assim no momento da aplicação da medida, será avaliado o caso concreto pelo juiz, quando aplicará a medida que melhor define o objetivo do litígio, ou seja, a sua finalidade. Ora, se é preciso apenas proteção do processo, será aplicada a cautelar, se a intensão é satisfação, a antecipação de tutela será aplicada.

Quanto ao fundamento a essa aplicação, é pelo simples fato da possibilidade de fungibilidade, caso que, a qualquer momento que o juiz verificar que a medida é inútil ao aquele momento processual, poderá substituí-la ou mesmo revoga-la, tornando o processo célere e econômico, como a redução de rigores excessivos.

3.4.2 MOMENTO DE CONCESSÃO DA MEDIDA

No novo Código de Processo Civil, a parte poderá requer a tutela, de forma antecedente ou incidenta no próprio processo. Por não existir mais no novo CPC o processo cautelar autônomo, o pedido do requerente será feito em petição no próprio processo que posteriormente será o processo principal. Aqui podemos trazer a ideia do sincretismo processual, como acontece atualmente com o cumprimento de sentença.

Neste diapasão podemos dizer então que os efeitos desta mudança influí diretamente na sociedade, uma vez que, além da celeridade do processo, a questão econômica também tem forte relevância, não precisara por exemplo, que seja pagas as

custas para o processo autônomo e posteriormente para o processo principal. Mais uma vez a adequação do modelo processual com a Constituição.

Quanto a tutela satisfativa antecedente, o novo código, permite que seu pedido seja feito antes do pedido principal, e não necessariamente de forma simultânea. Assim não é necessário o aguardo da concessão da liminar pedida no processo principal. Ainda dentro da concessão antecedente, foi criada a estabilização dos efeitos da tutela (art. 281, § 2º), que diz: caso deferido a liminar quanto a medida pelo juiz, e não sendo impugnado pelo réu, após a efetivação integral, o juiz extinguirá o processo, conservando a sua eficácia. Vale dizer que esta inovação é de grande valia, visando tão somente a celeridade na prestação jurisdicional e não fere o princípio do contraditório e a ampla defesa do réu. Outro grande efeito, será a diminuição de volumes de processo em trâmite perante o judiciário, é claro, desde que, seja satisfeita a pretensão do requerente que não dará continuidade ao processo.

3.4.3 AS MUDANÇAS NA ÓTICA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Primeiramente vale destacar que não será uma mudança na lei processual, mas sim um novo código, um novo jeito de compreender processo civil. Percebe-se a todo momento pelo estudo no anteprojeto, a sintonia do mesmo com os princípios constitucionais.

Conforme já falado, se o Estado chamou para si a responsabilidade de resolver litígios, deverá ele fornecer instrumentos necessários para resolução, e no trabalho apresentado, é o que a princípio, vem sendo demonstrado pelo novo código, que coloca para sociedade, meios mais eficazes para prestação jurisdicional, aproximando cada vez mais, os princípios constitucionais como, o acesso a justiça, a celeridade processual, economia processual etc., ao cidadão comum, e não apenas para a minoria.

A quem ainda critique o anteprojeto no que tange o aumento do poder conferido ao magistrado. No nosso estudo, demonstramos que a intensão não é essa criada pelo legislador, uma vez que o princípio da inércia, está em pleno vigor no novo código. E em especial nas tutelas urgentes, o juiz age de ofício, desde que convicto da urgência apresentada pela parte, fazendo somente prevalecer, o devido processo legal.

3.4.4 AS MUDANÇAS TRAZIDAS PELO NOVO CÓDIGO EM FACE DA SOCIEDADE

Desde a criação de Constituição de 1988, a sociedade espera a adequação do sistema processual civil aos princípios constitucionais.

Com a criação do novo código, tais princípios podem ser percebidos diretamente a sociedade em geral, visto que, a primeira, com as inovações, o processo terá uma duração razoável, de forma a não perdurar por anos e anos, por não ser excessivo seu rigor formal; a segunda, o acesso a justiça com a maior discricionariedade do juiz, para concessão das tutelas urgentes, ao requerente basta demonstrar a verossimilhança do direito alegado; e por derradeiro, quanto a celeridade e economia processual, uma vez que não será necessário a interposição de processos autônomos, sendo todos os incidentes resolvido em um único procedimento, em consequência disso torna-se a demanda econômica e célere.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As considerações feitas no presente estudo quanto as tutelas urgente, encontra grande supedâneo nos estudiosos do processo civil constitucionais, qual está inserido os princípios constitucionais ao direito material.

Neste contexto, caso seja aprovado o projeto do novo CPC, estaremos ante uma grande evolução histórica do direito processual civil, na base do princípio do acesso a justiça. Em tempos modernos, onde a evolução da sociedade ocorre de forma avassaladora, é de valia importância a evolução da ciência jurídica.

Com a criação do novo código, foi chamada a atenção quanto ao poder discricionário do juiz para concessão de ofício das tutelas urgentes. Chamamos a atenção ainda para tutela de evidência, aquele quando está diante de um direito claro de fácil percepção, sem a necessidade de demonstrar o dano irreparável.

Outro aspecto importante é quanto a criação da estabilização, que caso o réu não conteste o pedido do autor, poderá o juiz extinguir o processo, tornado ainda mais célere o processo.

Assim fechamos a ideia de que, com a chegada do novo código, não será resolvidos todos os problemas do sistema processual brasileiro, seria um pensamento

utópico, mas fica evidente o amadurecimento do legislador, ao fornecer instrumentos adequados para que as partes tenha seu direito material amparado de forma objetiva.

REFERÊNCIAS

JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil. 39 ed. São Paulo: Forense, 2006.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Tutela Antecipada. ed. Revista 3. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

NETO, Luiz Orione. Tratado das Medidas Cautelares. v. 3, Exe. 1, Lejus, 2000, <http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/358-artigos-jun-2012/8566-tutela-de-urgencia-e-tutela-da-evidencia-no-novo-codigo-de-processo-civil-uma-analise-critica-a-luz-da-constituicao-federal>. Acesso em: 12 jun. 2013.

MORAIS, Maria Christina Filgueira de. A cognição e as tutelas de urgência no processo trabalhista. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1998, 20 dez. 2008 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12111>>. Acesso em: 16 jun. 2013.