

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Lucas Daniel Bordin

FORMAS DE TUTELA DE URGÊNCIA E DE EVIDÊNCIA

Casca
2013

Lucas Daniel Bordin

FORMAS DE TUTELA DE URGÊNCIA E DE EVIDÊNCIA

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Faculdade de Direito, da Universidade de Passo Fundo, Campus Casca, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação da professora Me. Marlova Stawinski Fuga.

Casca
2013

Aos meus pais, pela oportunidade que
me deram, pelo carinho e dedicação que
me criaram e pelo amor incondicional
que proporcionam.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me concedido o privilégio de viver e
aprender.

Aos meus pais pela oportunidade que me deram, pelo
carinho e dedicação que me criaram e pelo amor
incondicional que proporcionam.

Aos meus irmãos pelos laços que temos.

Aos amigos pela companhia agradável, pelos momentos
alegres e nos difíceis compartilhados.

Aos colegas do Curso de Direito, pela convivência durante
esses 05 anos nos bancos acadêmicos.

Aos Mestres, em especial à minha Orientadora, Professora
Marlova Stawinski Fuga, pelo conhecimento que fez
brotar em mim e a vontade de buscar cada vez mais.

Agradeço a minha supervisora, Dra. Caroline Picolli
Rodolfo, Defensora Pública do Estado, pelos
ensinamentos e pela compreensão.

Agradeço, por fim, a todos que de alguma forma ajudaram
a chegar até aqui e que me incentivam a não parar, mas
sim, lutar para conquistar “o meu lugar ao sol”.

RESUMO

O objetivo do presente estudo é analisar os institutos das cautelares e da antecipação de tutela, à luz do princípio Constitucional do devido processo legal, as inovações que serão trazidas pelo Código de Processo Civil, perquirindo, a efetividade e a celeridade processual à vista do procedimento das chamadas tutelas da evidência, tendo em vista a morosidade do Poder Judiciário que assola a população. O método utilizado para o desenvolvimento da presente monografia é o método bibliográfico, através de consultas à doutrina, artigos e à lei. Utilizou-se ainda, o método funcionalista e histórico, pois calcado na evolução social. A abordagem do tema deu-se de forma hermenêutica, interpretando-se as disposições da lei, da doutrina e de artigos. Discorre-se acerca das de direitos fundamentais ligados à estas tutelas. Explica-se o conceito de tutela de urgência. Exemplificam-se as hipóteses cabimento das tutelas de urgência e buscam-se as considerações trazidas pelo projeto de novo Código de Processo Civil, analisando as tutelas da evidência como uma forma de buscar a efetividade jurisdicional. Percebe-se que o legislador, paulatinamente esteve modificando a processualística, ligando-a aos princípios da celeridade, economia, segurança jurídica e, principalmente, ao devido processo legal, começando das medidas conservacionistas (tutelas cautelares), passando pela tutela satisfatória (antecipação de tutela), e hodiernamente, pretendendo a condensação de ambas (tutelas de urgência e da evidência), em uma forma de efetivação do acesso à justiça, bem como, sua eficiência frente ao litígio posto sob a apreciação da jurisdição.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Ampla defesa. Celeridade processual. Tutela antecipada. Tutela cautelar. Tutela da evidência.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA.....	10
1.1 Evolução Constitucional.....	10
1.2 Conceito de princípio	12
1.3 Do acesso à justiça.....	14
1.3.1 A urgência e o devido processo legal	16
2 TUTELAS DE URGÊNCIA	20
2.1 Conceito de tutela de urgência.....	20
2.2 Espécies de tutela de urgência	21
2.3 Hipóteses de cabimento no atual Código de Processo Civil	29
3. INOVAÇÕES NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL QUANTO AS TUTELAS DE URGÊNCIA E EVIDÊNCIA.....	36
3.1. O escopo do processo	37
3.2 As tutelas de urgência e da evidência no projeto do novo Código de Processo Civil.....	39
3.3 Os passos da antecipação de tutela no ordenamento jurídico italiano.....	47
CONCLUSÃO.....	50
REFERÊNCIAS	53

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por escopo a identificação das tutelas de urgência no ordenamento jurídico brasileiro vigente, buscando ressaltar e explanar acerca da existência das chamadas tutelas antecipadas, bem como o procedimento cautelar. Outrossim, perquire-se as novas medidas adotadas no projeto de Lei n. 8046/10 que traz em seu bojo o regime jurídico das chamadas tutelas de urgência e tutelas de evidência, à luz de um processo constitucional.

Analisar-se-ão os institutos das cautelares e da antecipação de tutela no vigente Código de Processo Civil, à luz do princípio Constitucional do devido processo legal, bem como, as inovações trazidas pelo projeto de novo Código de Processo Civil com o intuito de averiguar a efetividade e a celeridade processual à vista do instituto das chamadas tutelas da evidência é o que se busca.

Para tanto, justifica-se a monografia acerca deste tema não só as questões jurídicas, mas também em questões sociais, uma vez que, mais do que o Poder Judiciário está interessado em efetivar a tutela jurisdicional, está a sociedade como um todo envolvida em um sentimento de concretização justa e adequada de sua pretensão, almejando uma solução juridicamente sustentável, com vistas à efetiva prestação jurisdicional através das ideias incorporadas no projeto de Lei do Senado n. 166/2012, no que tange às tutelas de urgência e da evidência, não deixando assim, as partes afastadas da realização da prestação prevista no art. 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal¹, principalmente quando houver uma ameaça a direito.

Assim, para que seja concretizada esta monografia, utilizar-se-á o método bibliográfico, através de consultas à doutrina e a artigos publicados acerca do tema em questão. Também, utilizar-se-á o método funcionalista e histórico, haja vista a necessidade de compreender a evolução social e suas peculiaridades frente a uma modernidade líquida, bem como sua função social.

¹ Artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal: [...] - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito[...]

O método de abordagem utilizado é o hermenêutico, eis que possui melhor adequação ao tema proposto. Caracteriza-se o método hermenêutico pela descoberta do conhecimento, e em se tratando de algo que possui abstração, vez que, analisa-se um projeto de Lei e seus procedimentos. Assim, interpretar-se-ão os sentidos revelados e ocultos dos textos jurídicos e da Lei.

O presente trabalho será dividido em três capítulos. No primeiro capítulo será abordada evolução histórica das Constituições brasileiras, As tutelas de urgência surgem para que o aplicador do direito tenha instrumentos hábeis à concretização da celeridade processual, buscando meios que amenizem a morosidade da prestação jurisdicional, analisando-se também, a evolução das Constituições. Ainda, discorrer-se-á acerca dos princípios basilares que regem a processualística moderna, como o princípio do acesso à justiça e do devido processo legal.

Em um segundo momento, tratar-se-ão os institutos das tutelas de urgência. Tem-se que esses institutos possuem como espécies as cautelares e antecipações de tutela, as quais são decisões judiciais baseadas na cognição sumária, sem análise profunda dos fatos são efetivas para tutelar, *prima facie* o bem da vida postulado pelo autor. Perceber-se-á que essas medidas dão-se mediante uma cognição sumária de um alegado direito à mercê de um risco iminente ou atual, buscando um resultado prático útil (assecuratórias) ou até mesmo a antecipação dos efeitos do bem da vida buscado em via judicial, satisfazendo seu objetivo.

Por fim, discorrer-se-á e analisar-se-ão as modificações que serão trazidas ao ordenamento jurídico vigente com a aprovação do projeto de novo Código de Processo Civil, qual seja, o projeto de Lei n. 8046/2010, em trâmite no Congresso Nacional. Objetivando-se amenizar a morosidade do Poder Judiciário, que atinge a todos aqueles que dele necessitam para ver valer os seus direitos, busca-se uma solução adequada para a situação em que o detentor de um direito possa, a *prima facie* ver-se tutelado pelo Estado-juiz em um decurso de tempo que não lhe prejudique ou ameace seu direito

Estudar-se-á se as inovações processuais trazidas pela Lei 8046/2010, em especial ao tocante às tutelas de urgência e da evidência são elementos que conduzirão à efetividade do processo civil, reforçado por seu modelo constitucional.

Desta forma, perquire-se se o regime das tutelas de urgência e evidência no novo Código de Processo Civil revelar-se-á como instrumento capaz de concretizar o princípio da eficiência processual.

1 DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA

As tutelas de urgência surgem para que o aplicador do direito tenha instrumentos hábeis à concretização da celeridade processual, buscando meios que amenizem a morosidade da prestação jurisdicional.

1.1 Evolução Constitucional

Primeiramente, insta discorrer acerca da evolução das Constituições que vigoraram no ordenamento jurídico brasileiro, com o fito de analisar as principais mudanças ocorridas ao longo do tempo.

A origem da primeira Constituição no ordenamento jurídico brasileiro teve seu marco na ideia fundamental de limitar o poder dos governantes, estabelecendo-se poderes supremos, formulação de direitos tidos como garantias individuais e sociais, distribuição de competência, transmissão e exercício da autoridade, revelando-se na estrutura e regime político de um Estado. (BONAVIDES, 2013, p.38).

A primeira Constituição, do Brasil foi uma outorgada por D. Pedro I em 25 de março de 1824, e trouxe em seu bojo os princípios do liberalismo francês, outorgou liberdade de consciência, aboliu as penas cruéis e autorizou ao Imperador, mediante o poder Moderador prezar a independência e a harmonia e equilíbrio entre os outros três poderes. (CRETTELA JR, 2000, p. 30).

Em 1889 ocorreu a Proclamação da República. Sob a égide de um Governo Provisório, constituído por Marechal Deodoro da Fonseca e por orientação de Rui Barbosa, em 1891 foi promulgada a Constituição Republicana, embasada nos princípios fundamentais adotados pela Constituição Americana, como a autonomia aos Estados, consagrou o *habeas corpus*, o direito de propriedade, a inviolabilidade do domicílio, etc.. (CRETTELA JR, 2000, p. 31-34).

Com o movimento revolucionário e a deposição de Washington Luís, presidente da república em 1930, e a assunção de Getúlio Vargas no poder, o Governo Provisório passou a exercer com plenitude as funções legislativas e executivas. As garantias constitucionais, por força do artigo 5º do Decreto 19.398 restaram suspensas no tangente aos atos governamentais². (CRETTELA JR, 2000, p. 39-42).

Após um cenário ditatorial, a terceira Constituição Republicana foi promulgada. E em 1934, veio a por termo ao período do governo provisório estabelecido em 1930, declarando serem órgãos da soberania nacional o poder Judiciário, Legislativo e Executivo, independentes e harmônicos. A competência privativa em legislar da União, os preceitos e princípios que os Estados deveriam observar em suas organizações judiciárias e a segurança nacional, a ordem econômica e social, etc. (CRETTELA JR, 2000, p. 42 - 43).

Em 1937, Getúlio Vargas dissolve a Câmara e o Senado, revoga a Constituição de 1934 e promulga a Carta de 1937, implementando uma nova ordem chamada de Estado Novo. A fim de aprova-lo prometeu plebiscito, mas nunca o convocou. Em suma, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil teve como preocupações fortalecer o poder executivo, reduzir o poder do parlamento, limitar os direitos de liberdade, segurança e propriedade ao bem público. Porém, o que ocorreu foi pura ditadura. Poder legislativo e executivo concentrado nas mãos do presidente. (SILVA, 2012, p. 83-84).

Após a II Guerra Mundial, em 1946 surge a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, consagrando os princípios cardeais do regime representativo e a conservação dos regimes políticos do Brasil (sistema bicameral), seguindo os passos das Cartas de 1891 e 1934. (SILVA, 2012, p. 84-87).

Com um movimento militar instaurado em 1964, expediu-se um Ato Institucional, que manteve a ordem até então vigente, porém impôs várias cassações e suspensões de direitos políticos. Neste clima, a Constituição de 1946 sofreu vinte e uma emendas até que em 1967 entrou em vigor uma nova Constituição. Esta Constituição preocupou-se mais com a segurança nacional, reformulou o sistema tributário nacional, bem como suspendeu os direitos e garantias constitucionais restringindo a autonomia individual, mostrando-se a mais autoritária depois da Constituição de 1937. Com as crises vindouras, veio o ato institucional

² Artigo 5º do Decreto 19.398 de 11 de novembro de 1930: ficam suspensas as garantias constitucionais e excluída a apreciação judicial dos decretos e atos do Governo Provisório ou dos interventores federais, praticados na conformidade da presente lei ou suas modificações ulteriores.

nº 5, o qual rompeu com a ordem constitucional, sendo considerado o instrumento mais autoritário da histórica política do Brasil. (SILVA, 2012 p. 87-89).

Finalmente, com o início da Nova República, idealizada por Tancredo Neves, surgiu a necessidade de uma nova Constituição, democrática e social que deveria ser elaborada pela Assembleia Nacional Constituinte. Esta comissão, livre e soberana deveria concretizar o sonho brasileiro. Contudo, a morte de Tancredo Neves antes de assumir a Presidência postergou as esperanças. O então vice-presidente, José Sarney, assumiu a presidência e enviou ao Congresso Nacional a Emenda Constitucional nº 26, a qual convocou uma nova constituinte. Esta constituinte trouxe para o bojo do mundo jurídico a Constituição Cidadã pois, diferentemente das outras Constituições compreendeu títulos que cuidam dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, os direitos e garantias fundamentais de todos e quaisquer cidadãos, abrangendo os direitos coletivos e individuais, os direitos sociais, a nacionalidade, os direitos políticos, bem como a organização do Estado e seus poderes. (SILVA, p. 88-90, 2012).

Dessarte, vislumbra-se que a evolução histórica das Constituições brasileiras seguiram o escopo de concretizar os direitos humanos e fundamentais, concretizando-se um Estado Democrático de Direito e erigindo o homem ao centro das disposições.

1.2 Conceito de princípio

Feito um breve histórico da evolução do sistema Constitucional, imperioso discorrer acerca dos princípios basilares que regem a processualística moderna.

José Afonso da Silva afirma que princípios “são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas” confundindo-se muitas vezes com valores e bens. E segue o mesmo autor, citando Gomes Canotilho e Vital Moreira que os princípios são a base das normas jurídicas, podendo estar positivados no ordenamento jurídico ou implicitamente absorvidos na organização do sistema jurídico. (2012, p. 92).

Ainda, tem-se que os princípios são absolutamente dotados de obrigatoriedade, validade e vigência e que pertencem ao mundo do ser e do dever ser. São as orientações de caráter

global e fundamental que alicerçam o Estado Democrático de Direito e justificam as diretrizes da ordem jurídica, tendo traço de normatividade. Esta por sua vez faz com que os princípios unifiquem o conjunto das normas, vinculando os órgãos de aplicação das leis, unificando as leis e regras, sobrepondo-se às outras fontes de lei, programando suas disposições, bem como servindo como orientação suprema e atingindo a todos os cidadãos. (BONAVIDES, 2013 p.256-258).

À *contrario sensu*, normas são preceitos que tutelam vínculos ou vantagens, reconhecendo às pessoas ou entidades direitos ou deveres, abstenções ou ações em favor de outrem. Contudo, os princípios são concebidos como uma espécie de norma. (SILVA, p. 88-90, 2012).

Robert Alexy refere que,

[...] Los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos em diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. [...] Em cambio, las *reglas* son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más nem menos³. (2002, p. 86-87) (grifo do autor).

E segue o autor distinguindo as regras dos princípios aduzindo que,

Los principios ordenan que algo debe ser realizado em la mayor medida posible, teniendo em cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. [...] Las reglas exigen que se haga exactamente lo que em ellas se ordena, contienen una determinación em el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas. (2002, p. 99) (grifo do autor)⁴

Assim, são os princípios mandados de otimização, ou seja, ordenam fazer uma coisa na máxima medida possível. Já as regras são normas cuja medida de aplicação já vem

³ Tradução do autor: Os princípios são mandados de otimização, que se caracterizam pelo fato de que eles podem ser atendidos em diferentes graus e a medida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também da lei. [...] Em contrapartida, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve-se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos

⁴ Tradução do autor: Os princípios ordenam que algo deve ser realizado na maior medida possível, tendo em conta as possibilidades jurídicas e fácticas. [...] As regras exigem que se faça exatamente o que elas ordenam, contém uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fácticas.

previamente definida, enquanto princípios são normas cuja medida de aplicação deve ser definida pelo julgador, em cada situação de aplicação.

Jungidas nos princípios constitucionais, encontram-se as garantias fundamentais, das quais o acesso à justiça e o devido processo legal a integram. Estas garantias constitucionais tutelam o direito dos cidadãos.

1.3 Do acesso à justiça

Ab initio, insta consignar que, ao analisar o princípio do acesso à justiça, verifica-se que no mesmo princípio, a uma hermenêutica, incide outros dispositivos constitucionais, tais como o devido processo legal, a celeridade processual, a efetividade, a instrumentalidade de formas, dentre outros. Desta maneira, tem-se que, para a realização de um acesso à justiça justo, deve-se atentar para a aplicação de forma retilínea e harmônica destas balizas direcionais-constitucionais.

O aludido princípio nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque significa:

Acesso à justiça, ou mais propriamente, acesso à ordem jurídica justa, significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado. Ninguém pode ser privado do devido processo legal, ou, melhor, do devido processo constitucional. É o processo modelado em conformidade com garantias fundamentais, suficientes para torná-lo équo, correto, justo. (2003, p.71).

Tal princípio encontra-se insculpido no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, revelando-se não só como meio repressivo a uma violação de um direito, mas também tutela, em via preventiva, qualquer ameaça a direito. Todavia, “para que haja o acesso à justiça efetivo, deve-se demandar e defender-se adequadamente, não se confundindo, tão-somente com o recebimento do processo ou a possibilidade de ingresso em juízo.” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2002, p. 33).

Assim, tem-se que o acesso à justiça agrega, sinteticamente, as garantias e princípios processuais, pois, como ensina Cândido Dinamarco:

Mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja a nível constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial. Chega-se à ideia do acesso à justiça, que é o polo metodológico mais importante do sistema processual na atualidade, mediante o exame de todos e de qualquer um dos grandes princípios. (2003, p. 372).

Logo, somando-se o acesso à justiça com os axiomas dos demais princípios a ele inerentes, estar-se-á buscando a efetividade jurisdicional, pois mesmo não alcançando a almejada procedência da ação, efetivamente atingiu o objetivo primordial, qual seja, a resposta do Estado, pelo Poder Judiciário, dizendo o direito aplicável ao caso concreto posto *sub judice*.

Nesta senda, entende-se que ao cidadão é garantido o direito de movimentar a máquina judiciária dispondo de todo e qualquer subsídio que interesse à defesa de seus direitos, porém, o acesso à justiça não se vincula a um juízo de procedência, pois ao réu também é assistida a referida garantia constitucional. (DESTEFANNI, 2002, p. 152). Assim, o princípio do acesso à justiça consubstancia-se na busca pela efetiva prestação jurisdicional, alicerçando-se nos pilares de um Estado Democrático de Direito.

Sérgio Sérulo da Cunha assevera que

A maior ofensa ao direito à jurisdição é a denegação de justiça. Ela se verifica tanto na impossibilidade de acesso à jurisdição (impossibilidade formal ou material de estar em juízo) quanto na forma como esta se exerce (restrições legais ou práticas aos direitos de ser ouvido, de ver suas alegações apreciadas por um juízo isento, de utilizar e esgotar os meios de defesa (2004, p.187).

Para a eficácia desta garantia, percebem-se profundas mudanças ao longo do tempo em nosso sistema judiciário, tais como a Assistência Judiciária Gratuita⁵, a instituição das

⁵ Lei Federal n. 1060/50: [...] Artigo 2º: “Gozarão dos benefícios desta Lei os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho. Parágrafo único. - Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família[...]”.

Defensorias Públicas, bem como, procedimento processual especial, definido pela Lei n. 9099/95, a qual criou os Juizados Especiais. Nessa ótica, a situação econômica do cidadão vai ao encontro com o acesso à justiça já que, o Judiciário está de portas abertas para qualquer cidadão, independente da renda auferida.

Nesse ínterim, vê-se que à parte assiste o direito subjetivo de buscar o Judiciário para resolver seus litígios, porém, objetivando que a resposta do Estado lhe seja, senão favorável, pelo menos passível de ser analisada dentro de um contexto que englobe o acesso à justiça, não na acepção literal da palavra, mas sim, na axiologia que vem carregada das demais bases de um Estado Democrático de Direito, como a celeridade processual, a efetividade e a duração razoável do processo.

Tem-se que, outrossim, que efetivar os cidadãos à classificação de sujeitos de direitos, partindo-se de uma escalonada educação que começa nos primórdios, desde a infância na família, na escola e nas ruas, sabendo-se que o processo jurisdicional serve para a efetivação do direito material. (CUNHA, 2004, p 186-187)

Percebe-se, pois, que o acesso à justiça, na medida em que agrega elementos do devido processo legal, garante à parte que, temendo que a tutela jurisdicional demore a se efetivar, ou, por qualquer outro meio lesivo, a evocação das tutelas de urgência, as quais, quando presentes seus requisitos autorizadores devem ser prestadas pelo juízo de maneira efetiva, sob pena de mitigar a garantia constitucional insculpida no inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

1.3.1 A urgência e o devido processo legal

As tutelas de urgência são evocadas quando há um risco de mitigar direitos com a não efetivação da tutela jurisdicional. Diante deste quadro, são elas, as medidas de urgência, o remédio que possibilita antecipar, ou acautelar, em um lapso sumário de tempo a prestação jurisdicional efetiva, ainda que, posteriormente não venha a ser definitiva.

Visa, pois, que o direito postulado pela parte não se perca pelo transcurso do tempo que muitas vezes não respeita o princípio da celeridade processual, previsto expressamente no artigo 5º, LXXVIII⁶, da Constituição Federal de 1988.

Sérgio Sérulo da Cunha leciona que “processo legal é o processo, regido pela norma jurídica, necessariamente utilizado pelo governo no exercício de sua atividade de produzir e aplicar o Direito”. (2004, p. 188). E segue o autor afirmando que o devido processo legal deve corresponder e se correlacionar com a racionalidade, moralidade, interesse público, impessoalidade, publicação e eficiência. A racionalidade é a proporção entre a causa e sua explicação, fazendo às vezes do ter conhecimento sobre como fazer, é o bom senso.

A moralidade é a adequação do direito às normas da moral, mas não se confunde com o imperativo categórico de Kant, sendo institucional pois estrutura todo um sistema jurídico, antecedendo a Constituição e o Direito. Neste ponto, assevera que a moral não interessa o que se pensa, e sim, a ação tomada pelo sujeito constitui-se o ponto a ser julgado, sendo, portanto, subjetiva. (PONTES DE MIRANDA, 1980, p. 151).

O interesse público refere-se à necessidade que o processo deve ter para satisfazer os anseios sociais. A impessoalidade por seu turno, trata de que agentes de governo devem manter posturas padrões, não se inclinando à satisfação de um particular (por isso o CPC trata da suspeição e do impedimento). (2004, p. 189-199).

Neste diapasão, as medidas de urgência são o meio adequado a antecipar a pretensão mediata da ação ou acautelar o provimento final. Destarte, na busca por uma justiça não morosa, vê-se que o legislador possibilitou a flexibilização procedimental do próprio processo, adiando o contraditório e a ampla defesa, na medida em que permitiu que, *in limine litis* e *inaudita altera parte* a antecipação dos efeitos buscados na contenda.

Contudo, mister a análise dos procedimentos previstos no Livro III do Código de Processo Civil e na Lei n. 8952/94⁷ à luz do princípio do devido processo legal, ou *due process of law*, previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988⁸.

⁶ Artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988: “[...] a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

⁷ A Lei 8952 de 1994 instituiu as tutelas antecipadas no Código de Processo Civil.

⁸ Artigo 5º da Constituição Federal de 1988: “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: [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal[...].”

Em uma análise genérica, vê-se que ele abrange a tutela aos bens da vida em seu sentido mais amplo, caracterizando-se pelo trinômio vida-liberdade-propriedade. (NERY JÚNIOR, 2004, p. 63).

O princípio do devido processo legal, para fins meramente acadêmicos subdivide-se em procedimental e substancial. Diz-se procedimental quando se vislumbra este princípio na instauração, desenvolvimento e conclusão de um processo em consonância com as garantias processual pré-estabelecidas. Nelson Nery Júnior arrola as seguintes garantias provenientes desta divisão procedimental:

a) direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação; b) direito a um público e amplo julgamento; c) direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante os tribunais; d) direito ao procedimento contraditório; e) direito de não ser processado, julgado ou condenado por alegada infração às leis *post factum*; f) direito à plena igualdade entre acusação e defesa; g) direito contra medidas ilegais de busca e apreensão; h) direito de não ser acusado e nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas; i) direito à assistência judiciária, inclusive gratuita; j) privilégio contra autoincriminação. (2004, p. 69-70).

De outra banda, para Paulo Fernando Silveira: “[...] maneira pela qual a lei, o ato administrativo, ou a ordem judicial, são executados”. (1997, p. 80).

Já no tocante ao aspecto substantivo do princípio em comento, assevera Julianio Vitor Lima que

[...] está relacionado à legalidade em todos os âmbitos seja legislativo, administrativo ou jurisdicional, não podendo, a sua identificação, estar simplesmente relacionada ao princípio da razoabilidade. A definição do que é ou não razoável é algo subjetivo e que carece de critérios legais que possam conceituá-lo. Assim sendo, a utilização da relação entre “devido processo legal substantivo” e “razoabilidade” acaba por se tornar uma justificativa plausível para a arbitrariedade estatal no exercício de suas funções, o que é totalmente incompatível com o atual paradigma do Estado Democrático de Direito, fundado no império da lei sobre todo o ordenamento jurídico e na concepção de que todo o poder tem o povo como sua fonte de legitimação, de forma que os órgãos estatais somente o exercem por delegação. (2008, p.60).

Deveras, percebe-se que a o aspecto substantivo do devido processo legal, bem como o aspecto procedimental, não podem caminhar separados sob pena de não garantir às partes uma solução juridicamente justa ao conflito posto em apreciação pelo Poder Judiciário, eis que o aspecto substancial diz respeito à criação, matéria e conteúdo da lei e o procedimental refere-se como será aplicada a mesma.

Assim, quanto à aplicação das tutelas de urgência, sob o prisma do *due process of law*, não se torna inconstitucional pois os direitos já líquidos e certos e que necessitam de proteção antecipada e sumária já passou por um devido processo legislativo. Disso, extrai-se o ensinamento de José Roberto dos Santos Bedaque:

A garantia constitucional da tutela jurisdicional somente se cumpre efetivamente se forem asseguradas plenas condições de obtenção tempestiva da proteção requerida. Isso pressupõe o poder de pleitear a adoção de medidas idôneas e suficientes para adequar, em tempo hábil, a situação de fato à realidade jurídica afirmada. São providências destinadas a eliminar os inconvenientes causados pelos efeitos do tempo necessário à plena cognição dos fatos e fundamentos desse suposto direito. Inafastável, portanto, a necessidade de um provimento jurisdicional destinado a eliminar qualquer risco decorrente da demora na oferta da prestação requerida. Trata-se, sem dúvida, de proteção inerente à garantia constitucional do direito de ação, que não pode ser objeto de restrição por parte do legislador ordinário. (2003, p. 81-82).

Portanto, após discorrer sobre os aspectos do devido processo legal, e analisado que o deferimento das tutelas de urgências tem por escopo a garantia e resguarda de um direito que possa ser lesionado, tem-se que, como os direitos fundamentais já passaram pelo crivo de um processo constitucional democrático, não fere o princípio do devido processo legal, vez que facilitam o acesso a direito com conteúdo específico.

2 TUTELAS DE URGÊNCIA

As tutelas de urgência encontram amparo constitucional, seja na disposição do acesso à justiça, seja pelo devido processo legal. Agora, perquire-se seu conteúdo em si, buscando a explicação e aplicação dessas medidas.

2.1 Conceito de tutela de urgência

As tutelas de urgência encontraram respaldo no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei n. 8952/94, que inseriu o instituto da tutela antecipada no Código de Processo Civil de 1973, vindo posteriormente a ser incrementada com a promulgação da Lei n. 10.444/2002, que passou a tratar em seu artigo 273, §7º⁹ a fungibilidade recíproca entre as antecipadas e as cautelares.

Também as tutelas de urgência revelam-se nas disposições do Livro III, do Código de Processo Civil, mas neste ponto, sob o procedimento cautelar, que no ponto de vista processual busca viabilizar a adequada prestação jurisdicional posterior, por isso, acautelatória.

Ainda, vislumbram-se as tutelas de urgência nos procedimentos especiais concernentes às liminares nas possessórias, no Mandado de Segurança¹⁰ e nas tutelas inibitórias, que no ordenamento jurídico pátrio está inserida nos artigos 461¹¹ do Código de Processo Civil e artigo 84¹² do Código de Defesa do Consumidor.

⁹ Artigo 273 do Código de Processo Civil: “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: [...]§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.”

¹⁰ O mandado de segurança foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e encontra-se inserido dentre as Garantias e direitos fundamentais do Cidadão, no inciso LXIX e LXX do artigo 5º da Constituição de 1988. A norma que disciplina o Mandado de Segurança é a Lei Federal 12016/2009.

¹¹ Artigo 461, do Código de Processo Civil: “ Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 1º - A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. § 2º - A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (Art. 287). § 3º - Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante

Para Ricardo Alessandro Castagna “considera-se tutela de urgência o provimento autônomo ou dependente destinado à prestação da tutela jurisdicional em tempo inferior àquele inerente ao processo plenário e exauriente, para proteção ou satisfação de um direito material debatido em juízo”. (2008, p. 111).

Logo, as tutelas de urgência pautam-se na condição de quem está propondo a ação, consistindo-se em medidas tomadas pelo juiz, mediante uma cognição sumária de um alegado direito à mercê de um risco iminente ou atual, buscando um resultado prático útil (assecuratórias) ou até mesmo a antecipação dos efeitos do bem da vida buscado em via judicial, satisfazendo seu objetivo.

2.2 Espécies de tutelas de urgência

Como visto, as tutelas de urgência tem como espécies as cautelares e a tutela antecipada. Resta agora discorrer acerca dos principais pontos concernentes a cada uma delas. Cediço é que apesar de apresentarem pontos convergentes, devido à fungibilidade, as medidas não se confundem. Veja-se a jurisprudência, *verbis*: “Tutela antecipada não se confunde com medida liminar cautelar, eis que nesta a providência se destina a assegurar a eficácia prática da decisão judicial posterior, enquanto que naquela existe o adiantamento do próprio pedido da ação”. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. 5ª Câmara Cível. Agravo de instrumento 4.266. Relator: Desembargador Miguel Pachá. Rio de Janeiro, RJ, 10 de dezembro de 1996).

justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. § 4º - O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5º - Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. § 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

¹² Artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. § 2º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil). § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu. § 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.”

Ainda

Não se confundem medida cautelar e tutela antecipada. Na primeira basta fumaça de bom direito e perigo de dano. Na segunda, exige-se que a tutela corresponda ao dispositivo da sentença; haja prova inequívoca, capaz de convencer o juiz da verossimilhança das alegações; fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Tudo isso mediante cognição provisória, com audiência do demandado, que só pode ser dispensada em casos excepcionais.”(SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. 3ª Câmara Cível. Agravo de instrumento 96.001.452-7. Relator: Desembargador Amaral e Silva. Florianópolis, SC, de 30 de abril de 1997).

Para Ovídio Batista da Silva, a cautelar é assim definida:

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. (2000, p. 339).

Seguindo neste pensamento, tem-se que a medida cautelar é um instrumento do instrumento processo, sendo que se destina a garantir uma prestação efetiva, afastando da lide o *periculum in mora*. (GUERRA, 1995, p.14). Servindo a ação cautelar como procedimento apto a eliminar ameaça de perigo ou prejuízo à parte, conservando e assegurando os elementos que, *a posteriori*, integrarão um processo autônomo, principal. Eis o magistério de Humberto Theodoro Júnior, *ipsis litteris*:

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. (1997, p. 362).

É neste sentido que a exegese do artigo 796 do Código de Processo Civil¹³ é clara e cristalina, ao estatuir que o processo cautelar é sempre dependente do processo principal, criando uma relação de acessoriedade, embora goze de autonomia do ponto de vista procedimental.

Nos ensinamentos de Teori Albino Zavascki vislumbra-se que medida cautelar sempre terá uma duração limitada no tempo, não sendo sucedida por outra medida de garantia, pois a situação que é criada por ela necessariamente será desfeita ao cabo de sua vigência. (1999, p. 57).

Cumprе mencionar, outrossim, que a medida cautelar, própria do processo cautelar, não importa em adiantamento da medida que virá a ser postulada no processo principal, possuindo, assim, natureza acautelatória. Segundo José Roberto dos Santos Bedaque, “o escopo da tutela cautelar não é tanto a atuação do direito, ao menos imediatamente. Só de forma mediata seus efeitos atingem a relação material. A finalidade deste provimento é assegurar o resultado de outro”. (2001, p. 168).

Neste horizonte, tem-se que a ação cautelar, tende a atingir um fim específico que é a prevenção, pois com a cautela, o autor não somente busca a prestação jurisdicional para compor uma contenda, mas sim, procura eliminar situações fáticas ou processuais que por ventura venham a mitigar a eficácia de um futuro provimento contencioso, seja de mérito ou principal. (THEODORO JR, 2010, p. 43).

Assim, pode-se perceber que, segundo Ovídio Batista da Silva

A tutela cautelar, portanto, protege o direito, e não o processo, como muitos entendem. Então, a primeira exigência que se faz presente, quando se quer conceituar o que seja a tutela cautelar, é a de estabelecer no caso concreto, qual interesse jurídico ameaçado de dano iminente, a carecer de proteção cautelar. (1998, p. 49).

Resta claro, portanto que a tutela cautelar contém há um tempo as funções do processo de conhecimento e de execução, mas a eles não se confundem, por carregar em sua essência o elemento prevenção.

¹³ Artigo 796 do Código de Processo Civil: “O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente”.

Ainda, seguindo a ideia de prevenção, tem-se, portanto, que a ação cautelar visa o afastamento de situações que possam, eventualmente, prejudicar o provimento futuro do objeto principal ou de mérito. Assim sendo, não é o próprio direito material que enseja o ajuizamento das ações cautelares, mas sim, o risco da ineficácia do provimento definitivo no processo principal. (THEODORO JR, 2010, p. 45-47).

Por seu turno, as tutelas antecipadas visam à obtenção, *a prima facie* e mediante uma cognição sumária, daquilo postulado e que viria a vislumbrar somente no final do processo de conhecimento normal, ou seja, a própria substância da pretensão deduzida em juízo é de pronto entregue ao autor, seja parcial ou total.

Ensina Pedro Barbosa Ribeiro que a tutela antecipada é

O ato pelo qual o juiz, ante a prova inequívoca dos fatos articulados pelo auto, na peça exordial, e ante a 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. (1999, p. 243).

Por seu turno, Misael Montenegro Filho leciona que a tutela antecipada é um instrumento processual cabível para que o autor alcance parte ou a totalidade do provimento que lhe seria conferido quando da sentença final, desde que presentes os requisitos objetivos. O pedido antecipatório deve estar estritamente conexo com algum dos pedidos constantes na petição inicial, sob pena de macular o princípio da congruência respaldado nos artigos 128¹⁴ e 460¹⁵ do CPC. (2007, p. 20-21).

Neste sentido, dissertando acerca da ligação entre o pedido antecipatório e a ligação com a petição inicial, tem-se que o juiz não poderá antecipar os efeitos da tutela além do pedido inicial, que vincula o provimento judicial, sob pena de dar uma resposta judicial *ultra petita*, bem como não poderá deferir pedido de antecipação diverso daquele postulado para não ter efeito *extra petita*. (CARNEIRO, 2004. p. 39).

¹⁴ Artigo 128 do Código de Processo Civil: “O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.”

¹⁵ Artigo 460 do Código de Processo Civil: “É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.”

Logo, a tutela antecipada de pronto oferece a um dos sujeitos da contenda o bem da vida posto em litígio, antecipando os efeitos da sentença pretendida, sendo classificada, portanto como satisfativa.

A finalidade da antecipação da tutela é efetivar a jurisdição e somente poderá ser concedida se a medida for apta a alcançar este fim. Para Fredie Didier Júnior a antecipação de tutela somente alcançará este fim se “adiantar no tempo efeitos que provoquem ou impeçam mudanças no plano fático: os chamados efeitos fáticos ou sociais da tutela”. (2011. p. 490). Para tanto, no magistério de Luiz Guilherme Marinoni, os efeitos produzidos pela tutela antecipada são aqueles que somente poderiam ser concretizados ao final da lide. Antecipam-se as consequências concretas da sentença de mérito. (2004, p. 46).

Antecipa-se, pois, os efeitos executivos da sentença e não sua eficácia. Satisfaz-se, imediatamente, o pedido do autor.

Neste sentido José Roberto dos Santos Bedaque afirma que

Não significa dizer que, todavia, a antecipação de tutela seja desprovida de eficácia jurídica. Óbvio que não, pois a emissão da ordem judicial correspondente depende da presença dos requisitos legais, ou seja, a verossimilhança do direito demonstrada por prova inequívoca e o perigo da lesão. (2003, p. 360).

A tutela antecipada diverge da cautelar no tocante ao momento de postulação. Como visto, a cautelar possui como característica a instrumentalidade e a acessoriedade, enquanto nas tutelas antecipadas há necessidade de haver um processo em curso. Destarte, o escopo da tutela antecipada é diretamente direcionado ao pedido principal. Nos ensinamentos de Nelson e Rosa Néry

A tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito não é tutela cautelar, porque não se limita a assegurar o resultado prático do processo, nem assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado pelo autor, as tem por objeto conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos. Ainda que fundada na urgência (CPC 273, I), não tem natureza cautelar, pois sua finalidade precípua é adiantar os efeitos da tutela de mérito, de sorte a propiciar sua imediata execução, objetivo que não se confunde com o da medida cautelar (assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução ou, ainda, a viabilidade do direito afirmado pelo autor). (2002, p. 613).

Outra peculiaridade importante no que tange as cautelares e a tutela antecipada são os aspectos de provisoriedade e temporariedade. Aquela é temporária enquanto esta é provisória.

Nas palavras de Calamandrei, citado por Jaqueline Mielke Silva:

Temporâneo é, simplesmente, aquilo que não dura sempre, aquilo que, independentemente da superveniência de outro evento, tem por si mesmo duração limitada; provisório é, por sua vez, aquilo que é estabelecido para durar enquanto não sobrevenha um evento sucessivo, em vista e na espera do qual o estado de provisoriedade permanece no ínterim. Nesse sentido, provisório equivale a interino: ambas as expressões indicam aquilo que é estabelecido para durar somente aquele tempo intermediário que precede o evento esperado. (2009, p. 24).

Assim, é temporária a cautelar pois sujeita a existir enquanto o processo principal precisar, e é provisória a tutela antecipada pois perdura até que sobrevenha a tutela definitiva, substituindo-se pela sentença.

Desta maneira, no dizer de Ovídio Batista da Silva, “o provimento cautelar igualmente deve ser temporário no sentido de que a sentença que o contém jamais poderá adquirir a indiscutibilidade que torna permanente a coisa julgada material”. (apud MILKE SILVA 2009, p. 32).

Em suma, a tutela de urgência, de caráter satisfativo, é uma técnica da processualística que visa à distribuição do ônus temporal no processo, assegurando ao autor a prerrogativa de requerer que os efeitos da possível sentença de procedência deem-se de forma antecipada, eliminando, ou pelo menos reduzindo, o eventual prejuízo que a demora na prestação jurisdicional, neste caso, do procedimento, possa vir a acarretar ao demandante que se vê com um direito praticamente incontroverso. (MARINONI, 1995, p. 63).

Nesta senda:

A tutela cautelar se destina a assegurar a efetividade da tutela satisfativa do direito material. Por esta razão, é caracterizada pela instrumentalidade e pela referibilidade. A tutela cautelar é instrumento da tutela satisfativa, na medida em que objetiva garantir a sua frutuosidade.[...] Do modo que a tutela antecipatória não é instrumento de outra tutela, ou faz referencia a outra tutela. A tutela antecipatória satisfaz o autor, dando-lhe o que almejou ao propor a ação. (MARINONI *et al*, 2008, p.61).

Ainda, lecionam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Francisco Mitidiero que

A tutela cautelar destina-se a assegurar uma situação jurídica ou a efetividade da tutela do direito material. É caracterizada pela instrumentalidade e pela referibilidade. A tutela cautelar é instrumento da tutela satisfativa, na medida em que objetiva garantir sua frutuosidade. Sempre se refere a uma tutela satisfativa do direito. A tutela antecipatória, de outra parte, é satisfativa do direito material, permitindo a sua realização – e não a segurança – mediante cognição sumária ou juízo de verossimilhança. A tutela antecipatória, de lado hipóteses excepcionais, tem a mesma substância da tutela final, com a única diferença que é lastreada em verossimilhança. [...] A tutela antecipatória não é instrumento de outra tutela[...] (2008. p. 738).

Quanto à natureza jurídica das cautelares e da antecipação de tutela, cita-se o brocardo de Ovídio Batista da Silva “Segurança da execução e execução para segurança” referindo-se a necessidade de acautelar e satisfazer. (2009, p. 40).

Distingue-se assim, porque a tutela cautelar visa a proteção de um direito que foi ou será posto sob o crivo do juiz e a tutela antecipatória realiza, concede ao litigante parte ou a totalidade de sua pretensão. (MARINONI, 1992, p. 141).

Prudente ainda, mencionar o caráter de fungibilidade presente nas cautelares e nas antecipatórias. O § 7º do artigo 273, contemplou expressamente a fungibilidade entre as medidas antecipatórias e cautelares, disciplinando que “se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

Clara é a possibilidade de conversão de uma medida em outra, tendo em vista que não existe uma só mão para a fungibilidade. Neste sentido Cândido Rangel Dinamarco afirma que, “feito um pedido a título de medida cautelar, o juiz está autorizado a conceder a medida a título de antecipação de tutela, se esse for seu entendimento e os pressupostos estiverem satisfeitos. Não há fungibilidade de uma só mão”. (2002, p. 01).

Logo, significa afirmar que poderá ser deferida uma medida quando for postulada outra, mas desde que seus requisitos estejam presentes.

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Francisco Mitidiero, também ensinam que

Aceitando-se a possibilidade de requerimento de tutela cautelar no processo de conhecimento, é correto admitir a concessão de tutela de natureza antecipatória ainda que ela tenha sido postulada com o nome de cautelar, desde que devidamente preenchidos os pressupostos inerentes à concessão da tutela antecipatória. Nesse caso, existindo erro grosseiro do demandante ou, em outras palavras, havendo dúvida fundada e razoável quanto à natureza da tutela, aplica-se a ideia de fungibilidade, uma vez que seu objetivo é o de evitar maiores dúvidas quanto ao cabimento da tutela urgente no processo de conhecimento, obstando a concessão da tutela jurisdicional à parte que a ela tem direito. (2008, p. 276).

Em controvérsia, Fredie Didier Júnior, afirma que a permissão da fungibilidade deve ser observada e assim permitida quando acompanhada de uma mudança procedimental. Assim quando postulada uma medida antecipada satisfativa, através de um processo cautelar, o juiz deve, entendendo estarem presentes os requisitos para sua concessão, determinar a conversão do procedimento para o rito ordinário ou sumário. Ainda, em entendendo necessário deve o juiz intimar o autor para que providencie as necessárias emendas à petição inicial. (2011, p. 486).

Contudo, hodiernamente, está pacificada a possibilidade de fungibilidade entre as medidas.

Insta consignar que os provimentos, sejam eles de natureza cautelar ou satisfativos, podem ser revogados a qualquer tempo. A uma leitura do artigo 273 do Código de Processo Civil, percebe-se que, em seu §4º o legislador possibilitou a modificação/revogação das tutelas antecipadas, assim dispondo: “a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada”. Na mesma seara o legislador ordinário previu, na leitura do artigo 807, também do Código de Processo Civil, que “as medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal, mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas”.

Assim, sendo as medidas de urgências concedidas mediante um juízo de cognição horizontal (sumário), calcadas na plausibilidade do direito e não da certeza, eis que a certeza depende do contraditório, podem as mesmas serem revogadas ou modificadas diante da possibilidade humana do cometimento de erros.

2.3 Hipóteses de cabimento no atual Código de Processo Civil

Discorre-se neste subtítulo acerca do cabimento das tutelas de urgência no atual Código de Processo Civil, nas modalidades de tutela cautelar e tutela de urgência.

2.3.1 Tutela cautelar

Importante expor, que para obter uma medida cautelar¹⁶, mister a demonstração de dois pressupostos integrantes do mérito da própria ação: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Destarte a doutrina clássica resume as condições da ação cautelar em:

- I – um dano potencial, um risco que corre o processo principal de não ser útil ao interesse demonstrado pela parte, em razão do *periculum in mora*, risco esse que deve ser apurável;
- II- a plausibilidade do direito substancial invocado por quem pretenda a segurança: o *fumus boni iuris*. (THEODORO JUNIOR, 2010, p. 59).

Tratando do tema, José Roberto dos Santos Bedaque leciona que:

[...] O *periculum in mora*, que a tutela cautelar visa a afastar, pode ser considerado em duas situações distintas. Na primeira verifica-se o perigo de a execução se frustrar, ante a ameaça concreta causada por determinado acontecimento, que poderá tornar-se realidade antes de proferida a sentença. Outras vezes, o tempo necessário ao desenvolvimento do processo, por si só, representa perigo de dano ao titular do suposto direito. (2001, p.42).

No mesmo raciocínio segue Calamandrei quando, citado por Jaqueline Mielke Silva, que disserta acerca do dano que pode vir a ser causado em decorrência do procedimento comum:

¹⁶ Provimento jurisdicional da ação cautelar.

[...] é a impossibilidade prática de acelerar a prolação do procedimento definitivo que faz surgir o interesse na emanção de uma medida provisória; é a mora desse procedimento definitivo, considerada em si mesmo como possível causa de ulterior dano, que se prevê, a tornar preventivamente inócua com uma medida cautelar que antecipe provisoriamente os efeitos do procedimento definitivo. (2009, p. 26).

Convergindo com a ideia de dano, quanto ao *periculum in mora*, nota-se que este pressuposto é “[...] uma circunstância de que ou a medida é concedida quando se pleiteia ou, depois, de nada adiantará a sua concessão. O risco da demora é o risco da ineficácia”. (WAMBIER; TALAMINI; ALMEIDA, 2008, p. 40).

Assim, Ovídio Batista da Silva entende que aquele pressuposto legitima-se no perigo do dano que a demora da prestação jurisdicional ordinária causa quando um direito carece de proteção imediata. Procura-se, pois, reduzir os riscos que o tempo proporciona, evitando-se que ao final, o cidadão receba, pela prestação da justiça, uma sentença inútil, colocando-se o direito material exposto a um dano irreparável. (1998, p. 41).

Este perigo que a demora na prestação jurisdicional causará ao direito material não se materializa em um perigo genérico de prejuízo jurídico, mas consiste em um perigo concreto de dano posterior, que advém da demora na prestação do provimento da medida definitiva. (VILLAR, 1986. p. 128).

Para a obtenção da medida cautelar “[...] a parte requerente obrigatoriamente deverá demonstrar fundado temor de que, enquanto aguarda a tutela definitiva, venham a faltar as circunstâncias de fato favoráveis à própria tutela”. (FRIEDE, 2000. p. 103).

É, pois, o risco de perecimento do direito quando da morosidade na prestação jurisdicional.

Para Eduardo Melo de Mesquita, consiste em uma plausibilidade de interesse ou de direito material que está na iminência de sofrer uma lesão, sendo que este interesse ou direito somente poderá ser reconhecido em uma análise mais exauriente, em um processo principal, o qual deve ser instaurado ou prestar a se instaurar. Assim, havendo uma plausibilidade do direito invocado periclitado durante a marcha processual, assegura-se no ordenamento jurídico uma tutela cautelar. (2002, p. 299).

Neste mesmo rumo segue o pensamento de Vicente Greco Filho:

O *fumus boni iuris* (fumo do bom direito) é a probabilidade ou possibilidade da existência do direito invocado pelo autor da ação cautelar e que justifica a sua proteção, ainda em caráter hipotético. Este pressuposto tem por fim evitar a concessão de medidas quando nenhuma é a probabilidade ou possibilidade de sucesso e, portanto, inútil a proteção cautelar. Para a aferição dessa probabilidade não se examina o conflito de interesses em profundidade, mas em cognição superficial e sumária, em razão mesmo da provisoriedade da medida. O *fumus boni iuris* não é um prognóstico de resultado favorável no processo principal, nem uma antecipação do julgamento, mas simplesmente um juízo de probabilidade. (2002. p. 154).

O *fumus boni iuris* consiste no juízo de probabilidade de que o direito postulado realmente exista a uma cognição sumária, justificando-se na aparência de um direito que deve ser protegido e que o Estado-Juiz não tem como averiguar se ele realmente existe ante a urgência que a cautelar demanda, supondo-se que o direito seja certo para o autor. (SILVA, 1998, p. 58-62).

Imperioso, também, trazer à baila os ensinamentos de Luiz Rodrigues Wambier *et al*:

A expressão *fumus boni iuris* significa aparência de bom direito, e é correlata às expressões cognição sumária, não exauriente, incompleta, superficial ou perfunctória. Quem decide com base em *fumus* não tem conhecimento pleno e total dos fatos e, portanto, ainda não tem certeza quanto a qual seja o direito aplicável. Justamente por isso é que, no processo cautelar, nada se decide acerca do direito da parte. (2008, p. 40).

Inobstante a necessidade de preencher os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* para a propositura da ação cautelar, mister estarem presentes estes pressupostos para a concessão da liminar bem como, para a procedência da ação cautelar. (WAMBIER; TALAMINI; ALMEIDA. 2008, p. 40).

Assim, a cognição sumarizada demonstrará que existe a plausibilidade do direito invocado, bem como o fundado receio de dano ao direito.

2.3.2 Tutela antecipada

De outra banda, o legislador inseriu no ordenamento jurídico pátrio a tutela de urgência denominada tutela antecipada, a qual, como o próprio nome sugere, antecipa os efeitos práticos do pedido da parte.

Assim, para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela, faz-se necessária a demonstração dos requisitos taxativos do artigo 273 do Código de Processo Civil, uma vez que, a partir da Lei n. 8952/94, passou-se a ter a possibilidade de, em tese e em qualquer processo de cognição, haver uma liminar deferida sem a observância das condições da ação cautelar. (THEODORO JÚNIOR. 2010, p. 71)

Não é lícito permitir que o autor conviva com os efeitos de uma sentença que sequer existe sem que preencha os requisitos objetivos estabelecidos pelo Código de Processo Civil, pois se tem a necessidade de garantir a segurança jurídica. Assim, por ser a antecipação de tutela uma medida satisfativa, o autor deve, ao requerer que os efeitos práticos do processo se antecipem, demonstrar com maestria e em conjunto, os requisitos do artigo 273, do Código de Processo Civil¹⁷. (MONTENEGRO, 2007, p. 23).

Da análise do disposto no aludido artigo, denota-se que a antecipação de tutela possui duas naturezas, quais sejam, natureza assecuratória e natureza punitiva.

A antecipação de tutela assecuratória tem por escopo antecipar, por segurança e impedir que durante o processo o bem da vida postulado pelo autor sofra ou dano irreversível ou de difícil reparação. Já a antecipação de tutela punitiva consiste em uma sanção do Estado para que o litigante de má-fé, que impede o regular andamento processual, tumultuando o feito, comprometendo a celeridade e a lealdade que lhe são inerentes. (DIDIER JR *et al.* 2011, p. 497).

A tutela antecipada assecuratória, portanto, tem vez quando a preocupação volta-se à satisfação do direito material perseguido no processo. Preocupação esta ligada ao perecimento parcial ou total do direito envolvido no processo quando a sentença não se

¹⁷Artigo 273 do Código de Processo Civil: “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesta propósito protelatório do réu.”

mostrar suficiente para a satisfação da obrigação, ou seja, a morosidade inerente ao processo causará dano ao autor. No tocante à tutela antecipada punitiva, vê-se que o réu está a causar, voluntariamente por comportamentos processuais ou extraprocessuais, prejuízos ao deslinde do processo, buscando evitar que a prestação jurisdicional se concretize com brevidade, vindo a macular o interesse do autor e do próprio Estado, que não consegue se libertar do dever de prestar a jurisdição. (MONTENEGRO, 2007. p. 27-28).

Fredie Didier Júnior leciona, ainda que o risco de dano irreparável¹⁸ ou de difícil reparação¹⁹ deve ser concreto, atual e grave para ensejar o deferimento de antecipação dos efeitos da tutela pretendida pelo autor. Concreto, pois, não pode ser hipotético, decorrente de mero temor subjetivo da parte, deve, portanto, ser material. Atual, porque deve estar na iminência de ocorrer e grave, porquanto deve o dano ser prejudicial ao direito do autor, ou impedir sua fruição. (2011. p. 506).

O sentido punitivo da antecipação de tutela também pode ser percebido quando

[...] o propósito protelatório do réu e/ou o abuso do direito de defesa em um certo processo pode igualmente revelar-se pelo confronto com sua atitude em 'outro processo', onde havia sustentado determinados fundamentos de fato ou de direito; todavia, no processo conexo, adota argumentação antagônica, sem justificar devidamente tal descompasso. (CARNEIRO. 2004. p. 37).

Existe, ainda, um pressuposto geral para a concessão da tutela antecipada, que deve estar estritamente conectado ao dano irreparável ou de difícil reparação e ao abuso de defesa ou propósito protelatório do réu, que é a prova inequívoca da verossimilhança das alegações.

A prova inequívoca da verossimilhança é aquela prova robusta, que leva o magistrado a um juízo de probabilidade, pois, nas tutelas antecipatórias a cognição é sumária. Não há a necessidade desta prova conduzir a uma verdade plena e absoluta, pois esta somente é possível através de uma cognição exauriente, que se dá pela instrução do processo.

Neste sentido, Fredie Didier Júnior *et al* ensinam que a

¹⁸ Entende-se por dano irreparável aquele cujo efeitos são irreversíveis.

¹⁹ Entende-se por dano de difícil reparação aquele que supostamente não poderão ser revertidos pois o réu não poderá compensar ou restabelecer.

Prova inequívoca não é prova irrefutável, senão conduziria a uma tutela satisfativa definitiva (fundada em cognição exauriente) e, não, provisória. A exigência não pode ser tomada no sentido de “prova segura”, “inarredável”, capaz de induzir a certeza sobre os fatos alegados, sob pena de esvaziar completamente o conteúdo das tutelas antecipatórias, que só poderiam ser deferidas, desse modo, após toda a instrução processual, após uma cognição profunda. (2011, p. 548-549).

É, pois, prova inequívoca aquela prova capaz de trazer ao juiz credibilidade para formar sua convicção sumária acerca do direito posto em litígio. (ASSIS, 2001. p. 144). Portanto, conduz a um juízo de probabilidade, ou seja, da verossimilhança.

Como bem observa Fredie Didier Júnior que a prova inequívoca de verossimilhança das alegações é uma exigência mais rigorosa daquela prevista nas medidas cautelares (fumaça do bom direito), uma vez que o juízo de cognição sumária implica na análise mais profunda por parte do magistrado, “já que a cautelar demanda a plausabilidade/probabilidade, independente de prova”. (2011, p. 501).

Desta forma, a probabilidade das alegações serem verossímeis, na antecipação de tutela confirma-se com a prolação de uma sentença judicial fundamentada, confirmando-se os fatos narrados pelo autor, de modo que, amparados por prova idônea. (MONTENEGRO, 2007, p. 26-27)

Neste mesmo sentido, manifesta-se Ovídio Batista da Silva, lecionando que todo provimento antecipatório dos efeitos de uma futura sentença deve apresentar um juízo de verossimilhança que levará o julgador a se manifestar acerca de sua convicção acerca do relatado pelo autor, bem como, convencido disto, determinará medidas mandamentais ou executivas em que consistirão os efeitos antecipatórios. (2000, p. 135).

Não se pode olvidar que se inclui no rol das tutelas antecipadas as medidas previstas no artigo 461, *caput*²⁰, do Código de Processo Civil, no qual, pelo poder de cautela, pode o juiz deferir medidas que visem o resultado prático do processo. Dessarte, Antônio Cláudio da Costa Machado ensina que

²⁰ Artigo 461 do Código de Processo Civil: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento [...]”.

Não só a rapidez é sinônimo de efetividade, mas também a garantia de que o credor poderá gozar, por meio do resultado do processo, exatamente o bem da vida que a ordem jurídica material lhe atribui. À exata realização deste mister, uma das maneiras de revelação da efetividade do processo, encontra-se erigido o instituto da tutela específica do art. 461 do CPC. (1999, p. 41).

E para que se possa concretizar esta efetividade, o legislador ordinário inseriu no §5º do artigo 461 do Código de Processo Civil uma tutela específica que busca o resultado prático equivalente, preservando uma maior coincidência entre a prestação devida e a tutela jurisdicional entregue²¹.

Aqui, na antecipação de tutela o bem da vida é entregue àquele que o postula. Contudo, longe de exaurir o tema acerca das tutelas de urgência, sejam elas cautelares ou antecipatórias, percebe-se que o legislador, ao inseri-las no ordenamento jurídico, buscou a efetivação material e processual do direito posto à apreciação do Estado-Juiz.

²¹Artigo 461 do Código de Processo Civil: "[...]§5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.[...]"

3. INOVAÇÕES NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL QUANTO AS TUTELAS DE URGÊNCIA E EVIDÊNCIA

Busca-se, aqui, discorrer e analisar as modificações que serão trazidas ao ordenamento jurídico vigente com a aprovação do projeto do Novo Código de Processo Civil, projeto de Lei n. 8046/2010.

Com fulcro na morosidade do Poder Judiciário, que atinge a todos aqueles que dele necessitam para ver valer os seus direitos, busca-se uma solução adequada para a situação em que o detentor de um direito possa, a *prima facie* ver-se tutelado pelo Estado-juiz em um decurso de tempo que não lhe prejudique ou ameace seu direito.

Em estudo, Ronaldo José de Souza Paulino Filho afirma que

[...] o combate a morosidade judicial, que hoje faz parte da realidade do judiciário brasileiro, motivados por três importantes fatores, primeiramente, ao excesso de formalidade ao processo, segundo fator importante é o aumento significativo da procura por parte da sociedade do judiciário, cada vez a sociedade se encontra mais esclarecida de seus direitos e recorre à justiça para exercê-los, por fim, mas não menos importante o número excessivo de recursos utilizados. Foram estabelecidos diversos instrumentos novos e adaptação de antigos para um melhor alcance desse combate à morosidade judicial. (2013, p. 02)

Para tanto, deve-se analisar o objetivo do processo, considerando-se, como preconiza Mauro Capeletti, a Constituição Federal garantiu o acesso universal ao Poder Judiciário, possibilitando assim que todos levem à jurisdição seus pequenos e grandes problemas. (1998, p.08).

Assim, mister se faz discorrer sobre o entendimento acerca do objetivo da processualística moderna.

3.1. O escopo do processo

Vislumbra-se que o projeto do novo Código de Processo Civil constitui-se, em sua base, como um instrumento para a atuação da jurisdição, constituindo o processo como relação jurídica.

Entende-se que o processo, além de ser um instrumento para a concretização e efetivação do bem da vida postulado pelas partes, é um meio posto à disposição das partes para restaurar a paz social, uma vez que voltado para o bem-estar público. É nesse sentido que lecionam Antônio Carlos de Araújo Cintra *et al*, ao afirmarem que “[...] o processo é, nesse quadro, um instrumento a serviço da paz social”. (1993, p. 42).

Ao encontro do escopo instrumentalista processual, tem-se que

O processo serve, pois, em uma palavra, para fazer que entrem em juízo aqueles que não o tem. E, posto que o juízo é próprio do homem, para substituir o juízo de um pelo juízo de outro ou outros, fazendo do juízo de um a regra de conduta de outros, aquele que faz entrar em juízo, ou seja, aquele que fornece aos outros aquele de que necessitam – seu juízo -, é o juiz. (CARNELUTTI, 2002, p.33).

Seguindo a evolução histórica e considerando-se o Estado Democrático de Direito, hodiernamente, caminha-se em direção a um processo constitucionalizado, uma vez que pressupõe uma garantia da pessoa humana, insculpida no Texto Maior.

Assim, para que se possa haver um processo constitucional, deve-se, no entendimento de José Alfredo de Oliveira Baracho, pautar-se na supremacia da Constituição sobre as normas infraconstitucionais. Dessa forma, as bases de um processo são: o direito de ação, a ampla defesa, a presença de um advogado, o contraditório, a produção de todas as provas em direito admitidas, o juiz-natural e o duplo grau de jurisdição. (2006, p. 11-22 e 45-52).

Ademais, conforme leciona Dierle José Coelho Nunes, correlaciona-se a isso a necessidade de observar que não são somente as partes os protagonistas do processo como no modelo liberal, tampouco somente a atuação do juiz, no paradigma social, mas sim, na ideia de que o processo é uma estrutura onde os sujeitos desta relação têm os mesmos direitos e

garantias e todos participam na busca da construção de uma solução. (2010, p. 104). Todos tem o dever de cooperação com o próprio processo.

Ao encontro disso, Ricardo de Barros Leonel anota que

[...] o processo como um todo vale pelo que ele propicia. Vencidas as fases evolutivas, partindo do sincretismo ao autonomismo, chegando ao instrumentalismo, e finalmente ao instrumentalismo substancial, há necessidade de reaproximar o processo de seu fim único e primeiro, sem o qual não poderia mesmo subsistir, qual seja o atendimento das necessidades decorrentes da vida em sociedade, o equacionamento adequado e presto de conflitos, a pacificação social. (2011, p. 36).

Dessa forma, partindo-se da noção de que o processo é um instrumento da jurisdição, os institutos da tutela de urgência e da tutela cautelar consistem em meios postos à disposição dos juízes para que estes elevem a garantia da efetividade de sua prestação jurisdicional. (FUX, 1996, p. XII).

Seguindo a linha da instrumentalidade do processo, explica José Carlos Barbosa Moreira que

Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material. (2002, p. 181).

Todavia, como explicam Fernando Horta Tavares *et al*, o processo possui procedimentos que devem ser observados. Tais procedimentos são envolvidos nos processos de conhecimento, em que a parte busca o reconhecimento de seu direito, bem como nos processos de execução, onde se busca a satisfação do direito. Estes procedimentos possuem prazos e esses lapsos temporais acabam por dificultar a resolução do litígio de forma célere. (2013, p.136).

Nesta seara, José Frederico Marques assevera que “[...] a composição processual dos litígios é a solução mais adequada aos conflitos de interesses, porque é a única que pode resguardar os direitos humanos e tentar a paz social”. (1999, p. 9).

Com fulcro na Constituição de 88, Sálvio De Figueiredo Teixeira, acerta ao dizer que

[...] nenhum texto constitucional valorizou tanto a ‘Justiça’, tomada aqui a palavra não no seu conceito clássico de ‘vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu’, mas como conjunto de instituições voltadas para a realização da paz social”. (1993, p.80).

Portanto, serve para que a aplicação do Direito seja útil na resolução dos conflitos, sendo um instrumento para alcançar a solução apta a concretizar e promover a paz social e dar efetividade à prestação jurisdicional.

3.2 As tutelas de urgência e da evidência no projeto do novo Código de Processo Civil

Como já afirmado, a prestação jurisdicional se utiliza dos institutos da tutela de urgência e da tutela cautelar para dar maior efetividade aos próprios atos judiciais. Conquanto, fora pensando, também, na morosidade processual que se elaborou o projeto de Lei do Senado 166/2010, doravante denominado de projeto de Lei n. 8046/2010, em que os juristas responsáveis pela comissão buscaram dar uma maior efetividade à prestação jurisdicional, calcada na celeridade e observância à duração razoável do processo²².

E é nesse sentido que seguiu o projeto do novo Código de Processo Civil, levando em consideração um processo com duração razoável, seguindo o disposto na Constituição

²² BRASIL. Senado. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. *código de Processo Civil: anteprojeto*. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em 17 de outubro de 2013.

Federal²³, contudo essa celeridade não pode ser a qualquer custo, pois, como ensina José Carlos Barbosa Moreira

Se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.(2001, p. 232).

Dessa forma, os juristas responsáveis pela comissão do anteprojeto de novo código de Processo Civil aduzem quem em “[...] sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade”. (SENADO FEDERAL, 2010, p. 11).

Assim, morosidade do Poder Judiciário atinge a todos aqueles que dele necessitam para ver valer seus direitos. Pensando nisso, buscou-se uma solução adequada para a situação em que o detentor de um direito possa, a *prima facie* ver-se tutelado pelo Estado-juiz em um decurso de tempo que não lhe prejudique ou ameace seu direito.

Com maestria, Paula Baptista, citada por Paulo Roberto de Gouvêa Medina, enuncia que a

Brevidade, economia, remoção de todos os meios maliciosos e supérfluos, tais são as condições que devem acompanhar o processo em toda a sua marcha. Assim, todos os atos, dilações, demoras, despesas inúteis são aberrações do regime judiciário em prejuízo do interesse dos indivíduos, das famílias, da sociedade. (2012, p. 02).

Nas exposições dos motivos do projeto do Novo Código de Processo Civil, Luiz Fux refere a necessidade de um resultado útil no processo, aduzindo que

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.

²³ Artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Haverá uma previsão da possibilidade do juiz prover de forma urgente e ele vai dar 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 frustre. Ele tem de dar uma solução que permita evitar que quando ele for decidir não haja mais possibilidade de obter-se um resultado útil. (2010, p 03).

Ademais, Teori Albino Zavascki afirma que mesmo com uma cognição sumária, sempre decorrerá um razoável lapso temporal, haja vista que a prestação da tutela definitiva não se revela instantaneamente, por menos exaustiva que seja e por mais efetivo que sejam os serviços judiciais. (1997, p. 25).

Neste diapasão, propõe-se, no projeto do novo Código de Processo Civil, um novo regramento acerca das tutelas de urgência e as cautelares, elaborando-se uma nova divisão chamada de medidas de urgência.

Estas medidas de urgência dividem-se em tutelas de urgência e tutela da evidência, sendo tratadas nos artigos 269 a 286 do projeto de Lei n. 8046/2010 e sendo ajuizadas sempre no processo principal²⁴. O projeto do novo código aglutina as tutelas antecipadas e as cautelares, dispondo que “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”²⁵, o que evidencia o caráter fungível das medidas de urgência.

Com maestria, Andrea Carla Barbosa disserta que a tutela urgente diz respeito ao próprio mérito processual, sendo que quando concedida, não diz que o juiz está convencido da existência do direito do autor, mas sim que está convencido de sua probabilidade de existência. (2011, p. 243).

Já no tocante às tutelas da evidência, tem-se que as mesmas objetivam a máxima eficácia do provimento final, correlacionando este provimento jurisdicional com o cumprimento do direito material. Para Luiz Fux,

²⁴ Nesse sentido explica LUNARDI: “As tutelas de urgência e evidência poderão ser requeridas antes ou no curso do procedimento em que se pleiteia a providência principal, Assim, a inovação é a possibilidade de tutela da evidência (atual antecipação de tutela) preparatória ao ajuizamento da ação”. (2013, p. 365).

²⁵ Dispositivo correspondente ao artigo 276 do projeto do novo Código de Processo Civil

O acesso à justiça, para não se transformar em mera garantia formal, exige “efetividade”, que tem íntima vinculação com a questão temporal do processo. Uma indefinição do litígio pelo decurso excessivo do tempo não contempla à parte o devido processo legal, senão mesmo o “indevido” processo. (1996. p. 319-320).

Arruda Alvim explica a principal diferença entre as tutelas de urgência e evidência, sendo que

[...] a principal diferença entre a tutela de urgência e a tutela da evidência reside no fato de que, em relação à tutela da evidência não há a necessidade de demonstrar o *periculum in mora*, tal como ocorre na tutela de urgência, pois se trata de situações em que a evidência do direito já se encontra configurada nos autos. Também não se há que falar, propriamente, em *fumus boni iuris*, porquanto a ausência de defesa consistente (CPC, art. 273, II) ou de controvérsia sobre o pedido ou parte dele (CPC, art. 273, § 6º), denotam, mais que a plausibilidade do direito – autorizada por cognição superficial ou sumária –, a própria verificação de sua existência, fundada em cognição judicial exauriente. (2011, p 08).

Desta maneira, a nova sistemática trazida pelo projeto do novo Código de Processo Civil, busca compactar o procedimento cautelar e as tutelas antecipadas sob uma mesma égide, priorizando a proteção, desde logo, de um provável direito exposto a dano.

Nesse íterim, vislumbra-se que a novel legislação pauta-se na economia, celeridade e efetividade da prestação jurisdicional, sem, contudo, mitigar direitos e garantias fundamentais.

O projeto do novo Código de Processo Civil, como já mencionado, optou por manter agregadas as medidas cautelares e as medidas satisfativas, conservando os mesmos requisitos para a sua concessão. Assim, para que seja concedida a tutela de urgência, crível que se demonstre o chamando *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* previsto no artigo 276 do projeto do novo Código de Processo Civil.

A comissão de juristas responsáveis pela elaboração do anteprojeto de novo Código de Processo Civil, assim tratou do tema:

Adotou-se a regra no sentido de que basta à parte a demonstração do *fumus boni iuris* e do perigo de ineficácia da prestação jurisdicional para que a providência pleiteada

deva ser deferida. Disciplina-se também a tutela sumária que visa a proteger o direito evidente, independentemente de *periculum in mora*. O Novo CPC agora deixa clara a possibilidade de concessão de tutela de urgência e de tutela à evidência. Considerou-se conveniente esclarecer de forma expressa que a resposta do Poder Judiciário deve ser rápida não só em situações em que a urgência decorre do risco de eficácia do processo e do eventual perecimento do próprio direito. Também em hipóteses em que as alegações da parte se revelam de juridicidade ostensiva deve a tutela ser antecipadamente (total ou parcialmente) concedida, independentemente de *periculum in mora*, por não haver razão relevante para a espera, até porque, via de regra, a demora do processo gera agravamento do dano. (2010, p. 25).

A evidência, por outro lado, trata-se de uma espécie de antecipação dos efeitos da tutela correlacionada ao pedido incontroverso, abuso de direito e matérias unicamente de direito.

No tocante às tutelas de evidência, por carregarem um axioma em que é prescindível a demonstração de dano irreparável ou de difícil reparação, estas, podem ser reconhecidas e deferidas, segundo o disposto no artigo 278 do projeto do novo Código de Processo Civil, quando

I – ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu; II – um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva; III – a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; ou IV – a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante. Parágrafo único. Independência igualmente de prévia comprovação de risco de dano a ordem liminar, sob cominação de multa diária, de entrega do objeto custodiado, sempre que o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do depósito legal ou convencional.

A novidade encontra-se estampada no inciso III do referido artigo, uma vez que prevê a concessão da tutela de evidência quando a petição inicial for instruída com prova irrefutável do direito alegado e que o réu não oponha prova inequívoca. Percebe-se, assim, que o direito do autor deve ser líquido e certo, requisito da concessão do *mandamus* de segurança. Neste sentido Luiz Fernando Valladão Nogueira afirma que o autor ao postular a tutela demonstrará, por meio de prova pré-constituída o alegado, sem a necessidade de instruir o processo. (2011, p. 756).

Seguindo a mesma doutrina, Luiz Fux aduz que

[...] a evidência toca os limites da prova e será tanto maior quanto mais dispuser o seu titular de elementos de convicção [...], pois [...] é evidente o direito cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria. (1996, p. 313).

Tratando sobre as inovações, Fabrício Castagna Lunardi refere também a possibilidade trazida pelo inciso IV do aludido artigo, quando refere que a tutela pode ser concedida ao vislumbrar-se a tese afirmada pelo autor confirmada em recursos repetitivos, incidente de resolução de demandas repetitivas ou em súmula vinculante. Todavia, a matéria tratada deve ser unicamente de direito. Ainda, o citado autor faz alusão deste dispositivo com a autorização que o relator de um recurso possui para decidi-lo monocraticamente. (2013, p. 370).

Logo, a concessão da medida postulada, à luz da evidência, sem a necessidade de demonstrar o perigo da demora, revela-se como um avanço no tocante à efetividade. Para Luiz Fernando Valladão Nogueira, “[...] o processo lento, e que só traga o bem de vida perseguido depois de longo tempo, não é justo. O processo justo é aquele que traz a satisfação à parte, ainda a tempo de modo.” (2011, p. 754).

Neste sentido, ensina Fredie Didier Júnior:

A evidência é uma situação processual em que determinados direitos se apresentam e juízo com mais facilidades que outros. Há direitos que tem um substrato fático cuja prova pode ser feita facilmente. Esses direitos cuja prova é mais fácil, são chamados de evidentes, e por serem evidentes, merecem tratamento diferenciado. (2010, p. 408).

A tutela da evidência como sendo uma espécie de tutela concedida com base na probabilidade da certeza do direito ou na evidência deste, todavia, analisando-se a plausibilidade do direito perquirido. Logo, a tutela de evidência, tal qual lançada no projeto, tem três pressupostos, quais sejam, a existência de requerimento expresso do autor, a presença de elementos que evidenciem a plausibilidade do direito e a concretização de qualquer uma das hipóteses presentes no artigo 278.

Contudo, Nas palavras de José Herval Sampaio Júnior, a tutela da evidência é “[...] aquela dada após constatar como o próprio nome diz a evidência do direito alegado, ou seja,

não há discussão sobre o direito que se quer ver protegido imediatamente, logo não se fala em plausibilidade, mas em constatação de plano do direito alegado” (2013, p. 11). E segue o autor dizendo:

Vimos claramente que para essas tutelas diferenciadas não é o elemento risco de dano de qualquer espécie que justifica a sua adoção, mas sim a quase certeza do direito alegado, logo pela desnecessidade de outros processuais se antecipa a fruição dos efeitos fáticos e em alguns casos com até mesmo satisfação jurídica. (SAMPAIO JÚNIOR, 2013, p. 12)

Sendo assim, restando cristalino que o requerente tem direito ao que pretende, não há o porquê de retardar a entrega da prestação jurisdicional. Nos dizeres de Fabrício Alves Silva

[...] a chamada "tutela de evidência", que poderá ser requerida toda vez que o direito de um dos sujeitos processuais for líquido e certo, e tiver sido violado ou impedido de ser exercido por um particular. É o direito evidenciado em juízo, obtido por meio de provas incontestáveis, líquidas, certas, notórias, incontrovertidas, impassíveis de contestação séria. O direito evidente representa uma situação que a probabilidade de certeza é quase absoluta, há nele uma verossimilhança preponderante. Em verdade, a tutela de evidência possui o mesmo regramento da ação constitucional do mandado de segurança, que exige a violação ou algum impedimento à direito líquido e certo do impetrante, para que possa ser avaliado. (2010, p. 01).

Assim, como menciona Ronaldo José de Souza Paulino Filho, a tutela de evidência “[...] surge como um instrumento para conferir maior efetividade à prestação jurisdicional, garantindo assim o interesse da parte pleiteante que demonstrar os requisitos exigidos”. (2013, p. 03).

Visando então diminuir a morosidade da prestação jurisdicional, o projeto do novo Código de Processo Civil, preocupou-se em positivizar um processo constitucional, buscando dar efetividade àquelas demandas em que o direito da parte corre risco de ser mitigado. Assim, Fredie Didier Júnior refere acerca da tutela de evidência

A evidência é uma situação processual em que determinados direitos se apresentam em juízo com mais facilidade do que outros. Há direitos que têm um substrato fático cuja prova pode ser feita facilmente. Esses direitos, cuja prova é mais fácil, são chamados de direitos evidentes, e por serem evidentes merecem tratamento diferenciado. (2010, p. 408).

O presidente da comissão de juristas do projeto de novo Código de Processo Civil, Luiz Fux, vincula a tutela de evidência “[...] à aquelas pretensões deduzidas em juízo nas quais o direito da parte revela-se evidente, tal como o direito líquido e certo que autoriza a concessão do *mandamus* ou o direito documentado dos exequentes”. (1996, p. 311).

Desta forma, tem-se que a tutela de evidência, surge como uma máscara que se sobrepõe à antecipação de tutela, disciplinando-se pela evidência de um direito líquido e certo.

Quanto à parte procedimental de concessão das tutelas de urgência e da evidência, observa-se que, nos termos do artigo 279 do projeto, a petição inicial da medida cautelar antecedente deverá indicar a lide, bem como seu fundamento e a motivação sumária do direito posto em ameaça ou receio de lesão. Aqui, observa-se que a petição inicial deve viabilizar o contraditório e a ampla defesa. Em estudo, Fabrício Castagna Lunardi afirma que a indicação “[...] da lide e o seu fundamento diz respeito ao pedido principal e é imprescindível para a verificação da competência, como já acontecia nas cautelares preparatórios do CPC/73”. (2013, p. 371).

O requerido, a teor do artigo 280 do aludido projeto de Lei, será citado, para que, em cinco dias, conteste o pedido e indique as provas que pretende produzir.

A impugnação, que deve ser feita também em cinco dias, o pedido principal deve ser apresentado nos mesmos autos em que tiver sido formulado o pedido de urgência - a teor do artigo 282 do projeto.

Em não havendo contestação, conforme exposição dos motivos do projeto: “[...] não tendo havido resistência à liminar concedida, o juiz, depois da efetivação da medida, extinguirá o processo, conservando-se a eficácia da medida concedida, sem que a situação fique protegida pela coisa julgada”. (2010, p. 25). É o que se depreende da leitura do §1º do artigo 280 do projeto, *in verbis*: “Do mandado de citação constará a advertência de que,

não impugnada decisão ou medida liminar eventualmente concedida, esta continuará a produzir efeitos independente da formulação de um pedido principal pelo autor”.

Esse dispositivo, pois, traz importante inovação, haja vista que permite a eficácia da medida urgente sem marco temporal, implicando em grande economia processual, bem como, importando em celeridade.

E não é outra noção que se depreende do §2º do artigo 282 do projeto: “Concedida a medida em caráter liminar e não havendo impugnação, o juiz extinguirá o processo, conservando a sua eficácia.”

Ao tratar do §4º do artigo 282, do projeto de novo Código de Processo Civil, Fabrício Castagna Lunardi refere que neste normativo, consagra-se a

[...] possibilidade de perpetuação da eficácia da tutela de urgência. Seria a fusão entre a tutela de urgência e a tutela da evidência pelo pedido incontroverso, perpetuando a tutela provisória até o momento da sua substituição por uma tutela definitiva. (2013, p. 372).

Já no artigo 283 do projeto, percebe-se a cristalização da provisoriedade e revogabilidade da tutela de urgência, bem como a ausência de coisa julgada material nestes provimentos. (WAMBIER *et al.*, 2007, p.330).

Assim, muito antes de esgotar o tema, percebe-se que a doutrina moderna, ao pensar na celeridade processual, considerando-se a morosidade do Poder Judiciário, busca incessantemente alternativas que elevem à efetividade processual como um dos pressupostos da relação moderna da processualística.

3.3 Os passos da antecipação de tutela no ordenamento jurídico italiano

Analisar os pressupostos de concessão da antecipação de tutela à luz do direito italiano, em comparação com o ordenamento jurídico brasileiro é entender a origem do instituto.

Como visto, no ordenamento jurídico pátrio, tem-se diferenciações quanto às tutelas de urgência. Contudo, nas ordenações italianas verifica-se que o caminho processual seguido é bastante semelhante.

Isso porque, conforme ensinamento de José Roberto dos Santos Bedaque, pode-se dizer que em ambos os sistemas jurídicos, a tutela pretendida em caráter de sumariedade pode ou não ter características das cautelares. (2009, p.36).

Para Humberto Theodoro Júnior, a antecipação de tutela no ordenamento jurídico italiano surgiu por derivação do poder geral de cautela que detém o magistrado, possuindo o mesmo tratamento (rótulo) de medida cautelar, porém com desempenho distinto. A tutela antecipada, na Itália, deixa de possuir características originalmente cautelares. Deixa de possuir um caráter assecuratório e passa a ser um procedimento autônomo, buscando a celeridade para a composição do litígio. (2010. p. 82).

Já para Edoardo Ricci, a tutela antecipatória italiana é uma “ [...] construção de um procedimento próprio, separado do processo civil ordinário: mesmo antes de iniciar o processo ordinário, a parte interessada pode pedir ao juiz a antecipação provisória da tutela[...]” (2010. p.3).

Destaca-se o ensinamento de Zamira de Assis ao discorrer acerca dos procedimentos cautelares do ordenamento jurídico italiano ao mencionar o caráter subsidiário da antecipação de tutela, que é aplicada quando não há previsão de procedimento cautelar, assim dissertando:

A previsão da medida assume um caráter subsidiário ao estatuir que somente fora dos casos regulados nas seções precedentes do Capítulo III (que trata dos procedimentos cautelares), se houver fundado motivo para temer que durante o tempo ocorrente para fazer valer seu direito na via ordinária este seja ameaçado de um prejuízo iminente e irreparável, poderá ajuizar pedido judicial de urgência que, aparelhado segundo a circunstância, seja idôneo a assegurar provisoriamente os efeitos da decisão de mérito. O conteúdo dessa medida define-se de acordo com o caso concreto, já que não há predeterminação legislativa, podendo coincidir com os efeitos que seriam obtidos na futura decisão de mérito, cuja antecipação objetiva neutralizar os efeitos de um prejuízo iminente e irreparável. (2007, p. 183-184).

Esta tutela antecipatória italiana não produz coisa julgada material e nem gera preclusão. Humberto Theodoro Júnior, em estudo sobre o tema, diz que o procedimento se encerra no plano da emergência, sem a necessidade de um processo, não tendo assim, caráter

acessório. É, portanto, um processo de cognição sumária que não faz coisa julgada material. (2008. p. 136).

Edoardo Ricci ainda argumenta que:

O procedimento reservado à tutela antecipatória, que se desenvolve antes e separadamente do processo civil ordinário, tende a assumir as características do procedimento sumário, no que concerne à colheita do material instrutório (e do material de cognição em geral. (2010, p.4).

Portanto, diferentemente do que no ordenamento jurídico brasileiro, o qual insere a tutela antecipada dentro de um processo de conhecimento, na Itália, este procedimento se encerra em um único processo, de cognição sumária, o qual não tem força de coisa julgada material, passível de reanálise a qualquer momento.

CONCLUSÃO

De todo o modo, na presente dissertação, buscou-se averiguar se o modelo procedimental civil vigente, no que tange às tutelas de urgência estão amparadas pela constitucionalização do processo civil, analisando os pormenores dos institutos das tutelas antecipada e cautelar..

Vislumbrou-se que a evolução histórica das Constituições brasileiras, tiveram o escopo de concretizar os direitos humanos e fundamentais, concretizando-se um Estado Democrático de Direito e erigindo o homem ao centro de suas disposições.

Percebeu-se que as garantias fundamentais do acesso à justiça e o devido processo legal, estão jungidas nos princípios constitucionais. É parte inerente dessas garantias constitucionais, o direito do homem em buscar o Estado-juiz para socorrer seu direito ameaçado. Nesse ínterim, viu-se que assiste a parte o direito subjetivo de buscar o Judiciário para resolver seus litígios, porém, objetivando que a resposta do Estado lhe seja, senão favorável, pelo menos passível de ser analisada dentro de um contexto que englobe o acesso à justiça, não na acepção literal da palavra, mas sim, na axiologia que vem carregada das demais bases de um Estado Democrático de Direito, como a celeridade processual, a efetividade e a duração razoável do processo.

Desta maneira, restou evidenciado que sob os aspectos do devido processo legal, e o deferimento das tutelas de urgências há a garantia de resguarda de um direito que poderia ser lesionado, se não houvesse a possibilidade de obtenção de uma resposta célere do Poder Judiciário.

Quanto às tutelas de urgência, vislumbrou-se que essas pautam-se na condição de quem está propondo a ação, consistindo-se em medidas tomadas pelo juiz, mediante uma cognição sumária de um alegado direito à mercê de um risco iminente ou atual, buscando um resultado prático útil (assecuratórias), quando da espécie de tutela cautelar ou até mesmo a antecipação dos efeitos do bem da vida buscado em via judicial, satisfazendo seu objetivo, quando da espécie da tutela antecipada.

Restou claro, portanto, que a tutela cautelar contém a um tempo as funções do processo de conhecimento e de execução, mas a eles não se confundem, por carregar em sua essência o elemento prevenção. Em contrapartida, a tutela antecipada de pronto oferece a um dos sujeitos da contenda o bem da vida posto em litígio, antecipando os efeitos da sentença pretendida, sendo classificada, portanto como satisfativa. Visualizou- a possibilidade de conversão de uma medida em outra, tendo em vista que a fungibilidade não pode ser tratada por uma só via.

Percebeu-se que as medidas de urgências concedidas mediante um juízo de cognição horizontal (sumário), calcadas na plausibilidade do direito e não da certeza, eis que a certeza depende do contraditório, podem as mesmas serem revogadas ou modificadas diante da possibilidade humana do cometimento de erros, todavia, imprescindível para sua concessão, a observância de seus requisitos, uma vez que o legislador, ao inseri-las no ordenamento jurídico, buscou a efetivação material e processual do direito posto à apreciação do Estado-juiz.

Denotou-se que o projeto do novo Código de Processo Civil constitui-se, em sua base, como um instrumento para a atuação da jurisdição, constituindo o processo como relação jurídica, entendendo-se que o processo, além de ser um instrumento para a concretização e efetivação do bem da vida postulado pelas partes, é um meio posto à disposição das partes para restaurar a paz social.

Depreendeu-se que aplicação do Direito seja útil na resolução dos conflitos, sendo um instrumento para alcançar a solução apta a concretizar e promover a paz social e dar efetividade à prestação jurisdicional, conquanto quando a prestação jurisdicional se utilize dos institutos da tutela de urgência e da tutela cautelar para dar maior efetividade aos próprios atos judiciais, uma vez que a morosidade do Poder Judiciário atinge a todos aqueles que dele necessitam para ver valer seus direitos.

Neste diapasão, estudou-se no projeto de novo Código de Processo Civil um novo regramento acerca das tutelas de urgência e as cautelares, haja vista que elaborou-se uma nova divisão chamada de medidas de urgência.

Assim, a evidência revelou-se uma espécie de antecipação dos efeitos da tutela correlacionada ao pedido incontroverso, abuso de direito e matérias unicamente de direito. Frisa-se que esta evidência já estava às escuras no atual Código de Processo Civil, contudo, o legislador, agora, buscou sua positivação no ordenamento jurídico pátrio. A novidade é

encontrada na possibilidade de concessão da tutela de evidência quando a petição inicial for instruída com prova irrefutável do direito alegado e que o réu não oponha prova inequívoca.

Desta maneira a concessão da medida postulada, à luz da evidência, sem a necessidade de demonstrar o perigo da demora, revelou-se como um avanço no tocante à efetividade, uma vez que busca, pela escâncara, dar uma resposta rápida ao processo, a fim de cumprir com a duração razoável do processo.

Com efeito, pelo estudo realizado denota-se que o legislador, paulatinamente esteve modificando os procedimentos arcaicos de 1973, com vistas à adaptação processual, ligada aos princípios da celeridade, economia, segurança jurídica e, principalmente, ao devido processo legal, começando das medidas conservacionistas (tutelas cautelares), passando pela tutela satisfatória (antecipação de tutela), e agora, pretendendo a condensação de ambas (tutelas de urgência e da evidência), em uma forma de efetivação do acesso à justiça, bem como, sua eficiência frente ao litígio posto sob a apreciação da jurisdição.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales. 2002.

ALVES, Eliana Calmon. Tutelas de Urgência. **Informe Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**. V.11, n. 2, jul/dez. 1999. p. 159-168

ALVIM, Arruda. **Notas sobre o projeto de novo código de processo civil**. Disponível em:<<http://www.arrudaalvimadvogados.com.br/visualizar-artigo.php?artigo=2&data=14/03/2011&titulo=notas-sobre-o-projeto-de-novo-codigo-de-processo-civil>> Acesso em 18 out. 2013.

ASSIS, Carlos Augusto de. **A antecipação de tutela**. São Paulo: Malheiros. 2001.

ASSIS A, Zamira de. A ideia da efetividade do direito nas urgências de tutela e as garantias constitucionais do processo. In: TAVARES, Fernando Horta (Org.), **Urgências de tutela, processo cautelar e tutela antecipada**: reflexões sobre a efetividade do processo no Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2007. v.1. p 179-188.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Forum, 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. **Revista de Processo**, v. 102, abr/jun. 2001, p. 228-237.

_____. Por um processo socialmente efetivo. **Revista de Processo**. São Paulo, v.27,n.105, p. 183-190, jan./mar. 2002, p. 181.

BARBOSA, Andrea Carla. Direito em expectativa: as tutelas de urgência e evidência no projeto de novo código de processo civil breves comentários. **Revista dos Tribunais**. vol. 194. Abril de 2011.Disponível em:<<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em 18 out. 2013.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativas de sistematização). 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 05 de outubro de 1988**. Disponível em:< <https://www.planalto.com.br> > Acesso em: 22 ago. 2013.

_____. **Lei Federal n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: < <https://www.planalto.com.br> > Acesso em: 22 ago. 2013.

_____. **Lei Federal n. 8.952 de 13 de dezembro de 1994.** Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. Disponível em: <https://www.planalto.com.br> > Acesso em: 22 ago. 2013.

_____. **Lei Federal n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.com.br> > Acesso em: 22 ago. 2013.

_____. **Lei Federal n. 10.444 de 07 de maio de 2002.** Altera a Lei Nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.com.br> > Acesso em: 22 ago. 2013.

_____. Senado. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de processo civil:** anteprojeto. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em 17 out. 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 28ª ed. atual., São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo.** Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Malheiros, 2002.

CAPELETTI, Mauro. **Acesso à justiça.** Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CASTAGNA, Ricardo Alessandro. **Tutela de urgência:** análise teórica e dogmática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

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

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 18ª e. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2002.

CRETELLA JR. **Elementos de direito constitucional.** 4º ed. ver. atual e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Fundamentos do Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil.** Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. v.2. 6ª ed. Salvador. Editora Juspodivm, 2011.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. 2. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

_____; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil – execução**. v.5 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11ª e. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2003.

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

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. Tomo I.5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

FIGUEIREDO TEIXEIRA, Sálvio. O aprimoramento do processo civil como garantia da cidadania. In: **As garantias do cidadão na Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 79-92.

FRIEDE, Reis. *Limites objetivos para a concessão de medidas liminares em tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: LTr. 2000.

FUX, Luiz. Anteprojeto do novo CPC prevê recurso único e fim da ação cautelar. [fev. 2010]. Brasília: **Revista Consultor Jurídico**. Entrevista. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-24/anteprojeto-cpc-preve-recurso-unico-fim-acao-cautelar>> . Acesso em 27/11/2012.

_____. **Tutela de segurança e tutela de evidência**: fundamentos da tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 1996.

FUX, Luiz. *Anteprojeto do novo CPC prevê recurso único e fim da ação cautelar*. [fev. 2010]. Brasília: **Revista Consultor Jurídico**. Entrevista. Disponível em <<http://www.conjur.com.br>> Acesso em 17 out. 2013.

GUERRA, Marcelo Lima. **Estudos sobre o processo cautelar**, São Paulo: Malheiros, 1995.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2002.

GUSMÃO, Athos Carneiro. Da eficácia e permanência, no curso do processo, das medidas dos efeitos da tutela. **Revista de Processo**. São Paulo: vol. 204, fev. 2012. p. 15.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Juliano Vitor. **As tutelas de urgência no estado democrático de direito – adequação da urgência da tutela no devido processo**. 2008. 122 fls. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de pós-graduação em Direito.

LUNARDI, Fabrício Castagna. **Curso de direito processual civil**. Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2013.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela antecipada**. 3. ed., rev., São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A tutela antecipatória na reforma processual**. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **A antecipação de tutela**. 8ªed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1992.

_____; ARENHART, Sergio Cruz. **Processo cautelar**, v. IV: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Código de processo civil** – comentado artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. v.1. Campinas: Millenium, 1999.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Os valores celeridade processual e segurança jurídica no projeto de novo Código de Processo Civil**. 2012. 14 fls. Artigo. Disponível em: <http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-6885.pdf>. Acesso em: 27 de out. 2013.

MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002.

MIELKE SILVA, Jaqueline. **Tutela de urgência**: de Piero Calamandrei a Ovídio Araújo da Baptista da Silva. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

MONTENEGRO, Misael Filho. **Curso de direito processual civil**. Medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais. 4ª. Ed. São Paulo: Atlas. 2007.

NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. São Paulo: RT, 2002.

_____. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 8ª ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão. O projeto do novo CPC e a tutela de evidência. In: ROSSI, Fernando et al. (Coord.) **O futuro do processo civil no Brasil**: uma análise crítica ao projeto do novo CPC. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 749-758.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2010.

OLIVEIRA, Jacqueline Fernandes. A fungibilidade das tutelas de urgência e sua aplicação nas decisões judiciais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2918, 28 jun. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19436>>. Acesso em: 23 nov. 2012.

PAULINO FILHO, Ronaldo José de Sousa. A tutela de evidência como instrumento de acesso a um justo processo. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 108, jan 2013. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 18 out. 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Introdução à sociologia geral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980.

RIBEIRO, Pedro Barbosa. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos - Divisão Jurídica**. Instituição Toledo de Ensino - Bauru-SP. abr. a jul. 1999. n. 25.

RICCI, Edoardo. **A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano**. Publicado em 16 de setembro de 2010. Disponível em <<http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?novo-cpc-2>>. Acesso em 13 de setembro de 2013.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. 5ª Câmara. **Agravo de instrumento 4.266**. Relator: Desembargador Miguel Pachá. Rio de Janeiro, 10 dez. 1996.

FIGUEIREDO TEIXEIRA, Sálvio. O aprimoramento do processo civil como garantia da cidadania. In: *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. 3ª Câmara Cível. **Agravo de instrumento 96.001.452-7**. Relator: Desembargador Amaral e Silva. Florianópolis, SC, 30 abr. 1997.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Tutelas de urgência no anteprojeto do novo CPC**. O projeto do novo código de processo civil – estudos em homenagem ao Professor José Alburquerque Rocha. Salvador: Editora Juspodivm. ps. 231-267.

_____. **Tutelas de urgência no projeto do novo CPC**. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/joseherval/2013/03/16/tutelas-de-urgencia-no-projeto-do-novo-cpc/>. Acesso em: 18 out 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13ª ed. rev., São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

SILVA A, Ovídio Batista da. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Curso de processo civil**. vol. 1. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2000.

_____. **Curso de processo civil**. vol. 3. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1998.

_____. **Curso de processo civil**. vol. 3. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998.

_____; GOMES, Fábio. **Teoria Geral do Processo Civil**. 2ª e. São Paulo: RT, 2000.

_____. **Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)**, vol. 3. 3ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA B, Fabrício Alves. **A tutela de evidência no novo código de processo civil**. Disponível em: <<http://processocivilmoderno.blogspot.com.br/2010/05/tutela-de-evidencia-no-novo-codigo-de.html>>. Acesso em 27 nov. 2012.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. 3ªed., Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela de urgência no projeto do novo Código Civil**: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 209, julho. 2012. p. 13-34.

TAVARES, Fernando Horta; ROCHA, Daniel de Almeida; BARBOSA, Érica Monteiro. Exame da tutela de urgência e da tutela de evidência no projeto do novo Código de Processo Civil. In: **Pensar: Fortaleza**.v. 18, n.1, jan/abr 2013, , p. 122-162.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. A autonomização e a estabilidade da tutela de urgência no projeto de CPC. **Revista de Processo**. São Paulo: vol 206, abril. 2012. p. 13-59.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**, v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **Processo cautelar**. Ed. 25ª, rev. e, atual. São Paulo: Livraria e editora universitária de Direito, 2010.

_____. **Curso de Direito Processual Civil – Volume II – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência**. Vol. 1. 52ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. Tutela antecipada. Evolução comparatista. Direito brasileiro e direito europeu. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 157, março de 2008. p. 136.

VILLAR, Willard de Castro. **Ação cautelar inominada**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1986

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. v.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____; _____. Curso avançado de processo civil. v.1.: teoria geral do processo de conhecimento. 9.ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____; _____. **Curso avançado de processo civil:** processo cautelar e procedimentos especiais. v.3. 9ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.