

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO – DIR

MARIANI LOPES DE OLIVEIRA

TUTELAS DE URGÊNCIA NO NOVO CPC

Florianópolis – SC

2015

MARIANI LOPES DE OLIVEIRA

TUTELAS DE URGÊNCIA NO NOVO CPC

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Dr. Pedro Miranda de Oliveira.

Coorientadora: Luíza Silva Rodrigues.

Florianópolis – SC

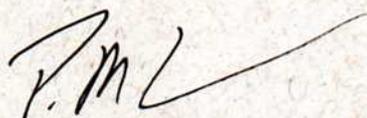
2015

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

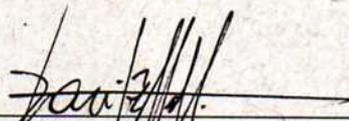
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**Tutelas de Urgência no Novo Código de Processo Civil: um mecanismo para alcançar o resultado útil do processo**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Mariani Lopes de Oliveira**, defendido em **03/12/2015** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

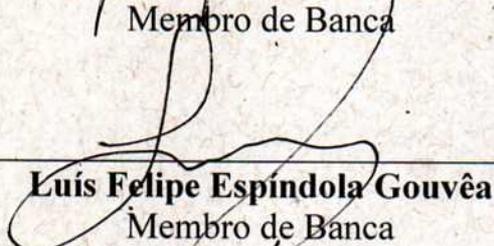
Florianópolis, 3 de Dezembro de 2015



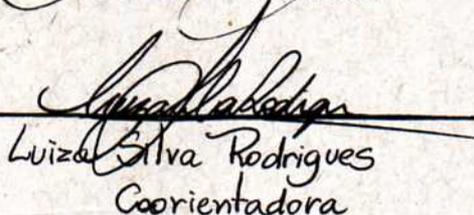
Pedro Miranda de Oliveira
Professor(a) Orientador(a)



Darilê Marques da Matta
Membro de Banca



Luis Felipe Espindola Gouvêa
Membro de Banca



Luíza Silva Rodrigues
Coorientadora



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): **Mariani Lopes de Oliveira**

RG:

CPF: **07872757940**

Matrícula: **10202330**

Título do TCC: **Tutelas de Urgência no Novo Código de Processo Civil: um mecanismo para alcançar o resultado útil do processo**

Orientador(a): **Pedro Miranda de Oliveira**

Eu, **Mariani Lopes de Oliveira**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 3 de Dezembro de 2015

Mariani Lopes de Oliveira

AGRADECIMENTOS

Agraço a Deus por ter colocado no meu caminho a Pati e a Aline, anjos que me protegeram, me ajudaram, me incentivaram e acreditaram em mim quando até eu mesma tinha dúvidas. Dos outros anjos não sei o nome, às vezes chamo de voz da consciência, e sei que olham por mim.

Obrigada, senhor, pela oportunidade de aprendizado, de crescimento e que meu trabalho sirva para ajudar em algo, nem que seja uma reflexão por uma sociedade mais justa. Que os caminhos que eu siga na vida profissional nunca se desvinculem dos valores que acredito como cidadã.

Agradeço aos meus pais, pelas lições, broncas, carinho e cuidado e em especial à minha avó, que eu tanto admiro. Não teve uma vida fácil, e puxava para si o sofrimento para que sobrasse um pouco de conforto aos seus filhos. Muito obrigada, vó.

Agradeço à minha irmã que mesmo caladinha torcia por mim. Agradeço também a todos os meus familiares que compreenderam quando não pude ir às festas ou tive que sair mais cedo, pois precisava estudar ou ir fazer alguma prova.

Sou também muito grata ao meu orientador, Pedro Miranda de Oliveira, que aceitou incontestemente a árdua missão de me orientar. Agradeço a ele não só pela indicação de obras e os rabiscos no meu trabalho, mas principalmente pelas aulas na graduação, nas quais nunca subestimou os alunos. Compartilhava o seu saber ao máximo, e instigava uma postura crítica que me fez amar o processo civil e querer me dedicar ao estudo do tema.

Agradeço também à minha Coorientadora Luiza Silva Rodrigues, que me indicou obras valiosas e me deu dicas precisas de como iniciar um trabalho de pesquisa do qual eu não possuía nenhuma prática.

Também sou muito grata aos meus colegas de curso que tornaram as aulas interessantes mais proveitosas e as aulas entediadas menos desgostosas.

Por fim, agradeço aos estudantes que se esforçaram para deixar o curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina cada vez melhor, mesmo que isso significasse, por vezes, deixar suas vidas particulares de lado. Ainda há muito que fazer, mas o avanço e a luta constante são notáveis.

RESUMO

Neste trabalho busca-se analisar a sistemática das tutelas de urgência no Código de Processo Civil de 2015 e demonstrar que as mudanças operadas serão hábeis a proporcionar maior proteção do bem da vida e do processo em si.

Para alcançar tal objetivo, é realizada inicialmente uma retrospectiva histórica, analisando e criticando as evoluções do instituto em consonância com o pensamento jurídico dominante na época, desde as primeiras codificações até hoje, inclusive as reformas de 1994 e 2002.

Verificam-se os erros e acertos de cada mudança legislativa operada acerca das tutelas de urgência, abordando os termos utilizados e a disposição organizacional dos artigos. O sistema de tutelas de urgência do Código de Processo Civil de 1973 é examinado e apontam-se as incongruências existentes, bem como incompreensões doutrinárias e jurisprudenciais quanto às peculiaridades de ambas as técnicas, antecipatória e cautelar. Posteriormente é explicado o termo “técnica” ao se referir à técnica antecipatória e à técnica cautelar. Explica-se também o sistema individual de cada técnica, seus objetivos, características, requisitos e funcionamento. Depois, de forma comparada, analisam-se ambas as técnicas, apontando diferenças e semelhanças.

Finalmente, passa-se à análise do instituto das técnicas de urgência no Código de Processo Civil de 2015, destacando-se as escolhas operadas em relação aos problemas vivenciados nos outros códigos pelos quais o Brasil ultrapassou, bem como as influências que sofreu. Também se concede especial atenção ao instituto da estabilização da tutela. Por fim, faz-se uma breve análise da tutela de evidência.

Cumprido o objetivo, conclui-se que as quebras de paradigmas foram operadas com suavidade e permitem que os juristas utilizem uma ferramenta adaptável a várias situações, motivo pelo qual é inegável que o referido diploma legal é uma ferramenta que proporciona maior proteção do bem da vida e do processo em si.

Palavras-chave: Processo civil. Tutelas de urgência. Código de Processo Civil de 1939 e de 1973. Reformas processuais. Tutelas provisórias. Técnicas de urgência. Código de Processo Civil de 2015. Estabilização da tutela de urgência.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
2 ANÁLISE DAS CONDIFICAÇÕES ANTERIORES AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	10
2.1 Considerações Iniciais	10
2.2 Breve Histórico	12
2.2.1 <i>Código de Processo Civil de 1939</i>	14
2.2.2 <i>Código de Processo Civil de 1973</i>	20
2.2.3 <i>Reformas de 1994 e 2002</i>	25
3 TÉCNICAS DE TUTELA DE URGÊNCIA	33
3.1 A Expressão Técnica	33
3.2 Técnica Cautelar	35
3.3 Técnica Antecipatória	40
3.4 Diferenças e Semelhanças entre a Técnica Cautelar e Antecipatória	43
3.4.1 <i>Diferenças</i>	43
3.4.2 <i>Semelhanças</i>	47
3.5 Tutela de Evidência	50
4 TUTELAS DE URGÊNCIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	53
4.1 Influências	53
4.2 Parte Geral	55

4.3 Opções Adotadas acerca das Técnicas de Tutela de Urgência no Código de Processo Civil de 2015	59
4.3.1 <i>Fungibilidade entre as técnicas</i>	59
4.3.1 <i>O termo provisório versus temporário</i>	67
4.4 PROCEDIMENTO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA E ESTABILIZAÇÃO.....	71
CONCLUSÃO.....	78
REFERÊNCIAS	80

INTRODUÇÃO

“Justiça retardada é justiça denegada”. Essa frase foi utilizada pelo Ministro Luiz Fux na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015. Esse estigma é atribuído ao Poder Judiciário desde muito tempo, o que ocasiona desprestígio e insatisfação da população em relação à instituição.

O Novo Código de Processo Civil tem a missão de combater essa morosidade e tentar ser uma ferramenta de efetividade da prestação jurisdicional. E, por vezes, efetividade da prestação jurisdicional, nada mais é do que uma resposta célere à demanda.

Contudo, o procedimento processual não foi concebido para ser rápido, eis que é necessário tempo para produção de prova pelas partes e atenção devida do magistrado à análise das peculiaridades do caso, além de eventuais recursos – direitos consagrados constitucionalmente.

Contudo, a demora do trâmite processual, por si só não é um problema. Ocorre que, em alguns casos, o retardo da prestação jurisdicional pode, inclusive, inutilizar o próprio processo e fazer com que ele não tenha sentido, ou que seja apenas um fim em si mesmo.

Para evitar isso e tentar harmonizar todos os direitos processuais constitucionais, desde as primeiras codificações, surgiram as tutelas de urgência – objeto deste trabalho.

Embora se reconheça a influência de diplomas estrangeiros no Código de Processo Civil de 2015, entende-se que há uma atuação recíproca de todos os ordenamentos mundiais uns nos outros, de modo a criar inspirações e evitar erros de acordo com as experiências alheias.

Assim, analisar os diplomas estrangeiros tem o condão de possibilitar a interação entre tradições que resolveram juridicamente, a seu modo, os desafios dos anseios sociais. Essa interação entre culturas pode resultar em algo muito proveitoso se conseguir ir além das próprias questões condicionantes, o que nem sempre é possível.

Contudo, a simples recepção passiva de outras tradições pode resultar em algo alienado exatamente por conduzir à apreciação do diferente como algo que se deve seguir indistintamente, sem adaptar à respectiva realidade e pior, sem tematizar os

próprios problemas. Por isso, não será feito um estudo de direito comparado neste trabalho.

Aqui, será analisado o desenvolvimento histórico, no Brasil, dessas tutelas de urgência, desde o surgimento da técnica de proteção do processo em si, até a necessária proteção do direito material de forma antecipada, bem como os percalços que o sistema de tutelas de urgência enfrentou e enfrenta até hoje.

Além disso, serão expostas as diferenças e semelhanças apontadas pela doutrina entre ambas as técnicas de urgência, bem como o porquê da expressão “técnica”.

Por fim, as mudanças trazidas pelo novo diploma legal serão analisadas em conformidade com os anos de amadurecimento de processo civil pelo qual o sistema brasileiro passou.

Sem dúvida nenhuma a atualidade do tema é o ponto forte do trabalho. Considerando a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 em março de 2016 e as expectativas que envolvem o tema. Analisar as mudanças trazidas pela quebra de paradigma processual requer cuidado, atenção e sensibilidade dos operadores de direito.

Além disso, a importância do tema é muito grande, pois as tutelas de urgência (cautelar e antecipatória) várias vezes acabam por determinar o sucesso ou não de uma demanda (nem que seja para viabilizar um acordo entre os litigantes). E, nesse sentido as mudanças ocorridas no Novo Código de Processo Civil acentuam ainda mais essa importância.

Como se não bastasse isso, o Código de Processo Civil é uma das mais importantes leis brasileiras, visto que se aplica de forma subsidiária a vários ramos do direito.

Neste trabalho, adota-se uma visão finalística do processo civil. Entende-se que o direito adjetivo serve ao direito material no sentido de viabilizar a concretização deste no mundo dos fatos. Por isso, não pode ter sua função desviada por questões meramente formais, nem tampouco olvidar dos direitos e garantias previstos constitucionalmente. Sendo assim, todas as mudanças que incentivem o aproveitamento dos meios

processuais e a instrumentalidade das formas são bem vindos, desde que expostos de forma clara e antecipada.

Assim, o tema é interessante pelas reflexões que possibilita. Faz com que a própria atuação como jurista seja repensada, pois no dia a dia forense os juristas deparam-se com uma realidade social que, às vezes, não há respaldo nas abstratas normas do Direito, além de ir de encontro aos anseios da sociedade de massa.

Isso porque o objetivo do processo civil foi deixado de lado e as discussões que se envolvem geralmente são um fim em si mesmas – meros caprichos teóricos. Logo, resgatar o sentido processual como um conjunto de regras para concretizar o direito material, sem dúvida, implica uma sociedade mais justa.

Por conta disso, o problema deste trabalho é esclarecer se a mudança no tratamento das tutelas de urgência trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 viabiliza o alcance do resultado útil do processo, utilizando a metodologia dedutiva.

Portanto, o que se pretende demonstrar ao final é que sim. A hipótese básica deste trabalho consiste que as várias transformações operadas no sistema de tutelas de urgência no Novo Código de Processo Civil de 2015 proporcionam uma maior proteção do bem da vida e do processo em si.

2 ANÁLISE DAS CODIFICAÇÕES ANTERIORES AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

2.1 Considerações Iniciais

Inicialmente, convém, além de delimitar o objeto deste trabalho, estabelecer alguns conceitos utilizados para evitar equívocos no entendimento do aqui exposto. É comum que se utilizem as mesmas palavras, mas com significados distintos e, conseqüentemente, o pensamento convergente é tido como divergente.

Longe de querer esvaziar o debate acerca dos conceitos aqui determinados, busca-se, na verdade, coerência e clareza, de modo a facilitar o diálogo com o leitor, sobretudo porque a maioria das definições não encontra consenso na doutrina.

O acordo semântico aqui pretendido se dará acerca dos seguintes termos: jurisdição, ação, tutela cautelar, tutela antecipada, provisório, definitivo, satisfatividade e cognição.

Quando se falar em jurisdição, neste trabalho, será referente ao poder de o Estado, por meio da figura do juiz, aplicar o direito ao caso concreto para, além de solucionar conflitos de interesse, proteger a ordem jurídica.

Luiz Guilherme Marinoni conceitua jurisdição da seguinte forma:

Jurisdição é o poder do Estado de aplicar e realizar o Direito de maneira autoritativa com irreversibilidade externa de seus provimentos. No Estado Constitucional, essa atividade deve ser levada a efeito na dimensão da Constituição, sem descuidar da eficácia direta dos direitos fundamentais materiais e processuais sobre o problema debatido em juízo e da possibilidade de controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral pelo Poder Judiciários, tendo por objetivo realizar a justiça do caso concreto. (MARINONI, 2008b, p. 11)

Talvez a mais famosa acepção sobre o termo jurisdição seja a de Francesco Carnelutti (1952, p. 5), que defendia que jurisdição é uma função de busca da “justa composição da lide”.

Seja um poder, dever, ou uma função, é certo que a jurisdição é monopólio do Estado e tem a finalidade de aplicar a lei ao caso concreto, não somente em casos de lide, haja vista a existência de jurisdição voluntária, por exemplo.

Com efeito, para Alexandre de Freitas Câmara (2013a, p. 144), ação é uma “posição jurídica capaz de permitir a qualquer pessoa a prática de atos tendentes a provocar o exercício, pelo Estado, da função jurisdicional”.

Sendo assim, o termo ação, neste trabalho, indicará o direito de exigir que o Estado exerça a jurisdição. A partir daí, o Estado não possui apenas o poder, mas o dever de aplicar o direito concretamente, independentemente do conteúdo, seja uma sentença de procedência ou improcedência.

Ou seja, metaforicamente, o particular provoca o Estado por meio da propositura da ação, “ligando” a máquina estatal, a qual, por meio do processo, prestará a jurisdição.

Outro termo que merece atenção é “cognição”, sendo que esta se refere ao juiz e à prova a ele dirigida para obtenção da finalidade essencial do processo de conhecimento: a coisa julgada. Assim, diz-se sumária a cognição que ainda não percorreu todo o procedimento previsto para, dentre outras coisas, conceder ao réu o direito à produção de provas; e, diz-se exauriente, aquela que já esgotou os meios para tanto.

Sobre o tema, destaca-se o seguinte conceito da doutrina: “Cognição é a técnica utilizada pelo juiz para, através da consideração, análise e valoração das alegações e provas produzidas pelas partes, formar juízos de valor acerca das questões suscitadas no processo, a fim de decidi-las”. (WATANABE, 1987, p. 41).

Aos termos “tutela cautelar”, “tutela antecipada”, “provisório”, “definitivo” e “satisfatividade” será dedicado um capítulo próprio. Contudo, desde já explica-se que cautelar e antecipatória são técnicas distintas.

Da mesma forma, para evitar a repetição exaustiva de palavras, os termos “tutela”, “técnica” e “medida” serão usados sempre que não se alterar o sentido do texto.

No que tange ao termo “provisório”, tem-se que é contrário ao “definitivo” para explicar um recorte no tempo referente a um determinado juízo que depende do momento processual, ou seja, acerca do quanto se percorreu procedimentalmente, durante uma cognição sumária e exauriente, respectivamente.

Por fim, o objeto do presente trabalho serão as técnicas de urgência, espécie do gênero tutelas provisórias (termo adotado no Código de Processo Civil de 2015). Nesse sentido, dedicar-se-á apenas à tutela cautelar e à antecipatória, sem aprofundar-se à tutela de evidência.

Feitas as devidas considerações acerca dos principais termos controvertidos neste trabalho, iniciar-se-á um histórico das tutelas de urgência no Código de Processo Civil de 2015.

2.2 Breve Histórico

Desde os primeiros conflitos existentes entre os seres humanos, entendeu-se necessária a existência de um terceiro para decidir quem estava correto. Isso porque deixar que os particulares fizessem justiça pelas próprias mãos (autotutela) ocasionava um abuso de força e a consequente dominação do mais forte, que impunha a satisfação do seu interesse, prevalecendo a “justiça do mais forte sobre o mais fraco”.

Para evitar esses abusos, surgiram as normas jurídicas processuais, estabelecendo-se determinadas regras e princípios para regular como se daria a resolução do conflito. Além disso, o Estado foi “eleito” o terceiro julgador com o monopólio da jurisdição. Na verdade, Luiz Guilherme Marinoni (2008a, p. 33) afirmou que o Estado adquiriu poder suficiente para ditar a solução para os conflitos de interesses.

Luiz Guilherme Marinoni (2008a, p. 33) explica em outras palavras que “se o particular foi proibido de exercer a ação privada, o Estado, ao assumir a função de resolver os conflitos, teria que propiciar ao cidadão uma tutela correspondente à realização da ação privada que foi proibida”.

No Brasil, mesmo após a independência foram mantidas as normas processuais de origem portuguesa. Ou seja, ainda em 1825 seguiam-se, dentro do possível, as Ordenações Filipinas datadas de 1613.

Em 1832, o Código de Processo Criminal do Império possuía um título próprio destinado à *Disposição provisória acerca da administração da justiça civil*.

Posteriormente, em 1850, foi editado o Regulamento n. 737, logo após a elaboração do Código Comercial, sendo que este regulamento foi o primeiro Código Processual Nacional. Entretanto, era destinado apenas às causas comerciais. Contudo, quarenta anos depois, em 1890, com o Regulamento n. 763, passou a ser aplicado às causas civis.

Nesse sentido, é interessante observar que, de certa forma, tanto o direito processual penal quanto o direito comercial continham normas aplicáveis ao direito processual civil e hoje o que se vê é totalmente oposto: tanto o atual Código de Processo Civil de 1973, quanto o sucessor, de 2015, preveem a aplicação subsidiária para vários ramos do direito (trabalhista, eleitoral, comercial, e até mesmo ao direito processual penal de forma análoga, dentre outras), sendo utilizado como base e aplicado de forma complementar, demonstrando a importância do processo civil no ordenamento jurídico brasileiro.

Em 1891, na Constituição Republicana houve a separação entre Justiça Federal e Estadual e a consequente outorga das respectivas competências para legislar sobre processo, ainda que de forma bastante confusa. Diante disso, houve a promulgação do direito processual da União pelo Decreto n. 3.084/98, e os Estados exerceram a faculdade de legislar sobre processo civil, promulgando-se vários códigos estaduais de processo civil no Brasil.

Entretanto, na Constituição de 1934 optou-se por atribuir somente à União a competência para legislar sobre direito processual, unificando-o. Assim, em 1937 uma comissão ficou responsável por elaborar o Código Nacional de Processo Civil que somente foi transformado em lei com o Decreto Lei n. 1.608/39 e que entrou em vigor a partir de 1º de março de 1940.

No que tange especificamente às tutelas de urgência, verifica-se que, mesmo desde os tempos mais remotos, o procedimento processual não foi concebido para ser rápido, eis que é necessário tempo para produção de prova pelas partes e atenção devida do magistrado à análise das peculiaridades do caso.

Contudo, a demora do trâmite processual, por si só, não é um problema. Ocorre que, em alguns casos, o retardo da prestação jurisdicional pode, inclusive, inutilizar o

próprio processo e fazer com que ele não tenha sentido, ou que seja apenas um fim em si mesmo.

Nesse sentido, é o entendimento de Humberto Theodoro Júnior:

O provimento judicial definitivo não pode ser ministrado instantaneamente. A composição do conflito de interesses, mediante o processo, só é atingida pela sequência de vários atos essenciais que ensejam a plena defesa dos interesses das partes e propiciam ao julgador a formação do convencimento acerca da melhor solução da lide, extraído do contato com as partes e com os demais elementos do processo. De tal sorte, entre a interposição da demanda e a providência judicial satisfativa do direito de ação (sentença ou ato executivo), medeia necessariamente certo espaço de tempo, que pode ser maior ou menor conforme a natureza do procedimento e a complexidade do caso concreto. (THEODORO JR, 2008, p. 22)

Para evitar isso, surgiram as tutelas de urgência, inicialmente a cautelar.

Como explica Humberto Theodoro Júnior (2008, p. 35), “o direito romano conheceu algumas medidas preventivas, mas não tinha uma visão autônoma do processo cautelar como forma especial de jurisdição”.

Citando Franco Lancellotti, o autor continua, afirmando que os alemães foram os responsáveis por iniciar uma ideia processual das medidas preventivas, bem como estruturar uma sistematização. (THEODORO JR, 2008, p. 35)

Por fim, o doutrinador ressalta que foram os italianos que fizeram uma abordagem científica do tema e, “embora divergindo entre si, sobre o fundamento básico, coincidem quanto à autonomia do processo cautelar e sua unidade conceitual”. (RAMIDO PODETTI apud THEODORO JR, 2008, p. 35)

Portanto, serão analisados os desdobramentos desses institutos nas codificações brasileiras, a começar pelo Código de Processo Civil de 1939.

2.2.1 Código de Processo Civil de 1939

Francisco Campos, na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939, expôs a sua visão acerca da realidade histórica brasileira e defendeu a necessidade de centralização do poder diante do fracasso dos códigos processuais estaduais:

Aspecto relevante da reforma processual brasileira é, com efeito, a sua íntima conexão com o problema da unidade política do país. Contra a tendência descentralizadora da Constituição de 1891, que outorgara aos Estados a faculdade de legislar sobre o processo civil e comercial, insurgiram-se os elaboradores do estatuto de 1934, transferindo à União essa prerrogativa política. Mas esta restituição à União de um poder de legislar que durante um século lhe pertencera estava destinada a permanecer letra morta dentro do ambiente da exagerada autonomia política ainda reservada por aquela Carta aos Estados componentes da Federação.

A Constituição de 10 de novembro veio tornar possível, fortalecendo o poder central, a realização da unidade processual, e, para dar-lhe maior expressão e coerência, unificou também a Justiça. (CAMPOS, 1939, p. 11)

Francisco Campos (1939, p. 10) explicou ainda que a história do processo teve base no direito canônico, pois as Ordenações Filipinas inspiraram o Regulamento 737 e, além do mais, todas as reformas e tentativas de reformas processuais que se fizeram posteriormente se basearam principalmente na novela 45 do Imperador Leão, do século nono, e no canon de Inocêncio III, de 1216.

Diante disso, Francisco Campos patrocinava a causa de que o Brasil necessitava de um processo próprio.

Porém, ante a carência de conteúdo sobre o tema, somente a origem de inspiração foi alterada: do direito canônico para o direito estrangeiro.

Nesta senda, foi utilizado o ordenamento italiano e os aprendizados obtidos com a experiência processual dos Estados Unidos em contraposição à da Inglaterra. Os americanos não só influenciaram a ideia de federação como o próprio processo civil. Mas foram vistos como fracasso, pois, no Brasil, os códigos estaduais não foram bem recebidos e os brasileiros não gostariam de incorrer em outros erros americanos também.

Na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939, chegou-se a mencionar uma fala do Presidente norte americano William Howard Taft, clamando por um processo mais célere e efetivo:

Pode ser afirmado, como uma proposição geral, que o que tende a prolongar ou demorar o processo é uma grande vantagem para o litigante que tem a maior bolsa. O indivíduo que tem envolvido no litígio tudo o que possui é muito prejudicado em uma luta judiciária com um contendor apto, pelos seus recursos, a prolongar a lide e, portanto, a manter, pelo maior espaço de tempo possível, o outro litigante privado daquilo que realmente lhe pertence. (TAFT apud CAMPOS, 1939, p.2)

Sendo assim, o Código de Processo Civil de 1939 não só foi uma imposição da lei constitucional de 34 e também da Constituição de 37, mas, sobretudo, uma necessidade de um instrumento mais popular e mais eficiente para distribuição da justiça, além de a própria ciência do processo ter se modernizado em vários outros países, exigindo uma evolução do processo civil brasileiro.

Nessa época, de acordo com a visão de Francisco Campos na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939, o processo era visto como algo ritualístico e desigual, em que o mais rico se aproveitava das formalidades e da própria demora do processo para obter vantagem.

Para combater isso, a ideia defendida por Francisco Campos foi adotada: entendeu-se necessário que o Estado adotasse uma postura mais autoritária no processo.

A Justiça deveria ser pública e elevada à categoria de bem geral e, para alguns juristas da época, isso só seria possível com uma maior intervenção do juiz, que deixaria de ter uma postura de mero expectador e passaria a influenciar mais o processo, em busca da suposta verdade processual e da distribuição da justiça, o que implicaria em autoritarismo estatal.

Assim, para atingir uma concepção publicística do processo, utilizou-se a teoria imanentista, na qual o direito processual é entendido como era mero reflexo do direito material, ou seja, a ação não possuía autonomia, tendo como principal representante da época o italiano Giuseppe Chiovendado. Na exposição de motivos, Francisco Campos explicou o seguinte:

O juiz é o Estado administrando a justiça; não é um registo passivo e mecânico de fatos, em relação aos quais não o anima nenhum interesse de natureza vital. Não lhe pode ser indiferente o interesse da justiça. Este é o interesse da comunidade, do povo, do Estado, e é no juiz que tal interesse se representa e personifica. (CAMPOS, 1939, p.3)

Diante deste cenário é que se pode compreender o poder geral de cautela instituído nos artigos 675 e seguintes do Código de Processo Civil de 1939. O poder geral de cautela seria um meio de tornar a Justiça mais efetiva e célere, outorgando poderes ao juiz (que adotaria uma postura mais autoritária e seria a figura representante do Estado) de modo que o processo se tornasse mais seguro e que eventual demora na prestação jurisdicional não fosse óbice à “satisfação do direito da parte” (porém, o

objetivo era proteger o processo em si, para evitar deterioração do bem objeto do litígio e não antecipar a satisfação do direito material).

O Livro V do Código de 1939, referente aos processos acessórios, tratava, no Título I, das medidas preventivas.

Contudo, nessas medidas preventivas era prevista apenas a técnica cautelar (preventiva propriamente dita ou preparatória). Não que em uma atitude desesperada não se concedesse uma tutela de cunho satisfativo (tutela antecipada), mas isso era um desvirtuamento do instituto e não possuía segurança jurídica nenhuma, haja vista a falta de previsão legal e de requisitos específicos para essa outra tutela.

Além disso, os artigos 677¹ e 687² do referido código estabeleciam a referibilidade, pois caso deferida a medida preparatória, deveria ser proposta a ação principal no prazo de 30 dias, sob pena de perda da eficácia e eventual reparação civil e; caso deferida a medida preventiva propriamente dita, esta também só possuiria eficácia enquanto pendente a ação principal.

Ademais, embora o rol das medidas preventivas previsto no artigo 676³ fosse meramente exemplificativo, não era concebível a concessão de medida preventiva sob a técnica antecipatória, pois o processo não era sincrético e vigia o princípio da *nulla executio sine titulo*, ou seja, não era possível a execução antes de findo todo o

¹ Art. 677. Salvo as hipóteses dos ns. V, VI e VII, quando qualquer das medidas referidas no artigo anterior fôr ordenada como preparatória, a ação será proposta no prazo de trinta (30) dias, contados da efetivação da medida, sob pena de perder esta a eficácia e ficar o requerente obrigado a reparar os danos resultantes da execução.

² Art. 687. As medidas preventivas só terão eficácia enquanto pendente a ação, podendo ser revogadas ou modificadas.

³ Art. 676. As medidas preventivas poderão consistir:

I – no arresto de bens do devedor;

II – no sequestro de coisa móvel ou imóvel;

III – na busca e apreensão, inclusive de mercadorias em trânsito;

IV – na prestação de cauções;

V – na exibição de livro, coisa ou documento (arts. 216 a 222);

VI – em vistorias, arbitramentos e inquirições ad perpetuam memoriam;

VII – em obras de conservação em coisa litigiosa;

VIII – na prestação de alimentos provisionais, no caso em que o devedor seja suspenso ou destituído do pátrio poder, e nos de destituição de tutores ou curadores, e de desquite, nulidade ou anulação de casamento;

IX – no arrolamento e descrição de bens do casal e dos próprios de cada cônjuge, para servir de base a ulterior inventário, nos casos de desquite, nulidade ou anulação de casamento;

X – na entrega de objetos ou bens de uso pessoal da mulher e dos filhos; na separação de corpos e no depósito dos filhos, nos casos de desquite, nulidade ou anulação de casamento.

procedimento de cognição. Sendo assim, qualquer tentativa de antecipar os efeitos da tutela final era vista de forma afrontosa ao devido processo legal.

Contra a decisão que concedesse ou denegasse as medidas requeridas como preparatórias da ação era possível a interposição de agravo de instrumento, como previa o artigo 842⁴, III, do Código de Processo Civil de 1939.

Entretanto, em relação às decisões acerca das medidas preventivas propriamente ditas, ocorria um caso peculiar.

É que o rol das hipóteses de cabimento de agravo de instrumento era taxativo (art. 842) e praticamente enumerava casuisticamente as hipóteses de concessão das medidas preventivas (art. 676⁵) que, por sua vez e como já dito, previa um rol

⁴ Art. 842. Além dos casos em que a lei expressamente o permite, dar-se-á agravo de instrumento das decisões:

- I, que não admitirem a intervenção de terceiro na causa;
- II, que julgarem a exceção de incompetência;
- III, que denegarem ou concederem medidas requeridas como preparatórias da ação;
- IV - que receberem ou rejeitarem “*in limine*” os embargos de terceiro;
- V, que denegarem ou revogarem o benefício de gratuidade;
- VI, que ordenarem a prisão;
- VII, que nomearem ou destituírem inventariante, tutor, curador, testamenteiro ou liquidante;
- VIII, que arbitrarem, ou deixarem de arbitrar a remuneração dos liquidantes ou a vintena dos testamenteiros;
- IX, que denegarem a apelação, inclusive de terceiro prejudicado, a julgarem deserta, ou a relevarem da deserção;
- X, que decidirem a respeito de erro de conta ou de cálculo;
- XI, que concederem, ou não, a adjudicação, ou a remissão de bens; XII, que anularem a arrematação, adjudicação, ou remissão cujos efeitos legais já se tenham produzido;
- XIII, que admitirem, ou não, o concurso de credores, ou ordenarem a inclusão ou exclusão de créditos;
- XV, que julgarem os processos de que tratam os Títulos XV a XXII do Livro V, ou os respectivos incidentes, ressalvadas as exceções expressas;
- XVI, que negarem alimentos provisionais;
- XVII, que, sem caução idônea, ou independentemente de sentença anterior, autorizarem a entrega de dinheiro ou quaisquer outros bens, ou a alienação, hipoteca, permuta, subrogação ou arrendamento de bens.

⁵ Art. 676. As medidas preventivas poderão consistir:

- I – no arresto de bens do devedor;
- II – no sequestro de coisa móvel ou imóvel;
- III – na busca e apreensão, inclusive de mercadorias em trânsito;
- IV – na prestação de cauções;
- V – na exibição de livro, coisa ou documento (arts. 216 a 222);
- VI – em vistorias, arbitramentos e inquirições ad perpetuam memoriam;
- VII – em obras de conservação em coisa litigiosa;
- VIII – na prestação de alimentos provisionais, no caso em que o devedor seja suspenso ou destituído do pátrio poder, e nos de destituição de tutores ou curadores, e de desquite, nulidade ou anulação de casamento;
- IX – no arrolamento e descrição de bens do casal e dos próprios de cada cônjuge, para servir de base a ulterior inventário, nos casos de desquite, nulidade ou anulação de casamento;

exemplificativo e extremamente vinculado ao direito material. Sendo assim, caso ocorresse um pedido de medida preventiva fora do rol, a decisão era irrecurável.

Diz-se irrecurável porque, por mais que fosse possível a interposição do agravo previsto no artigo 851⁶ do Código de Processo Civil de 1939, tal recurso somente seria admissível contra decisões que concedessem (e não as que denegassem) as medidas preventivas e na pendência da lide, conforme inciso III do referido artigo.

E, como se não bastasse isso, a irresignação só seria analisada caso invocada como preliminar em recurso de apelação – semelhante ao agravo retido do Código de Processo Civil de 1973. Ou seja, após muito tempo de tramitação do processo, quando os efeitos já não seriam úteis ao interessado.

No que tange à possibilidade de concessão de medida preventiva sob a técnica antecipatória, tem-se que só era prevista de forma especial, em ações próprias como, por exemplo, nas ações possessórias (arts. 371 a 383) e no mandado de segurança (nos arts. 319 a 331).

Ainda assim, a tutela do mandado de segurança, inicialmente prevista na Lei n. 1.533/51, só era aplicável às “urgências” contra autoridade pública e era meramente suspensiva – “Art. 7º - Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: [...] II - que se *suspenda* o ato que deu motivo ao pedido quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida.” (grifado)

Fazendo-se uma análise cronológica do surgimento das técnicas de tutela de urgência no direito brasileiro, verifica-se que, posteriormente, foi criada outra tutela na Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/65).

X – na entrega de objetos ou bens de uso pessoal da mulher e dos filhos; na separação de corpos e no depósito dos filhos, nos casos de desquite, nulidade ou anulação de casamento.

⁶ Art. 851. Caberá agravo no auto do processo das decisões:

I – que julgarem improcedentes as exceções de litispendência e coisa julgada;

II – que não admitirem a prova requerida ou cercearem, de qualquer forma, a defesa do interessado;

III – que concederem, na pendência da lide, medidas preventivas;

IV – que considerarem, ou não, saneado o processo, ressalvando-se, quanto à última hipótese o disposto no art. 846.

Tal técnica possibilitava que, logo ao despachar a inicial o juiz ordenasse a requisição, às entidades indicadas na petição inicial, dos documentos que tiverem sido referidos pelo autor (art. 7º, I, b) – técnica cautelar.

Em seguida, pela Lei 6.513/77, houve a inclusão do parágrafo 4º do artigo 5º na Lei da Ação Popular, que previa expressamente que “Na defesa do patrimônio público caberá a *suspensão* liminar do ato lesivo impugnado” – técnica antecipatória. (grifado)

Ou seja, embora antecipatória, uma tutela também meramente de caráter suspensivo.

Evidente que a legislação em vigor não era suficiente para atender os reais anseios da sociedade de massa, motivo pelo qual foi necessária a criação de uma nova codificação.

2.2.2 Código de Processo Civil de 1973

Diante da inadequação do Código de Processo Civil de 1939 aos anseios da sociedade de massa, Alfredo Buzaid foi convidado em 1961 pelo Ministro da Justiça a elaborar um anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil, submetido à análise do Poder Executivo em 1964.

Alfredo Buzaid, membro da Escola Paulista de Direito Processual e aluno de Enrico Tullio Liebman, italiano, foi Ministro da Justiça no governo Médici e, em 1972, encaminhou o Projeto n. 810 ao Congresso Nacional.

O Código Buzaid, como apelidado, era regido pela Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e passou a vigorar a partir de 1º de janeiro de 1974.

Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 24), criticou o então novo Código ao afirmar que “não representou uma revolução metodológica, ideológica ou estrutural”, pois era um “*modelo processual* equivalente ao que tínhamos antes, embora revestindo de melhor aspecto estético alguns institutos, aperfeiçoando outros e, sem dúvida alguma, introduzindo alguns progressos substanciais”.

Discorda-se de Dinamarco neste aspecto, pois por mais que tenha havido a influência da doutrina italiana tanto no Código de Processo Civil de 1939, como também no de 1973, ocorreu brusca mudança ideológica processual, visto que antes havia forte influência da teoria imanentista e posteriormente adotou-se a teoria eclética da ação.

Justamente por causa desta alteração de paradigma é que houve grande alteração na sistemática das tutelas de urgência em relação ao estabelecido no Código de Processo Civil de 1939.

De acordo com a nova teoria adotada, por mais que o direito de ação não fosse completamente independente do direito material, não estava a ele condicionado como defendido pela teoria imanentista.

No Código de Processo Civil de 1939, que adotava a teoria imanentista, as hipóteses de concessão das medidas preventivas e o respectivo recurso eram materialmente casuísticos e isso foi um grande problema na época, como já demonstrado.

Assim, para resolver esta dificuldade era necessário adotar uma teoria um pouco mais abstrata – teoria eclética da ação.

Além disso, verificou-se que as tutelas, quando deferidas interinamente ao processo de conhecimento no Código de Processo Civil de 1939, careciam de autonomia e variavam de acordo com a mudança de entendimento nos tribunais.

Devido a esses incômodos, propôs-se a criação de um processo próprio e autônomo às tutelas de urgência gerais existentes na época (cautelares), disciplinado no Livro III do Código de 1973, para que houvesse a proteção do processo durante o tramitar da ação de conhecimento, grande influência da teoria eclética da ação.

Na exposição de motivos do Código de 1973, Alfredo Buzaid explicou a denominação “Processo Cautelar” conferida ao respectivo Livro:

Ainda quanto à linguagem, cabe-nos explicar a denominação do Livro III. Empregamos aí a expressão processo cautelar. Cautelar não figura, nos nossos dicionários, como adjetivo, mas tão-só como verbo, já em desuso. O projeto o adotou, porém, como adjetivo, a fim de qualificar um tipo de processo autônomo. Na tradição de nosso Direito Processual era a função cautelar distribuída por três espécies de processos, designados por preparatórios, preventivos e incidentes (17). O projeto, reconhecendo-lhe

caráter autônomo, reuniu os vários procedimentos preparatórios, preventivos e incidentes sob fórmula geral, não tendo encontrado melhor vocábulo que o adjetivo cautelar para designar a função que exercem. A expressão processo cautelar tem a virtude de abranger todas as medidas preventivas, conservatórias e incidentes que o projeto ordena no Livro III, e, pelo vigor e amplitude do seu significado, traduz melhor que qualquer outra palavra a tutela legal. (BUZOID, 1973, p. 12-13).

A autonomia do processo cautelar é a principal característica da tutela de urgência no Código de Processo Civil de 1973. As medidas acautelatórias deixam de ser dependentes de um conceito de direito material (como o eram no Código de 1939, porquanto internas ao processo de conhecimento e seguidoras da teoria imanentista), para ter vida, sentido e função própria.

Embora o artigo 796 do Código de Processo Civil de 1973 preveja que “o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente”, houve um claro problema de semiótica.

Na verdade, a dependência mencionada não era ao direito material (como na teoria imanentista), mas ao processo em si. Para alguns autores, a intenção de Alfredo Buzaid era a de atrelar o processo cautelar ao processo principal, de modo que não houvesse a perda da eficácia com a sentença de primeiro grau, mas somente com o trânsito em julgado, nos termos do artigo 520, IV, do Código de Processo Civil de 1973.

Nesse sentido, destaca-se:

Para que a liminar continue vigendo depois da sentença adversa da causa principal é necessário que o julgamento de primeiro grau tenha ressalvado a sobrevivência da medida cautelar. Do contrário, a revogação está implícita e escapa ao efeito suspensivo da apelação, por força do art. 520, IV, e da autonomia entre os julgamentos as duas causas interligadas. (THEODORO JR, 2008, p. 191)

E, para conseguir essa autonomia, Alfredo Buzaid criou um processo próprio para as cautelares gerais, o que, como já dito, não foi compreendido pelos operadores de direito. Essa autonomia do processo cautelar teria, para alguns autores, o principal objetivo de manter a cautelar enquanto pendente recurso contra o indeferimento da ação principal.

Contudo, discorda-se desse posicionamento. Aqui, entende-se que o maior objetivo de Alfredo Buzaid ao criar um processo próprio para a técnica cautelar foi deixar evidente que a cautelar era um “*tertium genus*” (um terceiro gênero), o que foi confirmado pelo autor na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973:

“O processo cautelar foi regulado no Livro III, porque é um *tertium genus*, que contém a um tempo as funções do processo de conhecimento e de execução.” (BUZAID, 1973, p. 17)

Por conta disso, entende-se que o mentor do Código de Processo Civil de 1973 quis diferenciar o processo cautelar do processo de conhecimento e do processo de execução, criando uma terceira categoria, portanto, mas que serviria às duas outras existentes.

No mesmo sentido, é o entendimento de Humberto Theodoro Júnior (2008, p. 36): “De tal maneira, a posição verdadeira das medidas cautelares é a de um *tertium genus*, entre a cognição e a execução, participando da natureza de ambas as funções, mas gozando de autonomia, graças aos fins ou objetivos peculiares da cautela”.

Outrossim, apesar da autonomia, a ação cautelar caracterizava-se pelo que se chamava de “referibilidade” a uma ação principal, independentemente se era preventiva ou preparatória. Assim, a ação cautelar possuía um processo próprio e o julgamento de improcedência da ação principal não deveria implicar na revogação da cautelar.

Sendo assim, caso concedida a medida cautelar, sua eficácia seria mantida enquanto perdurasse o processo principal podendo ser, a qualquer tempo, revogada ou modificada, conforme disposto no artigo 807 do CPC.

O desapego à teoria imanentista fez com que o poder geral de cautela estabelecido no Código de Processo Civil de 1973 não previsse mais casos concretos de aplicação, ainda que exemplificativos, como no Código de 1939; pelo contrário, a estipulação foi abstrata, sendo que o juiz poderia determinar as medidas provisórias que julgasse adequadas, quando houvesse fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, causasse ao direito da outra, lesão grave e de difícil reparação, nos termos do artigo 798.

Embora a Lei n. 11.187/05, que alterou o artigo 522, tenha deixado mais clara as hipóteses de utilização do agravo retido e do agravo de instrumento, o recurso cabível contra essa decisão interlocutória que concedesse ou denegasse a medida provisória requerida também não havia dúvidas. Era o agravo de instrumento.

O grande problema foi, além da dificuldade de assimilação da autonomia do processo cautelar e entender a sistemática pretendida por Alfredo Buzaid, saber se o poder geral de cautela compreendia ambas as técnicas de urgência: técnica acautelatória e técnica antecipatória.

Embora com muitas divergências, tanto na jurisprudência quanto na doutrina, predominou o entendimento de que o poder geral de cautela, embora amplo, não era ilimitado. Quer dizer, “a tutela cautelar é espécie de tutela jurisdicional não satisfativa, não se confundindo com as demais formas de tutela sumária (isto é, fundadas em juízo de probabilidade).” (CÂMARA, 2010, p. 52)

No mesmo sentido, Greco Filho (2009, p. 173) explicou que “não deve o juiz pretender substituir pela providência cautelar o cabimento de um processo de conhecimento ou executivo”.

Assim, o poder geral de cautela no Código de 1973 era restrito ao poder conferido ao juiz para preservar “os elementos necessários à atuação útil e eficaz da futura prestação jurisdicional de mérito”. (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 76).

Sendo assim, a maior parte da doutrina entendeu que, mesmo geral e abstrato, o poder geral de cautela não poderia satisfazer o direito subjetivo pretendido. Somente era possível a utilização da tutela antecipatória nos procedimentos especiais (possessórias, por exemplo).

Da mesma forma como ocorreu no Código de Processo Civil de 1939, diante da inexistência de instituto próprio que permitisse a antecipação dos efeitos da tutela pretendida aos outros procedimentos que não os especiais, o poder geral de cautela também era aplicado, de forma desvirtuada e contrária ao entendimento da doutrina majoritária, aos casos de satisfação de direitos.

Em outras palavras: utilizava-se a ação cautelar inominada para obter todos os tipos de provimentos gerais antecipados, ou seja, que não fossem os previstos nos procedimentos especiais.

Contudo, esse alargamento impróprio do instituto foram “soluções injustas”, e geraram “insegurança e intranquilidade nos jurisdicionados e nos operadores do direito”, conforme Kazuo Watanabe (1996, p. 31).

Isso porque os magistrados utilizavam critérios subjetivos para a concessão da tutela de caráter satisfativo, eis que não havia requisitos próprios definidos para essa técnica, e os requisitos previstos para a concessão da técnica cautelar eram demasiado superficiais diante de uma tutela mais agressiva como a antecipatória.

Logo, a mudança era necessária.

2.2.3 Reformas de 1994 e 2002

Para solucionar a controvérsia acerca da possibilidade de se implementar a necessária satisfatividade “geral”, ou seja, não somente para os procedimentos especiais (possessórias, por exemplo), optou-se por fazer reformas pontuais no Código então vigente.

A primeira “minirreforma” iniciou-se em 1992, por iniciativa da Associação dos Magistrados Brasileiros e da seção brasiliense do Instituto Brasileiro de Direito Processual, seguidos pela Escola Nacional da Magistratura, cujo diretor, à época Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, tornou-se presidente da comissão revisora.

A maior crítica ao Código Buzaid foi “sua disciplina dissociada da realidade”, o que seria reflexo do “hermetismo com que foi elaborado, sem a participação dos diversos segmentos da comunidade jurídica nacional” (TEIXEIRA, 1994, p. 208).

Por conta disso, a modificação inserida em 1994 pretendia tornar o processo mais ágil, o que por vezes significava simplesmente antecipar os efeitos da tutela que seria concedida ao final. Entretanto, para que isso fosse possível, era preciso estabelecer os requisitos para tanto.

Assim, a Lei n. 8.952/94, alterou dispositivos do Código concernentes ao processo de conhecimento e ao processo cautelar, introduzindo, dentre outros, o instituto da antecipação da tutela.

Em que pese tal instituto não ser novidade no ordenamento jurídico brasileiro, porquanto aplicável às ações possessórias, bem como previsto no mandado de segurança quando suspensivo, na Ação Popular e no artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, a reforma “ordinarizou” a antecipação dos efeitos da tutela, possibilitando

que fosse utilizada para todas as ações e não somente aos procedimentos especiais, altamente vinculados ao direito material.

Assim, no artigo 273 do Código de Processo Civil estabeleceram-se os requisitos para concessão antecipada dos efeitos da tutela pretendida:

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

A substituição da casuística do Código de Processo Civil de 1939 por requisitos abstratos no Código de Processo Civil de 1973 tinha sido um avanço. Por conta disso, na Reforma de 1994 tentou-se fazer o mesmo, permitindo-se que os conceitos indeterminados fossem subsumidos ao caso concreto.

Porém, a escolha das expressões não foi bem sucedida.

É que a expressão “verossimilhança da alegação”, tipicamente cautelar, jamais poderia ser invocada na mesma frase que o termo “prova inequívoca”, evidentemente satisfativo. Em consequência dessa atecnia e conjuntamente com a falta de assimilação da sistemática autônoma concebida por Alfredo Buzaid para o processo cautelar, instaurou-se a maior confusão processual entre os operadores de direito, com a consequente mistura entre as duas técnicas, que já ocorria há quase meio século, desde o Código de Processo Civil de 1939.

Sobre a interpretação dos conceitos, destaca-se da doutrina de Luiz Guilherme Marinoni:

A denominada "prova inequívoca", capaz de convencer o juiz da "verossimilhança da alegação", somente pode ser entendida como "a prova suficiente" para o surgimento do verossímil, *entendido como o não suficiente para a declaração de existência ou inexistência do direito.* (2008a, p. 211)

Assim, considerando que a conjugação das expressões na mesma oração era impossível, ou se reduzia a robustez da comprovação, que já não precisaria ser tão inequívoca - considerando um momento processual onde era possível somente uma mera cognição sumária acerca dos fatos (e daí aproximaria a uma técnica mais suave como a cautelar e que já existia, inclusive com processo próprio); ou que não se exigisse

apenas uma mera verossimilhança da alegação para concessão de uma tutela mais agressiva como a técnica antecipatória, tal “verossimilhança”, na verdade deveria ser entendida como uma grande probabilidade, o que também não era suficiente, por ser uma contradição em termos.

Assim, Luiz Guilherme Marinoni elucidou bem a questão, propondo uma interpretação interessante:

Quando se fala em antecipação de tutela, pensa-se em uma tutela que deve ser prestada em tempo inferior àquele que será necessário para o término do procedimento. Como a principal responsável pelo gasto de tempo no processo é a produção da prova, admite-se que a tutela seja concedida antes que as provas requeridas pelas partes tenham sido produzidas (tutela antecipada). Nesse sentido, afirma-se que a tutela é concedida com a postecipação da produção da prova, ou a postecipação do contraditório. *Em casos como estes, "prova inequívoca" somente pode significar a prova formalmente perfeita, cujo tempo para a produção não é incompatível com a imediatidade em que a tutela deve ser concedida.*

A prova não pode ser designada "prova de verossimilhança" ou "prova de certeza". Quando o procedimento deve prosseguir para que outras provas sejam produzidas, há formação de uma espécie de juízo, o qual deveria ser qualificado como "juízo provisório", mas é chamado, pelo art. 273 do CPC, de "juízo de verossimilhança". (2008a, p. 212)

Logo, o citado autor defende que o correto seria falar em juízo provisório ao invés de “verossimilhança”.

Concordando com o termo sugerido, Elpídio Donizetti Nunes comenta:

Por prova inequívoca entende-se a prova suficiente para levar o juiz a acreditar que a parte é titular do direito material disputado. Trata-se de um juízo provisório. Basta que no momento da análise do pedido de antecipação, todos os elementos converjam no sentido de aparentar a probabilidade das alegações. (NUNES, 2004, p. 236)

Instaurado o caos sobre a diferenciação da tutela cautelar e da antecipatória, ainda havia outra mudança trazida pela Reforma de 1994, esta menos gravosa: fornecia meios para que a decisão, referente à obrigação de fazer ou não fazer, proferida pelo juiz fosse cumprida.

Sobre o tema, Cassio Scarpinella Bueno explicou o seguinte:

O "arsenal" do art. 461 inclui a possibilidade de o magistrado aplicar multas para compelir o réu a fazer, ou não fazer ou dar a coisa devida. Essas multas têm como finalidade única (e daí sua natureza jurídica) *intimidar* o réu a acatar a determinação judicial (a *ordem*), exercendo sobre ele alguma dose de pressão psicológica para que ele, o próprio réu, satisfaça o direito suficientemente reconhecido para o autor. (BUENO, 2011, p. 106)

As *astreintes*, sem dúvida nenhuma, tornaram as tutelas mais efetivas, haja vista a influência psicológica (possibilidade de perda patrimonial – multa) que pressiona a parte contrária ao cumprimento da determinação judicial.

Dando continuidade ao avanço legislativo, com a finalidade de tornar as tutelas de urgência ainda mais efetivas, a Lei n. 10.444/02 não só ampliou a aplicação da multa também às obrigações de entregar coisa móvel ou imóvel como também permitiu que o juiz determinasse outras medidas necessárias à obtenção do resultado prático equivalente.

Assim, era permitida tanto uma tutela de natureza cominatória (condenatória), quanto mandamental ou executiva. Entretanto, a obtenção de resultado prático correspondente também se enquadra na noção doutrinária de tutela específica, ou seja, não visa o dinheiro (multa).

Scarpinella Bueno explicou a integração das possibilidades da seguinte forma:

Nos dispositivos do art. 461, tutela específica da obrigação e obtenção de resultado prático equivalente (ou correspondente) são postas como duas categorias distintas. A insistência na reiteração dessa dicotomia (*caput*, §1º e §5º) não deixa dúvidas a respeito.

Sendo assim, e para que se preserve a dicotomia reiteradamente prevista no texto legal, deve-se reconhecer que o termo “tutela específica da obrigação”, no art. 461, significa algo ainda mais restrito do que a definição doutrinária que se dá a esse conceito. No art. 461, “tutela específica da obrigação” distingue-se de “obtenção de resultado prático equivalente”, por consistir na busca do resultado final não mediante meios substitutivos da conduta do demandado, mas através da sua própria conduta.

Ambas, tutela específica da obrigação e obtenção de resultado prático equivalente, enquadram-se na noção doutrinária de tutela específica, contrapondo-se à conversão em perdas e danos – tutela genérica, relegada à excepcionalidade (art. 461, §1º). (BUENO, 2011, p. 531):

Essas duas reformas foram responsáveis por criar um verdadeiro sistema de efetivação da tutela de urgência, o qual, inclusive, era conectado ao art. 273 do Código de Processo Civil de 1973.

Nesse sentido, é o seguinte ensinamento:

O art. 273 se aplica subsidiariamente ao art. 461, §3º, como se se tratasse de uma “norma geral” de antecipação e tutela ou a norma que prevê, a exemplo do que se dá para o “processo cautelar”, um dever-poder geral de antecipação. (BUENO, 2011, p. 126)

Na mesma vertente de pensamento, Luiz Rodrigues Wambier (2008, p. 353), defendeu que “a tutela antecipada prevista no § 3º do art. 461 submete-se ao mesmo regime geral (requisitos, provisoriedade, fundamentação da decisão que a concede, recorribilidade etc.) da concessão daquela prevista no art. 273”.

O mesmo raciocínio é utilizado na lição de Hélio do Vale Pereira:

Esses dispositivos, analisados em conjunto, deixam claro que a intenção era no sentido de fornecer uma regulamentação geral (art. 273), fixando modalidades especiais, quanto às obrigações de fazer ou de não fazer (art. 461) e de entregar coisa (art. 461-A).

A doutrina integralmente tem essa visão: o art. 273 é norma de caráter mais amplo a ser aplicada aos casos não tratados particularmente pelos outros dois. [...]

Estima-se que os três dispositivos formem um sistema relativo à tutela antecipada, aplicando-se indistintamente entre si. Com efeito, [...] todas as hipóteses de antecipação de tutela se referem a provimentos de natureza mandamental ou executiva. Em outros termos, cuida-se de imposições de fazer, de não fazer ou de entregar coisa [...]. Ora, essas três situações são tratadas pelos arts. 461 e 461-A. Dessa forma, não remanesceria para o art. 273 nenhuma hipótese de tutela antecipada! A única forma de harmonizar essa contradição é no sentido de considerar que todas essas disposições devam ser aplicadas harmônica e indistintamente. (PEREIRA 2007, p.552-553)

De fato, os artigos 461 e 461-A são um verdadeiro sistema.

Inicialmente, para que o demandado cumprisse a determinação judicial, aplicava-se uma multa para atingir o resultado pretendido ou outro resultado prático equivalente e, mesmo assim, caso isso não ocorresse, era possível a tutela específica da obrigação e, ainda assim, caso infrutífero ou impossível, seria convertido em perdas e danos.

Embora não inserido conjuntamente com o art. 273 do Código de Processo Civil de 1973, o sistema dos artigos 461 e 461-A não se confundia com o processo executivo:

No âmbito daquele processo executivo, cita-se o devedor a fim de satisfazer a prestação (arts. 632 e 642). Contudo, fica desde logo estabelecido que, não satisfeita a obrigação no prazo assinado pelo juiz, nada mais restará senão a via do cumprimento por terceiro à custa do devedor ou a indenização por perdas e danos arts. 633 e 643). A carga mandamental contida no preceito executivo é diminuta (mesmo se considerada a possibilidade de cominação de multa diária – art. 645). Prepondera a eficácia de preordenação de medidas sub-rogatórias.

Já no sistema instituído pelo art. 461, visa-se primordialmente o exato resultado que se teria caso o demandado houvesse assumido a conduta devida. O § 1º desse artigo consagra em termos cogentes tal diretriz, tornando a conversão em perdas e danos hipótese excepcional (“somente se converterá...” por opção do autor ou impossibilidade de conseguimento específico). (PEREIRA, 2007, p. 554)

Sendo assim, no processo de execução, a conversão em perdas e danos é uma decorrência lógica; já no sistema de efetivação das tutelas antecipadas, previsto nos artigos 461 e 461-A, é uma exceção.

Ressalta-se ainda que o rol do § 5º do artigo 461 não é exaustivo, haja vista existência da expressão “tais como”. Entretanto, não se pode olvidar dos comandos constitucionais, sobretudo no que tange à prisão civil, permitida apenas na hipótese do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal. (BUENO, 2011, p 355)

Embora o referido inciso também faça menção à possibilidade de prisão do depositário infiel, tal questão já foi afastada pelo Supremo Tribunal Federal na Súmula Vinculante n. 25.

Cássio Scarpinella Bueno (2011, p. 355) ressalta ainda que as “providências adotadas devem guardar relação de utilidade, adequação e proporcionalidade com o fim perseguido, não podendo acarretar na esfera jurídica do réu sacrifício maior do que o necessário”.

Porém, essa vedação não é um óbice à efetivação da medida, pois “os mecanismos sub-rogatórios e coercitivos poderão ser utilizados simultaneamente”. (BUENO, 2011, p. 355)

A “Reforma da Reforma”, como chamada a Reforma de 2002, também foi responsável por inserir o § 3º ao artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973.

Referido dispositivo previu que, para a efetivação da tutela antecipada, deveriam ser observadas as normas referentes à execução provisória, faz referência ao artigo 588 (agora artigo 475-O, em decorrência da alteração operada pela Lei 11.232/05, explicada a seguir).

Dessa forma, a tutela antecipatória prevista no art. 273 do Código de Processo Civil de 1973 quebrou a higidez do princípio *nulla executio sine titulo*.

A força da norma foi tão grande no ordenamento jurídico que logo em seguida a Lei n. 11.232/05 também revogou o disposto no art. 584 do Código de Processo Civil,

que exigia uma sentença condenatória que constituísse um título executivo para a execução.

Tal princípio evitava que uma execução fosse iniciada sem título que, neste caso, era uma sentença condenatória transitada em julgado, na qual o direito não seria mais passível de discussão, ou seja, dotado de “certeza”.

Por causa desse princípio, fazia-se uma associação lógica entre “descoberta da verdade”, contraditório, coisa julgada, certeza e cognição exauriente, de modo que o réu não poderia ser atingido sem a realização plena da ampla defesa.

Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 208-209) explica que a ideia da busca da “certeza jurídica” somente foi lançada para encobrir o fato de que não se confiava no juiz.

O mesmo autor arremata ao afirmar que, na verdade, o grande obstáculo à execução não era o brocado latino, mas sim a “possibilidade de arbítrio do juiz”, que poderia prestigiar uma parte em detrimento da outra, questionando-se a autoridade conferida ao Estado juiz defendida no Código de 1939 (MARINONI, 2008b, p. 208-209).

Contudo, os conflitos próprios da sociedade contemporânea não poderiam mais aguardar o tempo necessário para a definição do processo de conhecimento. Por isso a ação cautelar foi utilizada diversas vezes de forma distorcida na prática forense.

Nesse sentido, destaca-se da doutrina:

Os novos conflitos, por sua própria natureza, deixaram clara a necessidade de tutela antecipatória, ou seja, a realização do direito no curso do processo de conhecimento. Nesse caso, passou-se a admitir a tutela direito antes da realização plena do contraditório. Para a efetividade da tutela do direito, restringe-se, em um primeiro momento, o direito à produção das provas, o qual mais tarde pode ser exercido de forma integral no mesmo processo em que a tutela antecipatória é concedida, garantindo-se, dessa forma e apenas com um processo, o direito à efetividade da tutela jurisdicional e o direito ao contraditório (que na hipótese é apenas postecipado). (MARINONI, 2008, p. 209-210)

Sendo assim, a “execução” deixou de ser entendida como uma mera consequência lógica de um direito declarado por uma sentença, e passou a conceber também a possibilidade de ser realizada imediatamente, de acordo com uma situação

que, por sua peculiaridade, merecesse esse tratamento, sobretudo diante da fragilidade do termo “certeza jurídica”.

Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 208) refere-se ao termo como uma “ilusão”, pois “o juiz mesmo após a produção das provas e ao final do procedimento comum de conhecimento, pode estar envolvido em situação de dúvida”.

Por fim, outra inovação e talvez a mais polêmica de todas foi a inserção do § 7º ao art. 273 do Código de Processo Civil de 1973, que assim dispôs: “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”.

Por conta disso, a doutrina se dividiu acerca da possibilidade ou não de fungibilidade entre a técnica cautelar e antecipatória.

Parte entendia que era parcial (somente era possível a concessão de cautelar se requerida a antecipação de tutela) e outra parte que era total, com as devidas adaptações (mesmo que requerida a tutela antecipada em sede de processo cautelar, era possível o seu deferimento, observando-se algumas condições). Contudo, esse questionamento será abordado de forma mais completa no terceiro capítulo.

Conclui-se, portanto, que o que Alfredo Buzaid (1973, p. 7-8) temia já na exposição de motivos do Código de 1973, aconteceu: “O grande mal das reformas parciais é o de transformar o Código em mosaico, com coloridos diversos que traduzem as mais variadas direções”.

Em vista da crise instaurada pelo fracasso das reformas, tornou-se necessária mais uma mudança, dessa vez, não somente uma reforma, mas todo um sistema processual, propondo-se uma nova codificação.

3 TÉCNICAS DE TUTELA DE URGÊNCIA

3.1 A Expressão “Técnica”

Os termos “técnica de urgência” e “tutela de urgência” foram usados como sinônimos durante o trabalho, assim como “medida de urgência”, sempre que não fosse alterado o sentido do texto. Entretanto, tratam-se de conceitos distintos.

Para Luiz Guilherme Marinoni (2006, p. 234), as formas de tutela pertencem ao plano do direito material, enquanto as técnicas concentram-se no plano do direito processual.

Na mesma linha de raciocínio Eduardo de Avelar Lamy (2004, p. 43) defende que “a tutela de urgência pode se dar através de várias espécies de técnicas típicas e atípicas, específicas ou genéricas”.

Ainda segundo Luiz Guilherme Marinoni, o que importa é o modo (técnica) pelo qual o direito processual tutela o direito material:

[...] quando se pergunta sobre o significado da tutela jurisdicional perante o direito material, de nada adianta saber se for proferida uma sentença “x” ou utilizado um meio de execução “y”, pois esses são incapazes de refletir o resultado que o processo proporciona no plano do direito material, mas apenas o “modo” (a técnica) pelo qual o direito processual tutela os diversos casos conflituos concretos. (MARINONI, 2006, p. 234)

Nesse sentido, para a prestação da tutela jurisdicional do direito material de forma provisória, pode o magistrado se utilizar da técnica de urgência (antecipatória ou cautelar) ou técnica de evidência.

Cândido Rangel Dinamarco (1987, p. 317), definiu o vocábulo técnica como sendo a “predisposição ordenada de meios destinados a obter certos resultados”. Nesse sentido, ressalta-se o caráter instrumental da medida, eis que só se justificaria em razão da existência de alguma finalidade a ser cumprida e “de que deve ser instituída e praticada com vistas à plena consecução da finalidade”.

Dentro da técnica de urgência, entende Teori Albino Zavascki (1996, p. 68-69) que “tem o juiz à sua disposição duas técnicas distintas, que utilizará segundo a natureza do caso concreto: a cautelar e a antecipatória”.

O autor defende ainda que “decretar medidas provisórias cautelares ou antecipatórias, representa, simplesmente, o poder de formular regras de solução para os fenômenos concretos de conflito entre direitos fundamentais que formam o devido processo legal” (ZAVASCKI, 1996, p. 68-69)

Sendo assim, é inegável a natureza instrumental própria do conceito de “técnica”. Instrumental, pois serve de instrumento (ferramenta) para efetivar o direito material no mundo dos fatos, não apenas como o direito processual em si, mas de forma concreta de instrumentalização do próprio processo (é o instrumento do instrumento).

E, quando se associa “técnica” à palavra “efetivação”, conclui-se que são meios a serem empregados pelo juízo para a realização efetiva do direito material postulado pelo jurisdicionado e reconhecido judicialmente.

Sobre a instrumentalidade do processo, interessante é o posicionamento de Eduardo de Avelar Lamy:

Acima da autonomia da relação jurídica processual em relação ao direito material está a própria efetividade da jurisdição, cujo aperfeiçoamento passa necessariamente pela via do processo. Sem que o direito possa se fazer sentir na vida prática dos litigantes, não há que se falar numa verdadeira evolução da teoria processual. (LAMY, 2004, p. 31)

Embora utilizando o termo do Código italiano “medidas cautelares” pra se referir ao que no Brasil trata-se de tutelas provisórias (técnicas cautelar e antecipatória), Piero Calamandrei (1945, p. 51) as dividiu em quatro grupos: medidas de instrução antecipada, medidas para garantir a execução forçada, medidas de antecipação provisória e, finalmente, medidas de caução processual.

Galeno Lacerda (1987, p. 15), por sua vez, separou as referidas medidas em “segurança quanto à prova”, “segurança quanto aos bens (execução)” e “segurança mediante antecipação provisória da prestação jurisdicional”, sem mencionar o último grupo trazido por Piero Calamandrei, referente à contracautela.

Logo, para a concretização do direito material, o magistrado possui duas tutelas provisórias (gênero): a técnica de evidência (espécie) e a técnica de urgência (espécie), esta última, objeto do presente trabalho.

Nesse sentido, para tutelar algo de forma imediata, pode-se utilizar a técnica cautelar ou a técnica antecipatória, conforme objetivo pretendido, o que será explicado a seguir.

3.2 Técnica Cautelar

Desde a primeira codificação unificada do Processo Civil, em 1939, surgiram dúvidas acerca da interpretação do instituto da técnica cautelar. E, mesmo quando lhe foi destinado um livro e um processo próprio, a incerteza persistiu. Como se não bastasse a questão ainda não resolvida no Código de 1973, após as reformas a controvérsia se acirrou.

Contudo, o objetivo da técnica cautelar é bastante claro: assegurar o resultado útil do processo.

Sobre os termos utilizados para se referir a tal técnica, Cássio Scarpinella Bueno esclarece o seguinte:

A tutela jurisdicional [...] é usualmente referida pela doutrina pelo nome de “medida cautelar” e, até mesmo, por “processo”, “ação” ou “sentença” cautelar.

É comum, até mesmo, o emprego de outras expressões – certamente derivadas do título da obra clássica de Calamandrei – como “providências” ou “provimento” cautelar. (BUENO, 2011, p. 171)

Criticando a confusão de expressões entre ação cautelar e medida cautelar, Alexandre de Freitas Câmara assim discorre:

[...] com bastante frequência, podem-se ler petições iniciais em que o advogado que a subscreve afirma que seu patrocinado propõe “medida cautelar” em face do demandado, quando em verdade o que se propõe é, sem sobra de dúvida, uma “ação cautelar.” (CÂMARA, 2013a, p. 23)

Com efeito, embora utilizando o termo “medida cautelar” para se referir à técnica cautelar, Alexandre Freitas Câmara (2013a, p. 21) conceituou o instituto como sendo “o provimento judicial capaz de assegurar a efetividade de uma futura atuação jurisdicional”.

Outra definição interessante é a de Enrico Tulio Liebman, citado por Humberto Theodoro Júnior (2008, p. 24): “A atividade jurisdicional cautelar dirige-se à segurança

e garantia do eficaz desenvolvimento e ao profícuo resultado das atividades de cognição e de execução, concorrendo, dessa maneira, para o atingimento do escopo geral da jurisdição”.

Eduardo de Avelar Lamy (2004, p. 43) explica que a “técnica cautelar é aquela que objetiva assegurar o resultado útil da demanda principal à qual é apenas acessória. A noção de cautela liga-se a ideia de garantia do bem jurídico objeto da outra ação”.

É o que se denomina “referibilidade” da ação cautelar.

Essa concepção autônoma, mas referível, criada por Alfredo Buzaid não foi compreendida na época pelos operadores do direito, mas é uma das características mais marcantes de tal instituto jurídico.

Comentando a referibilidade e a autonomia, Alexandre Freitas Câmara (2013b, p. 21) explica que a medida cautelar “é normalmente concedida através de um processo destinado à verificação de seu cabimento e, em seguida (no mesmo processo) à sua efetivação, a que se dá o nome de processo cautelar”.

Verifica-se que o fato de a técnica cautelar ser usada normalmente no seu processo próprio, conforme a Codificação de 1973, ou seja, de forma autônoma e referível, tem-se que não se dá exclusivamente dessa forma, haja vista o disposto no § 7º do art. 273 do Código de Processo Civil.

Nesse caso, se o autor requerer a aplicação da técnica antecipada (ou seja, na ação principal – processo de conhecimento), uma técnica de natureza cautelar, o juiz pode deferir a medida cautelar em caráter incidental, ou seja, no mesmo processo.

Mesmo nesse caso, a técnica cautelar seria referível, pois ainda conservaria a sua eficácia somente na pendência do processo principal.

Assim, conforme Luiz Guilherme Marinoni (1994, p. 81), mesmo os provimentos cautelares nominados de caráter satisfativo (alimentos provisionais, a justificação, a separação de corpos, a ação de demolição e interdição, etc.), possuem referibilidade em relação a uma ação principal, eis que seus provimentos, apesar de satisfativos, carecem da definitividade, pois não fazem coisa julgada material e não geram efeitos após o trânsito em julgado.

Nesse caso, resta evidente que a referibilidade, assim como a provisoriedade (em relação à coisa julgada), são características básicas da técnica cautelar, mesmo naqueles provimentos que implicam em satisfatividade (característica típica da técnica antecipatória).

Ainda sobre a referibilidade da técnica cautelar, Alexandre Freitas Câmara consegue unir o entendimento de Ovídio Baptista da Silva e de Luiz Guilherme Marinoni da seguinte forma:

A referibilidade é essencial às medidas cautelares. Entenda-se o que se pretende aqui afirmar: toda medida cautelar se refere a uma situação substancial, que se quer proteger. Esta referibilidade é dado indicativo da cautelaridade. Onde não há referibilidade, não há medida cautelar. (MARINONI; SILVA apud CÂMARA, 2013b, p. 27)

Portanto, a referibilidade, quer dizer, a vinculação que liga o direito acautelado ao direito de acautelá-lo faz com que a técnica cautelar seja, na verdade, uma pretensão sumária, provisória - não exauriente -, que visa apenas garantir um fim útil ao processo que objetiva instrumentar.

Outra característica da técnica cautelar é a provisoriedade. Embora alguns autores utilizem o termo temporariedade, essa diferenciação será realizada no próximo capítulo.

Acerca de tal característica, Cássio Scarpinella Bueno (2011, p. 182) afirma que “a proteção obtida “cautelarmente” extingue-se com a efetivação da tutela jurisdicional que se pretende proteger, trazendo à tona o disposto na primeira parte do *caput* do art. 807 e no inciso III do art. 808”.

Assim, a técnica cautelar possui dois pressupostos: deve durar enquanto a situação de perigo permaneça latente e a sentença não poderá fazer coisa julgada material – por isso provisória.

Com efeito, a técnica cautelar pode ser utilizada como “preparatória”, quando requerida antes da propositura da ação principal, ou ainda “incidental”, quando requerida depois de proposta a ação principal.

Em regra, quando preparatória, será destinada a salvaguardar a produção de provas, ou seja, evitar o perecimento do conjunto probatório e dificultar ou impossibilitar a instrução do processo. Já quando for incidental, será destinada a evitar

que a execução seja frustrada, por exemplo, pela inexistência de bens da parte contrária a fim de satisfazer o crédito a que faz jus o exequente.

Entretanto, pode ocorrer de o devedor tentar se desfazer de seu patrimônio antes da propositura da demanda e, mesmo assim, a medida poderá ser requerida antes do processo, sem que seja considerada preparatória. Da mesma forma, ainda que o processo esteja em curso, mas ainda não tenha havido a produção de provas, poderá ser requerida a sua proteção.

Por fim, no que tange aos requisitos para o deferimento da técnica cautelar, a doutrina aponta como sendo o *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) – isto é, um juízo de probabilidade quanto à existência do direito a ser tutelado –, e o *periculum in mora* (perigo da demora) – um fundado receio de lesão grave ou de difícil reparação ao direito a ser tutelado.

Sobre os requisitos, explica Eduardo de Avelar Lamy:

A técnica cautelar deve ser aplicada sempre que houver possibilidade de procedência do pedido do autor na ação principal, bem como perigo de dano ao bem jurídico daquela ação, em razão da demora da efetivação do provimento jurisdicional final resultante de cognição exauriente. Trata-se dos requisitos do *fumus boni iuris*, a “fumaça do bom direito”, e do *periculum in mora*, o “perigo da demora”. (LAMY, 2004, p. 43)

Contudo, sobre o requisito do *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito), Humberto Theodoro Júnior (2008, pp. 62-64) alertou que o escopo da técnica cautelar é assegurar o resultado útil do processo, independentemente se há ou não probabilidade de êxito na ação principal.

Isso porque, “a medida cautelar possui objetivo próprio, que naturalmente não pode confundir-se com o das outras ações”. (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 62).

Sobre o tema, destaca-se o seguinte:

Ora, se não existe um direito substancial de cautela, e se a medida cautelar é decretada não em razão da possibilidade de êxito da pretensão material da parte, mas da necessidade de assegurar eficácia e utilidade ao provimento do processo principal, não se deve exacerbar o condicionamento da tutela preventiva à verossimilhança do direito substancial da parte.

[...]

Por não ser o direito material da parte o fundamento da pretensão cautelar, tanto que LIEBMAN fala em *mera ação*, à base de simples interesse e não de direito subjetivo, o *fumus boni iuris*, em profundo estudo do Prof. RONALDO CUNHA CAMPOS, mereceu séria repulsa como requisito da ação cautelar. (THEODORO JR, 2008, p. 62)

Assim, Humberto Theodoro Júnior (2008, p. 62) consignou que condicionar a cautelar ao *fumus boni iuris* é um hábito que vai de encontro à autonomia do processo cautelar.

Sendo assim, o *fumus boni iuris* deve ser entendido como “a verificação efetiva de que, realmente, a parte dispõe do direito de ação, direito ao processo principal a ser tutelado”. (THEODORO JR, 2008, p. 64)

Ao final, o autor termina exemplificando da seguinte maneira:

Naturalmente, se pela própria narração da pretensão geradora da lide se deduz que o autor não irá ganhar a ação principal, o pedido deve ser considerado juridicamente inadmissível, e por isso caberá a tutela jurisdicional de mérito (o caso será de indeferimento liminar da petição inicial da ação principal, segundo a regra do art. 295, parágrafo único, n^{os} II e III). Carecendo da ação principal, como é óbvio, não fará jus também à tutela cautelar. Para decidir, portanto, sobre o *fumus boni iuris*, a análise do juiz tem de se concentrar nos fatos que o autor arrola como o fundamento da ação principal e sobre sua idoneidade, em tese, para sustentar a pretensão material. Em caso afirmativo haverá *fumus boni iuris*. Não haverá se da narração dos fatos não decorrer, lógica e juridicamente, o direito invocado contra o réu. (THEODORO JR, 2008, p. 64)

Portanto, o referido autor entende que o julgamento do mérito da ação principal não pode influenciar a ação cautelar, somente nos casos em que a ação principal carecer das condições da ação (interesse processual e legitimidade das partes).

Contudo, o doutrinador não se refere aos casos de acolhimento de decadência e prescrição, as quais implicam na única hipótese de formação de coisa julgada material em sede de cautelar, nos termos do artigo 810 do Código de Processo Civil de 1973.

Entretanto, acredita-se, neste estudo, que nos casos unicamente de direito e de evidente improcedência da ação principal, nos termos do artigo 285-A, a cautelar também poderá ser indeferida, pois não é concebível que se conceda uma cautelar para uma ação fadada ao insucesso.

Logo, a técnica cautelar destina-se a assegurar de forma provisória (sem formação de coisa julgada material) a relação processual, protegendo a eficácia do julgamento do mérito e eventual necessidade de execução da sentença proferida na ação principal.

3.3 Técnica Antecipatória

Inicialmente, convém ressaltar que a técnica antecipatória não surgiu no Código de Processo Civil de 1973, tal instituto já era previsto nas ações possessórias, mandado de segurança, Ação Popular e no Código de Defesa do Consumidor. Contudo, somente em 1973 foi possível aplicar a antecipação dos efeitos da tutela de forma generalizada, ou seja, em todos os procedimentos e não somente nos procedimentos especiais.

A técnica antecipatória geral nasce em decorrência de necessidades da própria sociedade de massa, que precisava não apenas de um processo seguro, em que sua eficácia fosse garantida, mas que se antecipassem os efeitos da sentença final também quando utilizado o procedimento comum.

Segundo Afonso Brum Vaz (2003, p. 71), a antecipação da tutela “nada mais é do que o adiantamento temporal dos efeitos executivos e mandamentais da futura decisão de mérito definitiva”.

Para Eduardo de Avelar Lamy (2004, p. 48), a “técnica antecipatória é aquela que antecipa os efeitos fáticos do provimento jurisdicional final de mérito”.

Com efeito, Cássio Scarpinella Bueno assim explica o instituto:

A chamada “tutela antecipada” deve ser entendida como a possibilidade da precipitação da produção dos efeitos práticos da tutela jurisdicional, os quais, de outro modo, não seriam sentidos no plano exterior ao processo – no plano material, portanto –, até um evento futuro: proferimento da sentença, processamento e julgamento de recurso de apelação com efeito suspensivo e, eventualmente, seu trânsito em julgado. (BUENO, 2011, p. 33)

Assim, antecipam-se os efeitos da tutela jurisdicional mediante alguns requisitos.

No que concerne aos requisitos legais para a concessão da técnica antecipatória, vê-se que estão explicitados no art. 273 do Código de Processo Civil de 1973. Nesse sentido, exige-se prova inequívoca capaz de comprovar a verossimilhança das alegações do autor, bem como o perigo de dano iminente, que seja irreparável ou de difícil reparação, caso não seja concedida a tutela pretendida.

Como já explicado anteriormente, esses termos geraram confusão entre a técnica antecipatória e cautelar.

Para Hélio do Valle Pereira, o uso das expressões, embora contraditórias, foi intencional:

Procurou-se enfatizar que o juiz deve estar com um elevado grau de convencimento. Não se pode imaginar que tenha uma compreensão que lhe retire a mais leve suspeita quando à conclusão. Isso seria impossível. Nem mesmo quando do proferimento da sentença se reclama uma convicção tão extremada. A certeza é uma utopia. Deseja-se uma grande probabilidade de que o autor tenha razão. O propósito foi marcar que para o deferimento da antecipação da tutela pretende-se uma alentada perspectiva de que a tese do autor seja correta.

Temia-se que os magistrados, ante o novo instituto, viessem a empregá-lo com as mesmas (geralmente menores) exigências do processo cautelar [...]. (PEREIRA, 2007, p. 554)

Sendo assim, para a concessão da técnica antecipada, exige-se um caso de urgência. Além disso, embora se encontre em um estado de cognição parcial, é necessário haver uma carga probatória consideravelmente forte, tendo em vista o direito material a ser tutelado.

Eduardo de Avelar Lamy ensina que se trata de uma cognição sumária e que o exaurimento ocorrerá após a instrução probatória:

Como a decisão interlocutória que concede a antecipação satisfaz faticamente os efeitos de mérito, é possível afirmar que tal provimento versa desde já sobre o mérito da ação em que é requerida. Entretanto, esse exame de mérito que somente o exaurimento da instrução probatória deverá possibilitar o julgamento definitivo do mérito. (2004, p. 49)

Devido a essa substituição da decisão, ainda em cognição sumária, pela posterior sentença, já em cognição exauriente, parte da doutrina atribui à técnica antecipada a característica de provisória em contraposição ao termo “temporária”.

Contudo, outra parte da doutrina explica ser, na verdade, uma tutela definitiva, eis que satisfativa.

Verifica-se, nesse caso, que a doutrina utiliza o mesmo termo, mas para se referir a coisas diferentes.

O termo tipicamente carneluttiano, “satisfativo” indica que o autor pode, antes da decisão posterior ao exaurimento (sentença transitada em julgado), usufruir do direito material, de modo a satisfazer, desde logo, algo que só seria possível ao final do processo.

Quer dizer, para alguns trata-se de provisoriedade em relação à posterior sentença transitada em julgado (esta definitiva); e, para outros, seria definitiva, como sinônimo de satisfativa, em relação ao provimento útil, capaz de antecipar efeitos futuros.

Além disso, a palavra “definitivo”, por vezes, é utilizada como sinônimo de irreversível.

Neste aspecto, os autores estão a se referir acerca do previsto no artigo 273, § 2º do Código de Processo Civil de 1973: “Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.

Contudo, o que a norma visa proibir, é apontado na doutrina como uma das maiores características da tutela antecipada.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni (2009, p. 229) explica que negar esse direito ao autor “seria como dizer que o *direito provável* deve sempre ser sacrificado diante da possibilidade de prejuízo irreversível ao *direito improvável*”.

Com propriedade, Teresa Arruda Alvim Wambier entende o seguinte:

No fundo irreversível não é uma qualidade do provimento – na medida em que toda decisão num determinado sentido comporta decisão em sentido contrário – mas da consequência fática que dele resulta, pois esta é que poderá correr o risco de não ser resposta no status quo ante, ou não sê-lo em toda a sua inteireza, ou sê-lo somente a elevadíssimo custo, que a parte por ele beneficiada não teria condições de suportar. (WAMBIER, 2001. p. 247)

Na mesma linha, Nelson Nery Junior (2003. p. 646) afirma que “O provimento nunca é irreversível, porque é provisório e revogável. O que pode ser irreversível, são as consequências de fato ocorridas pela a execução da medida”.

Logo, trata-se da irreversibilidade dos efeitos práticos do provimento e não da decisão, eis que cabível recurso.

Assim, o que deve ocorrer é uma análise, tendo em vista sempre a comprovação dos fatos, bem como o direito material envolvido, do que é mais irreversível: o deferimento ou o indeferimento da medida.

Isso porque, diante de uma robusta comprovação e evidência do direito, os riscos inerentes à irreversibilidade são reduzidos sobremaneira.

Por fim, ressalta-se que a tutela antecipada no Código de Processo Civil de 1973 é concedida nos próprios autos do processo, ou seja, de forma interna.

3.4 Diferenças e Semelhanças entre as Técnica Cautelar e Antecipatória

3.4.1 Diferenças

Embora ambas as técnicas se enquadrem dentro do gênero urgência, são institutos diversos. Apesar disso, não podem ser vistas como rivais, eis que também possuem pontos em comum.

Nesse sentido, destaca-se da doutrina de Humberto Theodoro Júnior:

Pode-se afirmar que, do ponto de vista técnico, no atual estágio do direito processual civil brasileiro, a tutela antecipatória e a tutela cautelar são fenômenos distintos, mas integrantes do mesmo gênero, qual seja, o das tutelas de urgência. A tutela antecipada não se confunde tecnicamente com a tutela cautelar, por que seu objetivo é conceder, de forma antecipada e provisória “o próprio provimento jurisdicional pleiteado e seus efeitos”. Por seu turno, o objetivo da tutela cautelar nunca chega ao provimento de mérito visado pela parte e se restringe a providências para “assegurar o resultado prático do processo”, no âmbito da cognição ou da execução, ou seja, providências tendentes a viabilizar a futura e eventual “realização do direito firmado pelo autor”. (THEODORO JR, 2008, p. 33)

Sendo assim, talvez a maior distinção entre as técnicas cautelar e antecipatória sejam os objetivos de cada uma:

Enquanto a tutela cautelar é apenas conservativa, isto é, se ocupa em manter os elementos do processo em condições de serem úteis para a prestação jurisdicional que a seu tempo advirá -, a tutela satisfativa urgente volta-se para o problema de dar uma solução imediata, embora provisória, à pretensão de mérito, ou seja, para o pedido de tutela ao direito subjetivo da parte. (THEODORO JR, 2008, pp. 32-33)

Em que pese os dois institutos tentarem evitar efeitos negativos no processo diante do decurso do tempo, a maior parte da doutrina afirma que possuem requisitos distintos.

Hélio do Valle Pereira (2007, p. 577) explica que “na antecipação se reclama uma *prova inequívoca*; nas cautelares, suficiente o *fumus boni iuris* (que é bem menos)”.

Nesse sentido, o autor insiste na ideia de gradação ao afirmar que “na tutela antecipada, outrossim, requer-se uma perspectiva de dano de maior destaque do que o *periculum in mora* do processo cautelar”. (PEREIRA, 2007, pp. 577-578)

O doutrinador explica que essa hierarquia se dá porque na prática “a tutela antecipada traz para o réu ordinariamente constrangimentos maiores.” (PEREIRA, 2007, p. 578)

Nesse sentido, interessante é o posicionamento de Eduardo Talamini:

O maior ou menor grau de probabilidade que se vai exigir decorrerá das circunstâncias concretas. O requisito da plausibilidade do direito está em direta correlação com o risco de ineficácia do provimento final – e ambos se colocam em uma razão inversamente proporcional: quanto maior o *periculum in mora*, menor grau de probabilidade do direito será invocado será necessário para a concessão da medida e vice-versa. (TALAMINI, 2001, p. 353)

Em decorrência disso, não seria possível requerer a aplicação da técnica antecipatória em processo cautelar, pois, segundo Teori Zavascki, significaria “fraudar o art. 273 do CPC, que, para satisfazer antecipadamente, supõe cognição em nível mais aprofundado, pois exige verossimilhança construída sobre *prova inequívoca*”. (1996, p. 7)

Essa distinção de requisitos se dá também devido à outra diferença: satisfatividade *versus* referibilidade.

Cássio Scarpinella Bueno afirma que a referibilidade da técnica cautelar está prevista no inciso III do artigo 801 do Código de Processo Civil de 1973:

O inciso III do art. 801 pode ser interpretado para embasar essa conclusão ao exigir que da petição inicial do “processo cautelar preparatório” conste menção da “lide e seu fundamento. Trata-se, e isto é reconhecido pela doutrina em geral, da referência que o autor do “processo cautelar” deve fazer com relação ao que pretenderá obter do Estado juiz com o seu “processo principal”, isto é, qual direito a ser oportunamente tutelado pela renovada intervenção jurisdicional, a chamada “ação principal”. (BUENO, 2011, p. 188)

Assim, a técnica cautelar possui referibilidade, pois só tem sentido se destinada a resguardar um interesse subjacente a outra demanda. E a técnica antecipatória satisfaz de forma antecipada o direito material que o autor só usufruiria ao final da demanda.

Sobre o tema, destaca-se da liça de Eduardo de Avelar Lamy:

Enquanto a técnica antecipatória satisfaz provisoriamente no plano dos fatos os efeitos do provimento jurisdicional final demérito, a técnica cautelar visa apenas assegurar o bem jurídico objeto de discussão jurisdicional havida no processo principal. Daí a conclusão de que a técnica antecipatória cautelar possui preponderância em referibilidade. (LAMY, 2004, p. 52)

É por isso que Teori Zavascki (1996, p. 18) afirma que “cautelar é garantia, antecipação é satisfação”.

Ainda sobre a distinção acerca da satisfatividade e da referibilidade, Humberto Theodoro Júnior, assim consigna:

Enquanto a medida cautelar foge da preocupação de satisfazer precocemente o direito material da parte, contentando-se em preservar a idoneidade genérica do processo para atingir seu escopo, a medida antecipatória, ao contrário, é eminentemente satisfativa e se defere com declarado propósito de assegurar ao litigante, antes do encerramento do processo, aquilo que seria inerente aos efeitos práticos da situação material emergente da sentença final de mérito, isto é, da sentença de procedência do pedido. (THEODORO JR, 2002, p. 89).

Outra diferenciação reside na finalidade de cada técnica. Ovídio Baptista (1993, p. 17) afirma que são inconfundíveis, eis que as medidas cautelares são medidas de segurança para a execução, e as medidas antecipatórias são execução para segurança.

Teori Albino Zavascki concorda com essa distinção:

Já a tutela cautelar tem conteúdo próprio, diverso do da tutela definitiva. Seu objeto não é satisfazer o direito afirmado, mas promover garantias para sua certificação ou para sua futura execução forçada. Na antecipação, "coincidem a providência a ser ordenada pelo tribunal e a consequência jurídica resultante do direito material", o que significa dizer que os efeitos antecipáveis são os mesmos que se operariam se o demandado, espontaneamente, se conduzisse segundo o ditame do direito material afirmado pelo autor. Conseqüentemente, não terá natureza antecipatória, mas sim cautelar, a providência que não puder ser identificada, no todo ou em parte, como coincidente com as do atendimento espontâneo do direito, ou seja, com as da realização natural da situação jurídica que o autor quer ver definitivamente consolidada. (ZAVASCKI, 1996, p. 24)

O autor vai além ao afirmar que no caso de sequestro de bens, mesmo que o depositário seja o autor, trata-se de técnica cautelar, pois o objetivo primordial é retirar o bem da posse do réu e não entregar ao autor (objetivo da reivindicatória), que é mera consequência (ZAVASCKI, 1996, pp. 24-25).

Por fim, a doutrina ainda levanta a distinção da autonomia em contraposição à internalidade.

Teori Albino Zavascki (1996, p. 7) explica que “a antecipação da tutela se dá, invariavelmente, na própria ação de conhecimento, mediante decisão interlocutória, enquanto as medidas cautelares continuam sujeitas à ação própria, disciplinada no Livro do Processo Cautelar”.

Essas diferenciações foram o motivo de parte da doutrina falar em “purificação do processo cautelar”. Alguns magistrados adotaram essa postura inicializada por Teori Albino Zavascki, que assim discorreu:

[...] a *purificação* do processo cautelar, que assim readquiriu sua finalidade clássica: a de instrumento para obtenção de medidas adequadas a tutelar o direito, sem satisfazê-lo. Todas as demais medidas assecurativas, que constituam satisfação antecipada de efeitos da tutela de mérito, já não caberão em ação cautelar, podendo ser, ou melhor, *devendo* ser reclamadas na própria ação de conhecimento, exceto nos casos, raros, em que a lei expressamente prevê ação autônoma com tal finalidade, como, v.g., nos alimentos provisionais (CPC, art. 852)". (ZAVASCKI, 1996, p. 7)

Como consequência da teoria da purificação, ocorreria a extinção das ações cautelares inominadas, persistindo somente as técnicas cautelares típicas.

Eduardo de Mello e Souza teceu severas críticas à teoria da purificação do processo cautelar. Para ele, a teoria da purificação cometeu um grave erro ao unificar as técnicas cautelar e antecipada sob o aspecto da provisoriedade. O autor defende que a dicotomia entre satisfatividade e referibilidade tem de ser o verdadeiro elemento diferenciador entre essas duas tutelas. (MELLO, 2007, p. 550)

Sem dúvidas que a diferenciação das medidas é algo difícil na prática. Por isso, Cássio Scarpinella Bueno tenta eleger um critério utilizando-se da técnica de exclusão:

O critério eleito por este *Curso* para distinguir a tutela antecipada da tutela cautelar é verificar em que condições o que se pretende “antecipar” coincide ou não como que se pretende a final. Na exata medida em que houver *coincidência* total ou parcial – a tutela antecipada pode ser concedida total ou parcialmente, lê-se do *caput* do art. 273 – o caso será de tutela antecipada. Na ausência dessa coincidência, seja ela total ou parcial, a hipótese é de tutela cautelar. (BUENO, 2011, p. 148)

Por fim, sobre a diferenciação da técnica cautelar e da técnica antecipatória, cabe transcrever a conclusão do italiano Edoardo Ricci, citado por Luiz Guilherme Marinoni:

Estou plenamente convicto de que os provimentos antecipatórios possuam natureza diversa dos provimentos cautelares; e, portanto, não posso olhar com simpatia uma união indiscriminada dos provimentos antecipatórios e dos provimentos cautelares do ponto de vista da disciplina. É, por outro lado,

verdadeiro, que a separação teórica entre provimentos antecipatórios e provimentos cautelares nem sempre é advertida na Europa com a mesma precisão que é advertida na doutrina brasileira. Mas as minhas convicções levam-me a compartilhar, sobre este tema, das orientações da doutrina brasileira. (RICCI apud MARINONI, 2008a, p. 207)

Entretanto, Eduardo de Avelar Lamy (2004, p. 55) discorda desse posicionamento afirmando que os institutos possuem mais semelhanças do que diferenças e menciona que “não espanta ser o Brasil o único país que ousou diferenciar, em seu estatuto processual, duas técnicas”.

Assim, passa-se à análise das semelhanças entre ambas as técnicas de urgência.

3.4.2 Semelhanças

Ambas as técnicas possuem pontos em comum, não apenas por serem técnicas de urgência, em que o tempo é fator primordial, mas também por serem meios que visam à efetividade e a resposta tempestiva do processo.

Humberto Theodoro Júnior aponta semelhanças entre as medidas, mas ao final diferencia-as:

Tanto a medida cautelar propriamente dita (objeto de ação cautelar) como a medida antecipatória (objeto de liminar na própria ação principal) representam providências, de natureza emergencial, executiva e sumária, adotadas em carácter provisório. O que, todavia, as distingue, em substância, é que a tutela cautelar apenas assegura uma pretensão, enquanto a tutela antecipatória realiza de imediato a pretensão. (2008, p. 72)

Eduardo de Avelar Lamy (2004, p. 53) flexibiliza a distinção referente à satisfatividade e referibilidade, apontada como primordial por Eduardo de Mello e Souza, enfatizando que “enquanto a técnica assecuratória busca assegurar e acaba por também satisfazer, a técnica antecipatória satisfaz para proteger, terminando por também assegurar”.

Entretanto, Eduardo de Mello e Souza (2007, p. 554) não nega o fato de que existem alguns casos em que os efeitos de ambas as técnicas poderão ser idênticos, citando os exemplos da suspensão dos efeitos de assembleia geral de acionistas, do cancelamento de protestos, ou ainda da suspensão do processo executivo de sentença rescindenda.

Assim, apesar de não negar a diferença entre as técnicas, Eduardo de Avelar Lamy (2004, p. 53) afirma que ambas possuem carga de satisfatividade e de referibilidade.

Sobre as semelhanças entre ambas as técnicas, Cássio Scarpinilla Bueno (2011, p. 146) defende que “assegurar e satisfazer não são, ao contrário do que se poderia supor, noções contrapostas. Elas podem, até mesmo, combinar-se consoante as necessidades de cada caso concreto”.

Outra semelhança que a doutrina aponta é a fundamentação constitucional. Inclusive, para Teori Albino Zavascki (1996, p. 10) esse “constitui o mais relevante ponto de identidade entre essas espécies de providências jurisdicionais”.

Isso, porque no Brasil, o sistema constitucional, inspirado no direito norteamericano, confere aos juízes inclusive poderes para deixar de aplicar lei que considere incompatível com a Constituição.

Eduardo de Avelar Lamy afirma que o fundamento para aplicação das técnicas reside no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988:

Não se pode deixar de reconhecer, também, a idêntica função que a técnica antecipatória e a técnica cautelar possuem no âmbito constitucional. O inc. XXXV do art. 5º da CF/88, de cunho eminentemente social, dá ao poder judiciário a missão de impedir qualquer ameaça a direito, garantindo a todos amplo e irrestrito acesso à justiça. Utilizando o processo como instrumento de aplicação da tutela jurisdicional, o poder judiciário necessita recorrer à utilização da tutela de urgência a todo momento, no escopo de cumprir esse desiderato. (LAMY, 2004, p. 58)

Porém, Teori Albino Zavascki discorda da fundamentação específica neste inciso:

Freqüentemente se afirma que a tutela cautelar, e, por certo, também a antecipatória, é espécie de tutela *preventiva*, cuja matriz constitucional estaria no inciso XXXV do art. 5º da Carta, que assegura proteção jurisdicional não apenas em caso de lesão, mas também em caso de *ameaça* a direito. Esta, porém, não é justificção suficiente, até porque, no regime constitucional anterior, a cláusula que garantia a inafastabilidade de acesso ao Judiciário não continha referência à hipótese de *ameaça* (art. 163, § 4º, da Constituição de 1969) e nem por isso se poderia duvidar da legitimidade constitucional da tutela cautelar. (ZAVASCKI, 1996, pp. 10-11)

Para o autor, “sua origem, sua importância, sua indispensabilidade, sua legitimidade enfim, decorrem, não de um ou outro dispositivo específico, e sim do próprio sistema constitucional organicamente considerado”. (ZAVASCKI, 1996, 11)

Enfim, Teori Albino Zavascki conclui que a força constitucional imprimida sob o instituto da técnica de urgência (cautelar e antecipatória) que mesmo inexistindo previsão em legislação infraconstitucional seria possível o deferimento:

O que sustentamos, em suma, é que o poder jurisdicional de decretar medidas provisórias cautelares ou antecipatórias, representa, simplesmente, o poder de formular regras de solução para os fenômenos concretos de conflito entre direitos fundamentais que formam o devido processo legal. Trata-se de poder que nasce, não propriamente do art. 5º, inc. XXXV da Constituição, como tutela preventiva, mas do sistema constitucional organicamente considerado: configurados, como inevitavelmente se configuram na realidade prática, fenômenos de colisão entre segurança jurídica e efetividade da jurisdição, tornar-se-á inafastável a necessidade de formular solução harmonizadora, tarefa que, na omissão da lei, deve, por imposição do sistema constitucional, ser assumida necessariamente pelo Juiz. Com efeito, por ser inerente à função de decidir conflitos, é poder que decorre, não da lei, mas diretamente da Constituição. Dele estaria investido o Juiz mesmo que não existisse, na legislação ordinária, autorização semelhante a dos artigos 798 e 273 do CPC, até pela singela razão de que "o Juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei" (CPC, art. 126). (ZAVASCKI, 1996, p. 17)

Cássio Scarpinella Bueno (2011, p. 144) concorda ao afirmar que “é correta a observação [...] que diante do 1º do art. 5º da Constituição Federal, sequer haveria necessidade de lei para tanto, suficiente uma adequada compreensão e aplicação dos referidos princípios constitucionais”.

Por fim, passa-se à análise de outra semelhança existente entre as técnicas cautelar e antecipatória: a provisoriedade.

Embora na doutrina o termo seja controverso, o que está a se falar é a possibilidade de modificação da medida deferida, também tratada por “revogabilidade”.

Nesse sentido, tanto a decisão referente à técnica cautelar quanto à técnica antecipatória podem ser modificadas a qualquer tempo, conforme a parte final do artigo 807 e § 4º do artigo 273, ambos do Código de Processo Civil de 1973.

Alfredo Buzaid criou um processo próprio e autônomo para a técnica cautelar em 1973, pois temia, dentre outras coisas, que, após a sentença, a medida cautelar perdesse eficácia.

Entretanto, autonomizar o processo cautelar não foi suficiente para evitar isso, porque, após a produção de provas, o juiz poderia entender que não subsistiam os requisitos mínimos para manutenção da medida.

Sobre a possibilidade de modificação da decisão proferida, ensina Eduardo de Avelar Lamy:

Tanto a decisão que concede quanto a decisão que denega provimento requerido pela via da técnica antecipatória poderão ser modificadas ou revogadas a qualquer tempo, especialmente quando ocorrer mudança no estado de fato ou quando o aprofundamento do nível de cognição evidenciar situação diversa da que primitivamente se entendeu verificada, estado a decisão sujeita a recurso de agravo de instrumento. (LAMY, 2004, p. 49)

No mesmo sentido, é a doutrina de Alexandre Freitas Câmara:

Além de poder ocorrer a qualquer tempo, e de decorrer dos mesmos fundamentos que autorizam a revogação (mudança da situação de fato ou de direito), a modificação da medida cautelar também pode ser decretada nos próprios autos do processo cautelar ou do processo principal (após o desfecho daquele), e não depende de requerimento das partes. (2013b, p. 31)

Sendo assim, é certo que a técnica cautelar e a técnica antecipatória possuem traços em comum, bem como distinções. Entretanto, doutrina e jurisprudência não foram capazes de encontrar um denominador comum entre as reais diferenças e semelhanças entre ambos os institutos, mesmo após as reformas, motivo pelo qual se propôs alterações com o advento de uma nova codificação.

3.5 Tutela de Evidência

Este subcapítulo estava, originalmente, no final do capítulo 4, mas foi trazido para cá por sugestão da banca.

Assim, cumpre analisar, ainda que *en passant*, a tutela de evidência que, apesar de não ser novidade no Código de Processo Civil de 2015, redundantemente, ficou mais evidente.

A tutela de evidência vem na mesma toada da ideia da estabilização da lide do Novo Código de Processo Civil e do pedido incontroverso (o que será explicado no próximo capítulo), no sentido de conceder a prestação jurisdicional de forma célere quando não houver motivos suficientes para retardar.

O Novo Código de Processo Civil agora deixa clara a possibilidade de concessão de duas tutelas provisórias: tutela de urgência e tutela de 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 material, mas também em hipóteses em que não há relevante razão para a espera. E, por conta disso, deve ser concedida, independentemente de *periculum in mora* (COMISSÃO, 2010, p. 25)

Isso porque, de acordo com Luiz Fux (2000, p. 26), “O decurso do tempo diante do direito evidente sem resposta por si só representa uma *lesão*”.

A tutela de evidência está prevista nos artigo 311 do Código de Processo Civil de 2015 e era prevista de forma bastante tímida e implícita no Código de Processo Civil de 1973.

É possível conceder a tutela de evidência quando “ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte”, conforme inciso I do artigo 311 do Novo Código de Processo Civil e artigo 273, II, do Código de Processo Civil de 1973.

Ainda, o instituto se aplica quando as “alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”, nos termos do inciso II do artigo 311 do Novo Código de Processo Civil, ou nos casos em que a prova seja suficiente e o réu não oponha dúvida razoável (inciso IV) e, também, nos casos de restituição de bens comprova documental conforme o contrato de depósito.

Sobre o tema, destaca-se da lição de Luiz Fux:

São situações em que se opera mais do que o *fumus boni juris*, mas a probabilidade de certeza do direito alegado, aliada à injustificada demora que o processo ordinário até a satisfação do interesse do demandante, com grave desprestígio para o Poder Judiciário, posto que injusta a espera determinada. (FUX, 2000, p. 24).

O autor ainda diferencia a evidência em relação ao direito material que “se projeta no âmbito do sujeito de direito que postula” e ao direito processual, no qual “é evidente o direito cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria.” (FUX, 2000, p. 28)

Assim, verifica-se que a demonstração da evidência de um direito depende essencialmente da comprovação existente nos autos.

Além disso, também é evidente o direito que se funda sobre fatos notórios ou incontroversos, bem como sobre questões jurídicas insuscetíveis de contradição, ou o direito decorrente de decadência ou de prescrição, como exemplifica Luiz Fux (2000, p. 29-31).

Sendo assim, quanto maiores os elementos de convicção, maior será a evidência do direito.

Sobre esse aspecto é interessante notar que, para todo autor de uma ação, seu direito é sempre evidente, de modo que a tutela de evidência, por prescindir do requisito do *periculum in mora*, é cabível em todas as ações em que não seja necessária dilação probatória, sendo uma ferramenta bastante estratégica.

É que, caso haja grande probabilidade de êxito na ação e seja cabível pelo menos julgamento antecipado parcial do mérito, conforme artigos 355 e 356, caberá o requerimento da tutela de evidência.

A grande diferença é que, caso seja possível o julgamento antecipado total do mérito, considerando a estabilização da lide, haverá a inversão da iniciativa da ação, que poderá ser bastante vantajosa.

Por fim, verifica-se grande semelhança entre a tutela de evidência e a antecipação da tutela referente ao pedido incontroverso. A única diferença é que o pedido só pode se tornar incontroverso após a manifestação do réu, enquanto a evidência pode ser concedida *inaudita altera parte*.

Analisada a tutela de evidência, passa-se à análise das demais tutelas provisórias do Código de Processo Civil de 2015.

4 TUTELAS DE URGÊNCIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

4.1 INFLUÊNCIAS

Entrará em vigor em março de 2016 o Código de Processo Civil de 2015, o primeiro código brasileiro construído integralmente em um regime democrático.

Por conta disso, o anteprojeto destaca a harmonia entre os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo para a elaboração dessa lei.

Por meio do Ato n. 379, o presidente do Senado Federal José Sarney nomeou a Comissão de Juristas encarregada de elaborar o anteprojeto de novo Código do Processo Civil, no final do mês de setembro de 2009, que teve como presidente o Ministro Luiz Fux, do Superior Tribunal de Justiça.

Em 1º de fevereiro de 2011, Luiz Fux foi indicado pela Presidente Dilma Rousseff para ocupar uma cadeira do Supremo Tribunal Federal, tomando posse em 3 de março do mesmo ano.

A Comissão foi formada pelos seguintes juristas: Min. Luiz Fux (Presidente), Dra. Teresa Arruda Alvim Wambier (Relatora), Dr. Adroaldo Furtado Fabrício, Dr. Benedito Cerezo Pereira Filho, Dr. Bruno Dantas, Dr. Elpídio Donizetti Nunes, Dr. Humberto Theodoro Júnior, Dr. Jansen Fialho de Almeida, Dr. José Miguel Garcia Medina, Dr. José Roberto dos Santos Bedaque, Dr. Marcus Vinicius Furtado Coelho e Dr. Paulo Cesar Pinheiro Carneiro.

Verifica-se a composição bastante diversificada em relação à faixa etária, origem do Estado da Federação e da classe profissional de seus membros.

De acordo com o texto, que compôs o Anteprojeto do Código, do Senador José Sarney (2010, p. 3), ele foi “preparado com grande transparência e da maneira mais participativa possível – com a realização das audiências públicas nas cinco regiões de nosso País”.

Sobre a participação popular, Luiz Fux assim consignou no Anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015:

foram 13 mil acessos a página da Comissão, audiências públicas por todo o Brasil nas quais recebemos duzentas e sessenta sugestões e a manifestação da Academia, aí compreendidos todos os segmentos judiciais; da Associação Nacional dos Magistrados à Ordem dos Advogados do Brasil, perpassando por institutos científicos e faculdades de direito, as quais formularam duzentas proposições, a maior parte encartada no anteprojeto. Em suma: a sociedade brasileira falou e foi ouvida. (FUX, 2010, p. 9)

Luiz Fux (2010, pp. 7-8) ainda apontou como o desafio da comissão “resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere”, sendo que “ao excesso de formalismos processuais, e com um volume imoderado de ações e de recursos” era a grande barreira para tanto.

Na exposição de motivos, a comissão, desde logo, demonstrou sua principal característica: suavidade.

Essa qualidade da comissão foi primordial para trazer paz ao processo civil, procurando evitar posições tão acirradas ao longo da história.

Nesse sentido, comentando as reformas no Código de Processo Civil de 1973, mencionou-se que “as leis que alteraram a execução, foram bem recebidas pela comunidade jurídica e geraram resultados positivos, no plano da operatividade do sistema.” (COMISSÃO, 2010, p.12)

Entretanto, a mesma sorte não socorreu as demais reformas:

O enfraquecimento da coesão entre as normas processuais foi uma consequência natural do método consistente em se incluírem, aos poucos, alterações no CPC, comprometendo a sua forma sistemática. A complexidade resultante desse processo confunde-se, até certo ponto, com essa desorganização, comprometendo a celeridade e gerando questões evitáveis (= pontos que geram polêmica e atraem atenção dos magistrados) que subtraem indevidamente a atenção do operador do direito. (COMISSÃO, 2010, p. 12)

Quer dizer, a briga doutrinária e jurisprudencial era tão grande que impedia a análise do direito material envolvido. Por conta disso, a preocupação em se preservar a forma sistemática das normas processuais, pretendida no Código de 2015, visava um grau mais intenso de funcionalidade.

Para a comissão, o jurista contemporâneo não possui obsessão pela estética e técnica perfeita em detrimento da funcionalidade do Código. Prefere que seja coerente e harmônico. Além disso, a coerência substancial deve ser mantida em termos absolutos no que tange à Constituição Federal da República (COMISSÃO, 2010, p. 13)

Por isso, buscou-se a simplificação do sistema, o que, além de permitir uma coesão mais visível, possibilitaria que o juiz mantivesse sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa. (FUX, 2010, p. 14)

De acordo com essa regra da processualística contemporânea, seria possível privilegiar o conteúdo em detrimento da forma, consagrando verdadeiramente, o princípio da instrumentalidade.

Portanto, verifica-se a grande influência da democracia para a elaboração do Código de Processo Civil de 2015, muito diferente da postura autoritária do Código de 1939, idealizada por Francisco Campos e do Código de 1973, que embora não tão autoritário, levava o nome de um só.

4.2 Parte Geral

Muito se falava, principalmente na Codificação de 1939, da falta de sistemática. No Código de Processo Civil de 1973, por sua vez, embora empregada uma sistemática, ela não foi bem assimilada.

Contudo, a existência de uma parte geral em um código imprime um sistema, assim entendido como um conjunto de meios organizados com o objetivo de alcançar um determinado fim.

O Código de Processo Civil não deve ser um mero rol de disposições aglomeradas de maneira aleatória e sem conexão umas com as outras.

Embora no Código de Processo Civil de 1973 fosse possível vislumbrar uma sequência de atos: primeiro o processo de conhecimento, depois o processo de execução; verifica-se que o processo cautelar e os procedimentos especiais estavam soltos e um livro não se integrava ao outro.

O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, tem sua sistemática elaborada de forma pensada, tendo em vista um conjunto de preceitos a serem considerados reciprocamente. Sua organização formal representa a sociedade e o pensamento jurídico de uma época democrática e, conseqüentemente, reflete seus objetivos.

Sendo certo que o legislador não consegue prever e antecipar, na lei, todas as hipóteses de aplicação da norma ao caso concreto, tendo em vista que a vida oferece certas combinações de circunstâncias e acontecimentos impossíveis de prever, é preciso um método de caráter abstrato e generalizante que consiga, por um lado, agrupar institutos semelhantes e, quando não for possível, fornecer ferramentas próprias para os casos de integração da norma.

Um caso flagrante de necessidade de integração é da antinomia em relação às situações de conflito entre efetividade e segurança jurídica (e para elas não há, nem poderia haver, solução concretamente estabelecida).

E esse foi justamente o grande caso de conflito encontrado nas tutelas de urgência ao longo dos anos. De um lado, a necessidade de efetividade do direito do autor; e do outro, a segurança jurídica do réu, que não poderia ser privado de seus bens sem o devido processo legal.

Diante disso, não é possível, muito menos de forma casuística, estabelecer qual direito irá preponderar: ou a efetividade ou a segurança.

Teori Albino Zavascki (1996, pp. 14-15) entende que nesses casos é necessária uma regra conformadora, pois ambos são direitos constitucionais e não se pode conceder simplesmente um em detrimento do outro.

Assim, explica o autor Teori Albino Zavascki, citando Canotilho e Vital Moreira:

A solução conformadora deve ocorrer, isto sim, de modo a que *todos* os direitos colidentes sobrevivam, senão de modo absoluto, pelo menos relativizados, tendo-se sempre presente que "o intérprete ou o concretizador da Constituição deve limitar-se a uma tarefa de concordância prática que sacrifique no mínimo necessário ambos os direitos. (CANOTILHO; MOREIRA apud ZAVASCKI, 1996, p. 15)

Para Teori Albino Zavascki (1996, p. 15), a regra conformadora é justamente a “outorga de medidas de caráter provisório”. Na verdade, o autor se refere às técnicas cautelares e antecipatórias.

Além disso, elas possuem o caráter provisório, ou seja, ainda permitem a defesa do réu, que poderá reverter a medida – é o que Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 212) chama de “postecipação do contraditório.”

Contudo, esse adiamento do contraditório não poderia se dar de qualquer forma. Por isso, a lei deve, ainda que de forma abstrata e genérica, indicar como e quando isso irá ocorrer.

No sistema jurídico brasileiro, o legislador indicou as características da situação fática que permitiria a aplicação da regra conformadora.

Sobre o tema, é a brilhante lição de Teori Albino Zavascki:

É o que claramente consta nos artigos 798 e 273 do CPC. Utilizando terminologia fluida e de conteúdo genérico ("fundado receio", "lesão grave", "difícil reparação", "dano irreparável", "abuso do direito de defesa", "manifesto propósito protelatório") aqueles dispositivos nada mais fazem senão descrever situações de possível confronto entre efetividade e segurança, abrindo campo para que o juiz formule ele próprio, caso a caso, a solução mais adequada a manter vivos e concretamente eficazes os dois direitos fundamentais. (ZAVASCKI, 1996, p.16)

Trata-se de uma metodologia integradora que apresenta soluções para a questão da efetividade e da segurança jurídica, com a consequente previsibilidade do Direito aplicável.

Verifica-se que, nos códigos brasileiros, encontram-se categorias mais ou menos amplas, com características conceituais abstratas, mas aptas a englobar um grande número de fenômenos – foi o que se observou para possibilitar a ordinarização da técnica acautelatória instituída pela Lei nº 8.952/94.

Mesmo assim, o agrupamento de fenômenos diversos em função de certas características comuns pode se dar de forma imprecisa, motivo pelo qual é necessária também uma Parte Geral.

É que a busca por uma estrutura com conceitos e que forme um sistema leva à ideia de uma Parte Geral baseada na distinção entre conceitos gerais e especiais, e na possibilidade de agrupamento daqueles em um ponto específico do sistema e, em alguns casos, até mesmo uma fungibilidade.

Sendo assim, a presença de uma Parte Geral demonstra que, dentro do sistema, a determinação das regras aplicáveis em face de um caso qualquer, assim como a compreensão teórica de certo instituto, está sempre na dependência da correta relação entre conceitos gerais e especiais.

Em nota de rodapé da exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015, é citada uma advertência de Egas Moniz de Aragão (2010, p. 30), para quem a ausência de uma parte geral, no Código de 1973, ao tempo em que promulgado, era compatível com a ausência de sistematização, no plano doutrinário, de uma teoria geral do processo.

Assim, concluiu-se que “O profundo amadurecimento do tema que hoje se observa na doutrina processualista brasileiro justifica, nessa oportunidade, a sistematização da teoria geral do processo, no novo CPC”. (ARAGÃO apud COMISSÃO, 2010, p. 30, em nota de rodapé)

No que tange à tutela de urgência, a finalidade do sistema é garantir a efetivação do direito que demanda celeridade.

Logo no primeiro artigo, é possível compreender que a sistemática adotada no Código de Processo Civil de 2015 é a constitucional (a Constituição prevê regras gerais e, dentro do código, encontram-se as regras especiais).

E nem poderia ser diferente. Este é o primeiro Código de Processo Civil brasileiro editado em uma ordem democrática, na qual a Constituição é seu arrimo.

Entretanto, quando ocorre a positivação de uma Parte Geral, deve-se ter especial cuidado para evitar o engessamento do Direito.

Contudo, o que se pretende é um sistema pleno e dotado de unidade lógica, que possibilite a subsunção da maioria de casos possíveis e que permita a utilização de ferramentas seguras para os demais casos, eis que, mesmo de forma abstrata, é impossível prever todas as hipóteses.

Portanto, como bem lançado na exposição de motivos, “a Parte Geral desempenha o papel de chamar para si a solução de questões difíceis relativas às demais partes do Código, já que contém regras e princípios gerais a respeito do funcionamento do sistema”. (COMISSÃO, 2010, p. 30)

Logo, a inclusão da Parte Geral no Código de Processo Civil de 2015 foi uma inovação bem vinda, com vistas a tornar o processo mais didático, acessível, e efetivo (destacando-se a importância das tutelas de urgência no nosso ordenamento), sobretudo,

considerando a ordem democrática na qual “todo o poder emana do povo, inclusive o poder dos juízes”. (FUX, 2010, p. 8)

4.3 Opções adotadas acerca das Técnicas de Tutela de Urgência no Código de Processo Civil de 2015

4.3.1 Fungibilidade entre as técnicas

Desde a inserção do parágrafo 7º ao artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973, trazida pela Lei n. 10.444/02, houve grande debate tanto na doutrina quanto na jurisprudência acerca dos limites e possibilidade de fungibilidade entre a técnica cautelar e a técnica antecipatória.

Tal disposição normativa previa 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”.

Interpretando-se o dispositivo, surgiram três correntes.

A doutrina mais severa defendia que só era possível conceder a medida cautelar quando requerida a antecipatória e jamais o contrário.

Os autores defensores do posicionamento intermediário entendiam que era possível conceder a tutela antecipatória, mesmo se requerida a cautelar, desde que respeitados os requisitos da tutela concedida, e não da requerida, e feitas as necessárias adequações.

Já os ensinamentos mais flexíveis apontavam a ampla possibilidade de fungibilidade entre as técnicas e de forma ilimitada.

Por causa da redação específica da norma, a maior parte da doutrina entendia que só era possível conceder a técnica cautelar no lugar da técnica antecipatória. Mas não o contrário.

Sobre o tema, é a opinião de Humberto Theodoro Júnior:

Embora haja tecnicamente uma nítida separação entre medida cautelar e medida de antecipação de tutela, ambas pertencem ao gênero comum da tutela de prevenção, sendo, às vezes, do ponto de vista prático, difícil identificar a medida concreta como pertencente a esta ou àquela modalidade preventiva. Por isso, a Lei no 10.444, de 07.05.2002 instituiu a fungibilidade entre as duas tutelas, permitindo que sob o rito da antecipação se defira medida cautelar, desde que presentes os seus pressupostos (art. 273, 7) (THEODORO JR, 2008, p. 81)

Assim, caso requerida a aplicação da técnica mais gravosa (técnica antecipatória), era possível aplicar a técnica cautelar. Mas a aplicação da fungibilidade de forma transversa não era possível, pois os requisitos para o deferimento da técnica antecipatória eram mais robustos.

Nesse sentido, destaca-se o posicionamento Arruda Alvim (2006, p. 7), para quem “há maior intensidade na exigência em relação à aparência do direito, i. e., verossimilhança é requisito mais *denso* do que *fumus boni iuris*”.

Para essa corrente doutrinária, a instrumentalidade das formas não pode representar um meio de burlar institutos jurídicos diversos entre si. Além disso, não se trata de mero rigor tecnicista, mas a preservação dos objetivos de cada modalidade de técnica de urgência.

Hélio do Valle Pereira explica a lógica de quem defendia somente um dos sentidos de substituição da medida:

Fixara-se, no entanto, uma premissa quanto à inadmissibilidade de, postulando-se autêntica medida antecipatória, rotulá-la como cautelar. Aí, haveria risco de fraude à lei. A parte usaria de expediente menos árido (as cautelares muitas vezes tem requisitos mais amenos) para conseguir medida mais rara (antecipação da tutela). Se o juiz fosse induzido em erro, poderia deferir uma medida contundente supondo que fosse outra menos drástica. Porém, o caminho inverso não traria o mesmo risco. Se o autor, a título de tutela cautelar, postulasse antecipação da tutela, os prejuízos seriam só seus: estaria pedido “o menos” pelo caminho relativo “ao mais”. (PEREIRA, 2007, p. 580)

Filiando-se à doutrina intermediária, Humberto Theodoro Júnior, mencionava que não se trata de mera proibição. Seria permitido conceder a técnica antecipatória, mesmo se requerida a técnica cautelar, desde que respeitados os requisitos específicos para tanto:

Não se deve, portanto, indeferir tutela antecipada simplesmente porque a providência preventiva postulada se confundia com medida cautelar, ou, rigorosamente, não se incluiria, de forma direta, no âmbito do mérito da causa. Havendo evidente risco de dano grave e de difícil reparação, que possa realmente comprometer a efetividade da futura prestação jurisdicional, não

cometerá pecado algum o decisório que admitir, na liminar do art. 273 do CPC, providências preventivas que, com maior rigor, deveriam ser tratadas como cautelares. O que não se pode tolerar é a manobra inversa, ou seja, transmutar medida antecipatória em medida cautelar, para alcançar a tutela preventiva sem observar os rigores dos pressupostos específicos da antecipação de providência satisfativas do direito subjetivo em litígio. (1997, p 55)

No mesmo sentido, é o posicionamento de Cássio Scarpinella Bueno (2011, p. 154). Embora tenha reconhecido que da leitura do § 7º no artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973 era “suficiente para revelar que não há nele autorização para “conversão” ou “fungibilidade” da “tutela cautelar” em “tutela antecipada”, só de “tutela antecipada” em “tutela cautelar””, afirmou que essa interpretação literal do dispositivo deve ser afastada, pois “conspira contra o modelo constitucional do processo civil”.

Para Cássio Scarpinella Bueno, não há relevância se o direito é antecipado ou acautelado.

Concordando com a ponderação acerca da fungibilidade das medidas, Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 229) afirma que “a concessão de tutela antecipatória no caso em que houver sido pedida cautelar somente é possível em hipóteses excepcionais, ou seja, quando for razoável e fundada em dúvida em relação à correta identificação da tutela urgente”.

Assim, se realizadas as devidas adaptações, seria possível aplicar a técnica antecipatória, mesmo se requerida a cautelar, o que ocorreria da seguinte forma:

Admissível a fungibilidade, a ação de conhecimento terá normal processamento, igualmente ali se analisando o pedido cautelar (chamado inicialmente como tutela antecipada). O juiz apreciará mediante decisão interlocutória e, deferida a medida, serão tomadas as providências para o seu cumprimento. O réu será citado para apresentar resposta ao pedido cognitivo, além de poder impugnar o pedido de natureza cautelar.

As regras próprias do processo cautelar terão incidência, com adaptações, como as referentes à contracautela ou à responsabilidade objetiva do autor. Outras, por incompatíveis com tal situação, deverão ser olvidadas, tais quais uma a menção à “lide principal” (art. 801), citação, instrução ou sentença específicas (como já dito), bem assim imposição particular em ônus de sucumbência.

Por amplitudes de razões, os princípios relativos à antecipação de tutela, no que couberem, também serão aproveitáveis. Por exemplo, indeferida inicialmente medida cautelar, posteriormente poderá ser ela concedida à vista de novas provas, o seu cumprimento será feito com base nos poderes do art. 461 etc. (PEREIRA, 2007, p. 581)

Portanto, entendendo que as técnicas antecipatória e cautelar são, muitas vezes, próximas, e que isso pode gerar dificuldades aos “operadores de direito menos familiarizados com discussões teóricas de maior profundidade”, Luiz Guilherme Marinoni (2008a, p. 228) ensina que o dispositivo em questão tem o objetivo de possibilitar que o magistrado conceda a necessária técnica de urgência “quando for nebulosa a natureza da tutela postulada, vale dizer, quando for fundado e razoável o equívoco do requerente”.

Contudo, Eduardo Talamini (2012, p. 2) apreciou que “a intransigente (e artificial) defesa da diferenciação entre as duas vias conduziu muitas vezes a resultados absurdos, com a denegação de medidas urgentes indispensáveis pela tão só circunstância de não haver sido pleiteada pela via reputada adequada”.

O autor elucida bem o transtorno ocorrido:

não foram poucos os casos em que um primeiro juiz indeferiu a medida cautelar por reputar adequada a tutela antecipada e depois, quando proposta a ação comum contendo o pedido de antecipação de tutela, um segundo juiz tornou a rejeitar o pleito de providência urgente, por reputar cabível a medida cautelar(!). (TALAMINI, 2012, p. 2)

Esse caos precisava ser corrigido.

Segundo Humberto Theodoro Júnior (1997, p. 54), “se é nítida no direito brasileiro atual a diferença técnica ou teórica entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória, o mesmo nem sempre ocorrerá nas situações práticas levadas à solução judicial”.

Por conta disso, outra parte da doutrina levantava a possibilidade de fungibilidade entre ambas as técnicas, indistintamente.

Assim, Eduardo de Avelar Lamy (2004, p. 119), entendeu que “assegurar e satisfazer com urgência são apenas técnicas diferentes”, sendo que “a flexibilização de tais medidas” poderia prosseguir, inclusive, até que se unificassem, sistematicamente.

Inclusive, Kazuo Watanabe já defendia essa unificação procedimental, à época em que se introduziu a tutela antecipada no direito brasileiro, com a reforma de 1994:

Com a inovação introduzida pelo art. 273, porém, deverá desaparecer o formalismo excessivo que vinha impedindo a cumulação do provimento de conhecimento com o provimento cautelar. Razões de ordem prática e de economia processual recomendam a admissibilidade de semelhante

cumulação, desde que entre os provimentos haja relação e compatibilidade. (WATANABE, 1996, p. 40)

Da mesma forma, Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 94) defendeu a existência de um “*duplo sentido vetorial da fungibilidade entre as medidas urgentes*”, admitindo, portanto, a possibilidade de utilizar a técnica antecipatória mesmo que requeria a técnica cautelar e vice versa:

[...] mesmo sem o novo parágrafo do art. 273, o juiz já estaria autorizado a dar a sua própria qualificação jurídica aos fatos narrados pelo autor – e isso se aplica indiferentemente a todas as espécies de processos e aos pedidos que neles se deduzem (processo de conhecimento ou cautelar, pedido de cautela ou de antecipação *etc*). (DINAMARCO, 2003, p. 94).

Carlos Alberto Carmona (2007, p. 15-16), por sua vez, comenta que a inserção do § 7º no artigo 273, a partir da Lei n. 10.444/2002, prestou-se a positivar o “óbvio”, ou seja, que “as tutelas de urgência (antecipação de tutela e cautelar) são fungíveis”.

Nesse sentido, Eduardo de Avelar Lamy (2004, p. 43) ressaltou que a inclusão do parágrafo permitiu a visualização do “sistema uno da tutela de urgência”, ou seja, que não há “mais de uma tutela urgente”, mas sim “técnicas diferenciadas em razão da característica comum de provimento jurisdicional cognitivo e executivo que possuem tais provimentos”.

Por conta disso, alguns autores cogitaram a extinção do processo cautelar, de forma autônoma, que seria absorvido pelo processo principal.

Assim, considerando a falta de efetiva distinção entre as técnicas e diante da confusão prática instaurada, seria desnecessária a existência de um processo cautelar autônomo.

Curioso notar que a mesma conclusão chegou-se a teoria da purificação do processo cautelar, para a qual a diferença entre as duas medidas era tão evidente que não seria necessário o poder geral de cautela, previsto para as cautelares inominadas, o qual deveria ser extinto, mantendo-se somente os procedimentos cautelares típicos.

Quer dizer, mesmo sendo adepto da posição de que há grande semelhança entre as técnicas, quanto entendendo que há mais diferenças, a conclusão seria a mesma: a extinção do processo cautelar.

Contudo, a teoria da purificação olvidou-se de que muitos dos procedimentos cautelares típicos têm natureza preponderantemente antecipatória, como o evidente exemplo dos alimentos provisionais.

Criticando a teoria da purificação, Eduardo de Mello e Souza insistiu no elemento diferenciador entre ambas as técnicas:

[...] é preferível entender-se a teoria da purificação como um meio de se diferenciar ambos os institutos, ao invés de pensar neles como tutelas excludentes entre si: ou sobrevive a antecipatória ou a cautelar inominada. Não e não, ambos podem sobreviver harmoniosamente, desde que compreendidos os seus elementos diferenciadores (satisfatividade e referibilidade), aptos a viabilizar a utilização adequada de cada um. (MELLO, 2004)

Para arrematar, o autor argumenta que “Não haveria sentido lógico em permitir ampla fungibilidade de tutelas dentro do processo de conhecimento, e manter toda uma sistematização específica para medidas cautelares em outro Livro do Código.” (MELLO, 2007, p. 552)

Contudo, grande parte da doutrina que permitia a ampla fungibilidade entre as técnicas de urgência, defendia também a desnecessidade de um processo cautelar próprio, como já dito.

Sobre o tema, Alexandre de Freitas Câmara (2013b, p 37) defendeu que “não se pode mais aceitar a necessidade de instauração de um processo autônomo, de natureza cautelar, para que tal modalidade de tutela jurisdicional seja prestada”.

Nesse sentido, apesar de entender que a técnica cautelar é indispensável para a efetividade do sistema processual, o doutrinador argumenta acerca da desnecessidade de um processo autônomo para tanto:

Merece registro, ainda, o fato de que o § 7º, do artigo 273 do Código de Processo Civil, [...] passou a permitir, em nome da assim chamada “fungibilidade entre as tutelas de urgência” que se conceda medida cautelar incidentemente ao processo de conhecimento. A meu juízo, esse dispositivo pode ser interpretado de forma bastante ampla, dele se extraindo a regra geral da dispensabilidade da instauração de processo cautelar para obtenção de tutela jurisdicional dessa natureza (podendo a mesma ser obtida incidentemente ao processo de conhecimento ou de execução). (2013b, p. 37)

Assim sendo, Alexandre de Freitas Câmara (2013, p. 36) afirma que isso já aconteceu no direito brasileiro e utiliza o exemplo da ação de nunciação de obra nova,

na qual, para ele, é possível a concessão de técnica cautelar incidentemente: embargo de obra.

Concordando com a desnecessidade de um processo próprio para as cautelares inominadas, Hélio do Valle Pereira (2007, p. 582) entendeu que “se a antecipação da tutela pode ser requerida durante toda a tramitação do processo, não seve motivo para não terem igual tratamento os provimentos cautelares”.

Ainda, Eduardo Talamini (2012, p. 2) atentou-se para o fato de era “desnecessária duplicação de processos, com tudo que isso implica (duplicidade de autos, de citações, de sentenças)”.

O autor ressaltou que, embora a sistemática autônoma do processo cautelar, concebida por Alfred Buzaid, tenha sido bem recebida, logo foi vista como uma formalidade inútil:

Assim, quando o legislador de 1973 optou por estruturar a tutela cautelar em um processo autônomo, dedicando-lhe livro próprio no Código de Processo Civil (LGL\1973\5) (Livro III), a inovação foi bem recebida. Viu-se nessa autonomia formal da função cautelar um destaque à sua relevância sistemática e um incentivo ao seu emprego. Mas logo se evidenciou o desnecessário formalismo da novidade. Na prática, o procedimento do processo cautelar passou a desenvolver-se autonomamente apenas até a concessão liminar da medida - sendo, depois disso, absorvido pelo procedimento do processo principal. (TALAMINI 2012, p. 1)

Pondo fim à questão instaurada, o Código de Processo Civil de 2015, massacrou qualquer dúvida acerca da fungibilidade entre as técnicas cautelar e antecipatória.

É preciso dizer que fungibilidade não significa dizer que são a mesma coisa, mas sim possibilitar o uso de uma no lugar da outra e, para tanto, exige-se que sejam duas coisas diferentes, por óbvio.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni (2008b, p. 228) explica que “aceitar a possibilidade de confusão entre as tutelas cautelar e antecipatória frisa a diferença entre ambas. Isto por uma razão lógica básica: somente coisas distintas podem ser confundidas”.

Essa absorção das tutelas antecipadas pelo processo de conhecimento e a flexibilização comentada pelos autores permitiu o *duplo sentido vetorial*, ou seja, também reconheceu que são técnicas diferentes.

Assim, Eduardo Talamini (2012, p. 2) explicou que, em que pese haja distinção entre técnica cautelar e técnica antecipatória reconhecida pelo próprio código, “Aplica-se a ambas o mesmo regime quanto a pressupostos, via processual de pleito e concessão, eficácia e autoridade da decisão concessiva - e assim por diante”.

A questão da fungibilidade e as reais diferenças e semelhanças entre as técnicas antecipatória e cautelar já foram colocadas de lado no próprio Código de Processo Civil de 1973. No artigo 489 previu-se que “O ajuizamento da ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, ressalvada a concessão, caso imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza *cautelar* ou *antecipatória de tutela*”. (grifado)

Logo, é indiferente se para evitar o cumprimento da sentença rescindenda se requeira a técnica antecipada ou a técnica cautelar.

Portanto, ambas as técnicas foram unificadas no Título II – Tutela de Urgência, dentro do Livro V – Tutela Provisória, no Código de Processo Civil de 2015.

Sobre as tutelas de urgência, na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015 foi mencionado que “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”. (COMISSÃO, 2010, p. 25)

Eduardo Talamini (2012, p. 4) advertindo que a diferença entre a técnica cautelar e a técnica antecipada não era qualitativa, mas quantitativa, argumentou que “é perceptível certa gradação da carga antecipatória nas medidas de urgência não tendentes a se tornar, por si só, definitivas - mesmo naquelas pacificamente como conservativas”.

Para o autor, a mudança operada no novo código foi positiva, pois “do ponto de vista prático, a eliminação da duplicidade de regimes evita armadilhas para o jurisdicionado” (TALAMINI, 2012, p. 4).

Como bem observou o doutrinador, há vários casos em que é confusa a distinção entre as técnicas, e também desnecessária, sobretudo porque na maioria das vezes possuem os mesmos efeitos:

Porém, mais do que uma questão de ordem prática, o impasse doutrinário (e jurisprudencial, e legislativo) tem em si mesmo relevo científico. Quando Ovídio Baptista da Silva afirma ser cautelar a medida que suspende

deliberação assemblear, e Barbosa Moreira a considera tutela antecipada; quando Watanabe reputa conservativa a sustação de protesto, e Bedaque toma-a por antecipatória, fica evidente que a tutela cautelar e a tutela antecipatória urgente não têm como ser providências essencialmente diversas. Não se está a falar de coisas distintas entre si como água e vinho. A divergência entre processualistas tão argutos só se põe precisamente porque estão tentando classificar objetos muito próximos entre si - situados em zona cinzenta, de fronteira. (TALAMINI, 2012, p. 4)

Além dessa mudança, no novo Código optou-se por retirar o Livro do Processo Cautelar. E, verificado que várias cautelares típicas, “embora estivessem formalmente inseridas no Livro III, de cautelares, nada tinham.” (COMISSÃO, 2010, p. 31), foram absorvidas pelo processo de conhecimento ou realocadas, junto aos procedimentos especiais.

Por fim, foram adotados os mesmos requisitos para o deferimento das medidas: probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

4.3.2 *O termo provisório versus temporário*

O termo provisório foi apontado pela maior parte da doutrina como uma das características das técnicas de urgência. Entretanto, isso não é unânime. Parte entende que o termo correto para uma técnica é “temporário” e, para a outra, “provisório”; outros entendem que ambas são provisórias ou temporárias, tratando os termos como sinônimos.

Alfredo de Araújo Lopes da Costa exemplifica a diferença entre os termos assim:

Os andaimes da construção são temporários. Ficam apenas até que se acabe o trabalho no exterior do prédio. São, porém, definitivos, no sentido de que nada virá substituí-los. Já, entretanto, a barraca onde o desbravado dos sertões acampa, até melhor habitação, não é apenas temporária, é provisória também. O provisório é sempre trocado por um definitivo. (COSTA, 1958, p. 16)

Grande parte da doutrina aproveitou-se da analogia de Alfredo de Araújo Lopes da Costa para explicar a diferença entre a técnica cautelar e a técnica antecipatória.

Alexandre de Freitas Câmara, citando Piero Calamandrei, explica a diferença entre provisoriedade e temporariedade da seguinte forma:

É útil, entretanto, advertir que o conceito de provisoriedade (bem assim aquele, coincidente, de interinalidade) é um pouco diverso, e mais restrito, que o de temporariedade. Temporário é, simplesmente, aquilo que não dura para sempre, isto é, que, independentemente da superveniência de outro evento, tem, por si só, duração limitada: provisório, é por sua vez, aquilo que é destinado a durar enquanto não sobrevenha um evento sucessivo, à espera do qual o estado de provisoriedade permanece. Neste sentido, provisório equivale a interinal: ambas as expressões indicam o que é destinado a durar somente naquele tempo intermédio que precede ao evento esperado. (CALAMANDREI apud CÂMARA, 2013b, p. 28)

Nesse sentido, a técnica cautelar seria temporária e a técnica antecipada seria provisória.

Isso porque, a técnica cautelar produz efeitos somente enquanto perdurar a situação de perigo ou que a jurisdição no processo principal seja prestada. Já a técnica antecipatória produz efeitos até que a tutela definitiva venha a substituí-la.

Na mesma linha de raciocínio, é o entendimento do professor Ovídio Baptista da Silva. Para ele, aquilo que é *provisório* tende a se tornar definitivo – como por exemplo a técnica antecipatória; enquanto o que é *temporário* possui definitividade no sentido de que não sofrerá substituição – como no caso da técnica cautelar (SILVA, 2006, p. 88).

Assim, Ovídio Baptista da Silva defende que a técnica antecipatória subsiste ao processo principal, mesmo após a prolação da sentença de mérito, resguardando a situação de direito material. E o que afasta as sentenças cautelares do processo de conhecimento, portanto, não é a “sua eficácia preponderante”, mas “seu proclamado caráter *instrumental*, o que significa, em última análise, não ser *final* o seu resultado, enquanto declaração definitiva e incontrovertível”. (SILVA, 1997, p. 185).

Então, “para o *paradigma* que sustenta o Processo de Conhecimento, declarar provisoriamente, com base em prova de verossimilhança, é o mesmo que nada declarar e nada decidir, já que, para a doutrina, decidir é apenas julgar definitivamente”. (SILVA, 1997, p. 185)

Nesse sentido, imprescindível compreender o que o autor denomina de “provisório”:

Provisório define-se como alguma coisa que serve instrumentalmente apenas ao processo – a um processo determinado –, sem que possa alterar ou sequer interferir no direito material. Esta é afinal a razão pela qual a doutrina não admite um *direito substancial de cautela*. Como a tutela cautelar é provisória, segundo a doutrina, ela não interfere com o direito material a que presta proteção. (SILVA, 1997, p. 187).

Eduardo de Avelar Lamy, por sua vez, adverte, sobre o adjetivo mais apropriado a cada uma das tutelas:

Por ser acessório e servir de garantia, o provimento urgente, oriundo de técnica eminentemente cautelar é, via de regra, temporário em relação ao processo principal.

Ele será provisório quando puder ser confirmado ao final da demanda, como ocorre com as técnicas que antecipam os efeitos do pronunciamento jurisdicional final de mérito. Da mesma forma, a liminar em sede de técnica cautelar também é temporária, sendo provisória em relação à própria demanda cautelar, assim como a antecipação de tutela é provisória em relação ao processo principal (LAMY, 2004, p. 45).

Contudo, o autor ainda ressalta que essa diferenciação é meramente técnica, não possuindo nenhum efeito prático em relação à utilização de um termo ou de outro:

Embora considerável parcela da doutrina entenda que a técnica cautelar não pode ser provisória, mas apenas temporária, a miscigenação de elementos cautelares e satisfativos é característica intrínseca às técnicas de urgência. A diferenciação entre técnica cautelar e antecipatória parte do binômio satisfatividade e cautelaridade: enquanto as técnicas de urgência demonstram partir historicamente da cautela, as medidas liminares produzem antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, possuindo satisfatividade. Ora, a tutela de urgência, via de regra, é prestada através de decisões liminares, sendo estas satisfativas ao menos em relação aos próprios provimentos cautelares. (LAMY, 2004, p. 56)

Entretanto, Luiz Guilherme Marinoni (2008b, p. 200) discorda de tal posicionamento no sentido de distinguir técnica antecipatória e técnica cautelar. Para ele, “a provisoriedade, isto é, o fato de a “decisão” ser dotada de cognição sumária não é nota que possa servir para essa distinção”.

O autor vai além e explica que utilizar a cognição sumária, que é um critério processual, vai de encontro ao pensamento de que a tutela visa proteger um direito material, em confronto com a noção de instrumentalidade do processo:

Se a tutela, ainda que fundada em cognição sumária (*fumus boni iuris*), dá ao autor o resultado prático que ele procura obter através da própria tutela final, não é possível dizer que essa tutela esteja apenas assegurando o “resultado útil” do processo. Como é óbvio, se o único “resultado útil” que se poderia esperar do processo foi dado desde logo ao autor, torna-se no mínimo equivocado pensar que não foi concedido ao autor o direito material buscado, mas apenas assegurado o resultado que se esperava ver cumprido pelo processo. Ora, o resultado do processo somente pode ser o de se dar ao autor o direito material que ele afirma possuir! Quem fala em “Tutela provisória” nada diz para quem está preocupado com um processo que responda às necessidades do direito substancial. (MARINONI, 2008b, pp. 201-202)

Cássio Scarpinella Bueno (2001, p. 182) afirma que provisoriedade é característica do “processo cautelar” e significa que “a proteção obtida cautelarmente” extingue-se com a efetivação da tutela jurisdicional que se pretende proteger, trazendo à tona o disposto na primeira parte do caput do art. 807 e no inciso III do art. 808”.

Já Humberto Theodoro Júnior afirma que a técnica cautelar é provisória e temporária:

Por sua natureza e por seu fim específico, a eficácia da medida preventiva obtida por meio da ação cautelar é essencialmente temporária e provisória: só dura enquanto se aguardar a solução do processo de cognição ou de execução, que é o principal, o que soluciona realmente a lide; destina-se forçosamente a ser substituída por outra medida que será determinada, em caráter definitivo, pelo processo principal. (2008, p. 26)

O que se percebe sobre os termos “provisório” e “temporário” é que eles são empregados com sentidos distintos pelos autores, o que demonstra a necessidade de bem conceituar as palavras ao longo das exposições.

Assim, ora a expressão “provisório” é utilizada em contraposição a “definitivo”, explicando a superveniência de uma sentença de mérito; ora é utilizado em comparação à temporariedade da técnica cautelar, no sentido de que somente gera efeitos enquanto perdurar sua necessidade, além de também ser utilizado para se referir à sumariedade, dentre várias outras possibilidades.

Tanto a técnica cautelar quanto a técnica antecipatória podem ser modificadas e revogadas, mas somente a técnica antecipatória pode, de fato, antecipar (satisfazer) a pretensão da parte autora.

Seja como for, o Código de Processo Civil de 2015 adotou o termo Tutela Provisória no Livro V que, conforme artigo 294 “A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência”.

Essa escolha foi pragmática e privilegiou uma linguagem processual mais simples, como alertado na exposição de motivos do código diversas vezes, visando a funcionalidade do sistema, em detrimento da perfeição técnica e estética que, muitas vezes, são um fim em si mesmas e acabam prejudicando, ao invés de facilitar, o uso de uma ferramenta tão importante no sistema processual brasileiro.

Portanto, dentro das técnicas provisórias urgentes, há a técnica cautelar e a técnica antecipatória que consiste numa forma sumária de prestação de tutela, que gera decisão provisória, não depende necessariamente de um processo principal, não transita em julgado, mas pode prolongar a sua eficácia no tempo.

4.3 Procedimento das Tutelas de Urgência e Estabilização

As tutelas de urgência no Código Processo Civil 2015 podem ser cautelares ou antecipatórias e antecedentes ou incidentais.

No que tange ao procedimento para o pedido de aplicação da técnica cautelar, não há maiores inovações em relação ao Código de Processo Civil de 1973. A única distinção é que, caso deferida em caráter antecedente, o pedido principal deverá ser feito nos próprios autos em que formulado o pedido cautelar (arts. 305 e seguintes), ou seja, não há um processo autônomo.

Em relação à técnica antecipatória, conforme disposto no artigo 303, é permitido que a parte autora limite-se ao requerimento, na petição inicial, do pedido de antecipação da tutela, e indique o pedido de tutela final, “com a exposição sumária da lide, do direito que se busca realizar e do perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional”.

Caso deferida a tutela pretendida, incumbirá à parte autora aditar a petição inicial, sem incidência de novas custas judiciais, com os demais fundamentos dos seus pedidos, eventual juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar, conforme § 1º inciso I e 3º, ambos do artigo 303.

Se não houver o aditamento, o processo será extinto, conforme § 2º do artigo 303.

Por outro lado, o juiz determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito, se entender que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, nos termos do § 6º do referido artigo.

O artigo 304, prevê que se o réu não recorrer da decisão que concedeu a medida, a tutela antecipada tornar-se-á estável e o processo será extinto. Entretanto, o parágrafo segundo ressalta a possibilidade de qualquer das partes “rever, reformar ou invalidar”, em ação própria, a tutela antecipada estabilizada, desde que o faça em até dois anos contados da ciência da decisão que extinguiu o processo (§ 5º). Até que isso ocorra, a referida tutela conservará seus efeitos, a teor do § 3º do mesmo artigo.

Assim, o Código de Processo Civil de 2015 previu o sistema de estabilização da tutela antecipada. Entretanto, concorda-se com o entendimento Cássio Scarpinella Bueno de que a ideia não é uma novidade no direito brasileiro.

Cássio Scarpinella Bueno (2011, p. 61) lembra que a Lei n. 11.804/2008, que disciplina acerca dos alimentos gravídicos, já previa tal possibilidade no parágrafo único do artigo 6º. De acordo com tal normativa, “Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão”.

O autor explica que tal instituto visa conferir à decisão que defere a antecipação dos efeitos da tutela, a prerrogativa de tornar-se estável, enquanto não haja irrisignação da parte contrária. (BUENO, 2011, p. 61)

Contudo, essa previsão só existia em relação aos alimentos, que é um direito material peculiar no sistema jurídico brasileiro, pois é o único a permitir a prisão civil, por exemplo.

Assim, o Código de Processo Civil de 2015 inovou no sentido de permitir que a estabilização da tutela antecipada ocorra em todos os demais casos, e não apenas em relação ao direito alimentar.

Em 1997 já houve uma tentativa de inserir a estabilização no processo civil brasileiro por uma iniciativa do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Uma comissão formada por José Roberto dos Santos Bedaque, Kazuo Watanabe, Luiz Guilherme Marinoni e Ada Pellegrini Grinover, foi instaurada com a finalidade de elaborar o Anteprojeto de Lei que pretendia alterar os parágrafos 4º e 5º do artigo 273, e acrescentar ao Código os artigos 273-A, 273-B, 273-C e 273-D, dispondo sobre a estabilização da tutela antecipada. (BUENO, 2011, p. 61)

Da justificativa do Projeto de Lei nº 186/2005, do Senado Federal, extrai-se o seguinte:

A proposta de estabilização da tutela antecipada procura, em síntese, tornar definitivo e suficiente o comando estabelecido por ocasião da decisão antecipatória. Não importa se se trata de antecipação total ou parcial. O que se pretende, por razões eminentemente pragmáticas – mas não destituídas de embasamento teórico – é deixar que as próprias partes decidam sobre a conveniência, ou não, da instauração ou do prosseguimento da demanda e sua definição em termos tradicionais, com atividades instrutórias das partes e cognição plena e exauriente do juiz, com a correspondente sentença de mérito.

Verifica-se que a intenção deste instituto vai além de conceder o provimento jurisdicional tempestivo às partes. Objetiva relativizar o paradigma de jurisdição como monopólio do Estado, na medida em que os próprios sujeitos da relação processual podem decidir sobre a conveniência, ou não, da instauração ou do prosseguimento da demanda e sua definição final.

Isso porque, ninguém melhor do que as próprias partes para entenderem sua relação e os reais objetivos de cada uma que, por vezes, se esconde através do processo. Ou seja, as partes podem se contentar com a decisão sumária.

Entretanto, o projeto foi arquivado em 2007.

Cássio Scarpinella Bueno (2011, p. 61) explica que, de acordo com tal instituto jurídico, é possível que “a decisão antecipatória da tutela, posto ser proferida com base em “cognição sumária”, assuma estabilidade suficiente para tonar desnecessário, consoante determinadas circunstâncias, o prosseguimento do processo [...]”.

A estabilização da tutela antecipada está disposta no artigo 304 do Código de Processo Civil de 2015 e seus respectivos parágrafos.

De acordo com o *caput* do artigo 304, “A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”.

O artigo faz remissão ao previsto no artigo 303 e daí surge a primeira dúvida acerca do instituto: é possível a estabilização quando a tutela antecipada for incidental ou somente quando antecedente?

O Código é bem claro ao afirmar que se trata da tutela antecipada quando “urgência for contemporânea à propositura da ação”, nos termos do artigo 303, ou seja, quando antecedente. Não há dúvidas, sobretudo porque são os únicos dois artigos do Capítulo II do Título II, referente ao “procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente”.

Contudo, o Código já se mostrou bastante flexível em diversas ocasiões acerca dos termos utilizados e da sistemática organizacional.

No Projeto de Lei n. 186/2005, a intenção era bastante clara no sentido de possibilitar a estabilização quando a tutela antecipada fosse antecedente, mas também incidental. Destaca-se da exposição de motivos do referido Projeto de Lei:

Se o ponto definido na decisão antecipatória é o que as partes efetivamente pretendiam e deixam isso claro por meio de atitude omissiva consistente em não propor a demanda que vise à sentença de mérito (em se tratando de antecipação em procedimento antecedente) ou em não requerer o prosseguimento do processo (quando a antecipação é concedida no curso deste), tem-se por solucionado o conflito existente entre as partes, ficando coberta pela coisa julgada a decisão antecipatória, observados os seus limites.

Por conta disso, e de toda a roupagem do Novo Código, menos formalista e mais funcional, defende-se aqui que não se acredita que a estabilização seja dirigida somente para a tutela antecipada requerida em caráter antecedente.

O que ocorre é que de acordo com o procedimento das tutelas de urgência, parece que o Código olvidou-se da possibilidade de desistência da demanda.

Explica-se.

Caso a técnica antecipada seja requerida em caráter antecedente e o juiz conceda a medida, caberá ao réu buscar as medidas judiciais que entender cabíveis, pois na petição inicial é lícito que o autor se limite ao requerimento da tutela antecipada. Contudo, caso a técnica antecipada seja requerida durante o curso do processo, ou seja, quando já haja, obrigatoriamente, requerimento de tutela final, o autor poderá desistir do processo se concedida a medida. Entretanto, como já houve a citação do réu, ele terá que anuir.

Se é possível que o réu não interponha recurso quando concedida a medida pretendida pelo autor, é possível que o réu anua com a desistência do processo formulada pelo autor, e isso não impede eventual demanda no intuito de rever, reformar

ou invalidar a tutela antecipada estabilizada, conforme o § 2º do artigo 304 do Novo Código de Processo Civil.

Além dessa possibilidade, por mais que o réu conteste os pedidos do autor, não há propriamente controvérsia acerca da decisão que defere a técnica de urgência, pois a forma de impugnar tal decisão é por agravo e instrumento e não por mera contestação.

Embora o réu possa invocar o princípio da economia processual para argumentar a desnecessidade de interposição de agravo de instrumento ou a propositura de uma nova demanda visando a coisa julgada, entende-se aqui que o Novo Código prestigiou a eficácia em detrimento da economia processual. Isso porque montar uma ação, com inicial, provas e pagamento de custas é muito mais trabalhoso do que simplesmente contestar ou recorrer, de modo que o réu terá que verificar detalhadamente se realmente aquela ação vale tamanho empenho.

Da mesma forma, entende-se aqui que é possível a estabilização da técnica cautelar, e não somente da técnica antecipada.

Não adianta pensar no novo Código com velhas premissas. A questão é bastante lógica e, de certa forma, já era prevista desde sempre.

Qualquer coisa não impugnada preclui, transita em julgado e surte efeitos, ainda que o próprio Direito diga ao contrário.

É possível a cobrança de dívida de jogo se a parte contrária não impugnar. É possível a realização de negócio jurídico por agente incapaz, se não houver irresignação de ninguém. É possível exigir o cumprimento de uma sentença proferida por juiz impedido se não for proposta a ação rescisória. E é possível que se mantenha a coisa ou a pessoa da busca e apreensão jamais questionada, dentre vários outros casos.

Isso nada tem de novo.

O que a estabilização tenta evitar é que o incontroverso retarde a prestação jurisdicional.

Nesse sentido já há a disposição do artigo 273, § 6º, do Código de Processo Civil de 1973, que permite que a tutela antecipada seja concedida “quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.

Difícil é imaginar que coisas como essas aconteçam, mas não impossível.

É difícil imaginar que um réu tenha contra si uma decisão interlocutória de urgência e não interponha agravo de instrumento, mas isso acontece, sobretudo, nas demandas corriqueiras no Poder Judiciário como, por exemplo, a clássica demanda sobre a inclusão indevida do nome do consumidor no rol de maus pagadores. Nem todas as decisões interlocutórias que concedem a tutela antecipada são impugnadas.

É certo que, em vários outros casos, há a interposição de agravo de instrumento. Nesses casos, não há, infelizmente, nenhuma inovação. Será interposto agravo de instrumento, e outros tantos infundáveis recursos, nem que seja para protelar a satisfação do direito da parte autora.

Contudo, como a técnica antecipatória permite a satisfação do direito material de forma imediata, nesses casos, nem sequer a interposição de recursos será útil à parte adversa, somente se lograr êxito em um instantâneo efeito suspensivo da decisão.

Não se pode desconsiderar que há um lapso temporal entre os efeitos produzidos no mundo dos fatos e os desdobramentos no âmbito processual. Caso haja o deferimento da técnica antecipada para realização de um procedimento cirúrgico, por exemplo, após a cirurgia só resta à parte contrária propor a ação condenatória visando o pagamento.

Trata-se da inversão da iniciativa da ação.

Eduardo Talamini explica o termo usado por Piero Calamandrei e Francesco Carnelutti:

Piero Calamandrei afirmava que o “meio” para se atingir essa finalidade seria a “inversão da iniciativa do contraditório”: expedite-se liminarmente mandado de cumprimento da obrigação para o réu e cabe a ele, caso tenha por infundada a pretensão do autor, opor-se a essa ordem. Piero Calamandrei preferia tal terminologia à de Francesco Carnelutti, para quem o contraditório seria “eventual” (CALAMANDREI; CARNELUTTI, apud TALAMINI, 2012, p. 6)

Mas o autor dá sua opinião sobre o assunto: “é inerente ao processo, dada sua estrutura dialética, a transferência contínua do ônus de manifestar-se, de uma parte para a outra. Mais do que inverter-se o contraditório, *inverte-se o ônus da instauração de um processo de cognição exauriente.*” (TALAMINI, 2012, p. 6)

No que tange à técnica cautelar, embora ao longo de anos tenha se afirmado a característica de referibilidade e autonomia, verificou-se que muitas cautelares não possuem natureza cautelar (busca e apreensão, alimentos, etc), ou seja, são satisfativas. E mesmo as demais também podem possuir carga de satisfatividade, como até mesmo o arresto (em que uma parte pode se satisfazer somente em prejudicar a parte contrária). O Direito espelha as relações humanas, que possuem suas peculiaridades e, às vezes, lhes falta lógica.

Enfim, a estabilização da técnica de urgência não é novidade no sistema jurídico brasileiro e pode não ser utilizada em todos os casos, mormente o costume jurídico litigioso do brasileiro. Entretanto, mal não fará e está disponível para litigantes mais esclarecidos e que possuem uma visão econômica do direito.

Nesse sentido, destaca-se o comentário de Humberto Theodoro Júnior:

Se as partes ficam satisfeitas com a decisão antecipatória, baseada em cognição sumária, sem força de coisa julgada, mas com potencial para resolver a crise de direito material, não se mostra conveniente obrigá-las a prosseguir no processo, para obter a decisão de cognição plena. (2002, p. 30).

Portanto, a estabilização é uma alternativa às partes, caso optem por um procedimento mais célere capaz de solucionar o litígio instaurado, sem que isso implique, necessariamente, em coisa julgada. Questionar a aplicabilidade prática desse instituto é questionar a aplicabilidade prática do artigo 273, § 6º, do Código de Processo Civil de 1973 também.

O Código de Processo Civil de 2015 deu um importante avanço ao permitir que as partes decidam acerca da estabilização da lide, evitando o paternalismo autoritário enraizado desde a influência de Francisco Campos no Código de Processo Civil de 1939, bem como o obrigatório monopólio da jurisdição pelo Estado.

CONCLUSÃO

O Código de Processo Civil de 2015 teve o desafio de trazer resultados, mas com segurança jurídica. E o objetivo das técnicas de urgência é justamente esse.

A retrospectiva realizada pelas codificações anteriores demonstrou que os Códigos de Processo Civil eram substituídos por outros que sempre buscavam combater o formalismo e a burocracia desnecessária, tantas vezes cultivada na cultura brasileira e espelhada nas legislações. A proposta era sempre um processo civil simples, que priorizasse a celeridade e a efetividade da prestação jurisdicional.

Embora as codificações tenham apresentado bastantes problemas, de forma geral é inegável o progresso auferido, que foi obtido paulatinamente ao desapego às legislações estrangeiras.

Nesse sentido, em pese haja influências recíprocas entre os ordenamentos jurídicos mundiais, construiu-se um Código de Processo Civil genuinamente brasileiro, no auge da democracia pátria, com a participação bastante diversificada de juristas, seja em relação à faixa etária, ao Estado da Federação e à classe profissional.

Embora seja difícil conciliar ideias provenientes de correntes jurídicas tão distintas, a harmonização dos pensamentos foi bem sucedida neste Código.

Outrossim, o Código de Processo Civil de 1939 foi um importante marco, pois unificou a legislação processual civil e sistematizou, ainda que de forma embrionária, as primeiras disposições referentes às técnicas de urgência, protegendo o processo e evitando a inutilidade do provimento final em decorrência do tempo necessário ao desenvolver do processo.

Entretanto, foi um Código bastante autoritário, como defendido por Francisco Campos na exposição de motivos. Em contraposição, o Código de Processo Civil de 2015, dentre outras coisas, flexibilizou o monopólio da jurisdição pelo Estado com o advento da estabilização da técnica de urgência – um grande passo motivado pela democracia.

Já a desnecessária autonomia do processo cautelar instituído no Código de Processo Civil de 1973 foi colocada de lado. Além disso, os termos dúbios quanto aos

requisitos para a concessão da tutela antecipada, inseridos pelas Reformas de 1994 e de 2002 foram corrigidos no Código de Processo Civil de 2015.

Da mesma forma, a fungibilidade entre a técnica antecipatória e a técnica cautelar foi explicitada de forma inconteste. Fungibilidade nada mais é do que aceitar uma no lugar da outra, o que pressupõe logicamente a existência de duas técnicas distintas, mas que a utilização de uma no lugar da outra não implica em perda de efetividade, pelo contrário.

Com efeito, as remendas operadas fizeram o Código de Processo Civil de 1973 ruir. Em consequência disso, estruturou-se um Novo Código sobre bases próprias, ideal para operadores do direito mais maduros com os aprendizados das experiências passadas.

Embora haja diferenças entre as técnicas cautelar e antecipatória, é certo que também há semelhanças, sobretudo em questões práticas, de modo que isso não pode servir de óbice às necessidades da sociedade de massa. Por conta disso, houve a reclassificação das tutelas de urgência dentro do gênero tutela provisória.

Nesse sentido, observou-se que a adoção do termo “provisório” embora não seja o mais tecnicamente correto, demonstrou simplicidade objetiva, a fim de se ter um processo civil realmente instrumental e que não seja um fim em si mesmo.

O objetivo deste trabalho foi o de demonstrar que as várias mudanças operadas no sistema de tutelas de urgência no Novo Código de Processo Civil proporcionaram uma maior proteção do bem da vida e do processo em si.

A hipótese básica foi verificada.

É que as modificações no tratamento das tutelas de urgência trazidas no Código de Processo Civil de 2015 proporcionam melhor efetivação do processo em comparação com os códigos anteriores.

As quebras de paradigmas foram operadas com suavidade e permitem que os juristas utilizem uma ferramenta adaptável a várias situações. Agora sim é possível falar em um verdadeiro sistema de tutelas de urgência, com eventual necessidade de integração de normas possibilitada na própria parte geral do Código, a qual traça diretrizes para tanto.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela na lei nº 10.444, de maio de 2002. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (Org.). **Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos** - 3. ed. re, atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2011.

BUZAID, Alfredo. **Exposição de motivos do código de processo civil de 1973**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/177828>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

BRASIL. **Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. **Lei nº 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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8952.htm#art273>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. **Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002**. Altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10444.htm#art273§6>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. Senado federal. **Ato do presidente nº 379, de 2009**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/ATO%20DO%20PRESIDENTE%20N%C2%BA%20379.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. Senado federal. **Projeto de lei do senado nº 186, de 2005**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=73862>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. Senado federal. **Anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em 10 nov. 2015

CAMPOS, Francisco. **Exposição de motivos do Decreto Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>>. Acesso em: 28 ago. 2013.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Lições de Processo civil: volume I**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2013a

_____. **Lições de Direito Processual Civil – Volume III**. 20. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013b

CALAMANDREI, Piero. **Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares**, trad. de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ed. Bibliografica Argentina 1945.

CARMONA, Carlos Alberto. Quinze anos de reformas no código de processo civil. In: CARMONA, Carlos Alberto (Org.). **Reflexões sobre a reforma do código de processo civil: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover, Cândido R. Dinamarco e Kazuo Watanabe**. São Paulo: Atlas, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. **Estudios de derecho procesal**. Trad. esp. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires. EJEA, 1952.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. Medidas preventivas. 2. ed. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1958

DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. **A reforma da reforma**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Nasce um novo processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). **Reforma do código de processo civil**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, n. 16, p. 23-42, 2000.

_____. [s.n.] In. Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil : anteprojeto**. Brasília : Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/-Anteprojeto.pdf>>. Acesso em 10 nov. 2015

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro – Volume 3**. 20 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

NUNES, Elpídio Donizetti. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Rio de Janeiro, Forense, 3ª ed., 1987, vol. VIII, tomo I.

LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da tutela de urgência: a redução da forma na utilização das técnicas cautelar e antecipatória**. Curitiba: Juruá, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória**, 2ª ed., RT, SP, 1994

_____. **Teoria geral do processo**, v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Processo de conhecimento** / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart - 7 ed. rev. e atual. 3 tir. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008a

_____. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2008b.

MELLO, Eduardo de Souza e. **A crise da crise da ação cautelar inominada**, 2004. Disponível em <<http://www.melloesouza.adv.br/index.php?pagina=artigos&carrega=200405061540>> Acesso em 10 nov, 2015.

MELLO, Eduardo de Souza e. Tutela cautelar: retorno às origens. In. ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.). **Direito e Processo: Estudos em Homenagem ao Desembargador Noberto Ungaretti**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual de Direito Processual Civil: Roteiros de Aula – Processo do Conhecimento** – Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SARNEY, José. Um novo Código de Processo Civil. In. Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil : anteprojeto**. Brasília : Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/-Anteprojeto.pdf>>. Acesso em 10 nov. 2015

SILVA, Ovídio A. Baptista da. A “antecipação” da tutela na recente reforma processual. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). **Reforma do código de processo civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, vol.III.

_____. **Do processo cautelar**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de Não Fazer. CPC, art. 61; CDC, art. 8**. São Paulo: RT, 2001

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do código de processo civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. A efetividade do processo e a reforma processual. **Revista de informação legislativa, Brasília**, n. 122, 1994.

THEODORO JR., Humberto. **Tutela Antecipada e tutela cautelar**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n . 742, 1997.

_____. **Curso de direito processual civil**. 19. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC.** São Paulo, Revista de processo n. 206, 2002

_____. **O processo civil brasileiro no limiar do novo século.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Processo Cautelar.** 24. ed. ver. e atual. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2008.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **Manual da Tutela Antecipada.** São Paulo, Atlas, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos da antecipação da tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WAMBIER, Luiz Rodrigue. **Curso avançado de processo civil, volume 2: execução.** Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida, Eduardo Talamini; coordenação Luiz Rodrigues Wambier. 10 ed. revisada atualizada e aplicada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987

ZAVASCKI, Teori Albino. **Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante.** Revista de Processo. São Paulo: RT, ano 21, nº 82, abr/jun 1996.