

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “Professor Jacy de Assis”

**AS TUTELAS DE URGÊNCIA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL
BRASILEIRO**

UBERLÂNDIA

2017

GUILHERME REIS DOS SANTOS

**AS TUTELAS DE URGÊNCIA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL
BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como requisito à graduação no curso de
Direito da Universidade Federal de
Uberlândia - UFU.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Daniela de Melo
Crosara.

UBERLÂNDIA

2017

RESUMO

Após a revolução democrática recém ocorrida, o Brasil da década de 90 buscou alinhar-se com a nova ordem global. A partir desse momento surge a necessidade de se estabelecer uma legislação processual civil que se adéque à realidade social atualmente vivenciada pelo país, e que possa representar uma resposta efetiva do Estado-Juiz às demandas da população. Passados quase trinta anos da promulgação da Carta Maior, em um cenário política e economicamente efervescente, a Lei 13.105/15 é consolidada atendendo aos anseios da sociedade que clama por uma prestação jurisdicional efetiva.

Em seu primeiro capítulo o trabalho objetiva fazer um levantamento histórico sobre a evolução teórica do Direito Processual Civil até o moderno processo civil constitucional, partindo da antiguidade clássica greco-romana, com especial destaque ao processo civil brasileiro.

Superado o momento introdutório da obra o segundo capítulo é todo dedicado à análise da tutela de urgência no Código de Processo de 1973, destacando-se os pressupostos teóricos comuns entre a tutela de urgência cautelar e a antecipada, além de título próprio para discutir as peculiaridades de cada uma das medidas.

O terceiro e último capítulo do estudo evidencia os novos pressupostos da tutela de urgência no Código de Processo Civil de 2015, destacando-se as principais alterações feitas com relação à legislação anterior, além das vantagens e desvantagens da atual codificação. Trata-se de um paralelo essencial à compreensão da nova dinâmica processualista brasileira.

ABSTRACT

After the recent democratic revolution, Brazil in the 1990s sought to align itself with the new global order. From that moment, the need arises to establish a civil procedural law that is in line with the social reality currently experienced by the country, and which can represent an effective response of the State Judge to the demands of the population. Almost thirty years after the promulgation of the Major Charter, in a politically and economically effervescent scenario, Law 13.105/15 is consolidated to meet the aspirations of society that calls for effective judicial performance.

In its first chapter the work aims to make a historical survey on the theoretical evolution of Civil Procedural Law up to the modern civil constitutional process, starting from the classic Greco-Roman antiquity, with special emphasis on the Brazilian civil process.

After the introduction of the work, the second chapter is devoted to the analysis of the protection of urgency in the Code of Process of 1973, highlighting the common theoretical presuppositions between the guardianship of precautionary urgency and the anticipated, as well as proper title to discuss the peculiarities Of each of the measures.

The third and final chapter of the study highlights the new assumptions of urgency protection in the Code of Civil Procedure of 2015, highlighting the main changes made in relation to the previous legislation, in addition to the advantages and disadvantages of the current codification. This is an essential parallel to the understanding of the new Brazilian processualist dynamic.

“A mamãe, papai, Gabi, Carla e todos os demais familiares, amigos e professores pelo apoio incondicional.”

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
CAPÍTULO 1 – INTROITO HISTÓRICO	10
1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PROCESSO CIVIL	10
1.1 INTRODUÇÃO.....	10
1.1.1 A antiguidade greco-romana	10
1.1.2 O período medieval.....	11
1.1.3 O processo civil moderno	12
1.1.4 O direito processual civil brasileiro	13
1.2 O PROCESSO CIVIL CONSTITUCIONAL.....	144
CAPÍTULO 2 – A TUTELA DE URGÊNCIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973.....	18
2 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS	18
2.1 A TUTELA CAUTELAR NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973.....	20
2.2 A TUTELA ANTECIPADA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973.	25
CAPÍTULO 3 – A TUTELA DE URGÊNCIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.....	31
3 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS	31
3.1 A TUTELA CAUTELAR.....	35
3.1.1 A tutela de urgência cautelar em caráter antecedente	38
3.2 A TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPADA	41
3.2.1 A tutela de urgência antecipada em caráter antecedente	43
3.3 A TUTELA DE EVIDÊNCIA.....	49
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	50
REFERÊNCIAS	53

INTRODUÇÃO

Trata-se de trabalho a ser apresentado como Trabalho de Conclusão do curso de Direito da “*Faculdade de Direito Jacy de Assis*” intitulado “As tutelas de urgência no Direito Processual Civil Brasileiro.” E versa sobre as novas perspectivas da tutela de urgência introduzidas pela Lei 13.105/15.

Pretende-se aqui desenvolver uma análise comparativa do expediente da tutela de urgência, abordando-se de forma crítica suas semelhanças e diferenças nas Leis 5.869/73 e 13.105/15. Nesta sorte, espera-se ainda levantar questionamentos sobre a eventual constitucionalidade de determinados elementos normativos, quando confrontados com direitos fundamentais de substância material e processual.

O escopo do presente esforço é, de maneira sistemática, traçar um panorama sobre as tutelas de urgência positivadas no novo Código de Processo Civil e os seus equivalentes em seu antecessor de 1973. Dentro deste contexto, pretende-se pormenorizar a diferença empírica que deve ocorrer nos tribunais com a vigência da Lei 13.105/15 e destacar a sua relevância na concretização do direito material positivo.

Importante destacar, de antemão, que a nova codificação vem ao encontro do moderno paradigma da instrumentalidade do processo. A partir deste princípio se extrai que o procedimento deve existir como um instrumento de viabilização do direito material preterido pelo jurisdicionado.

Em um primeiro momento opta-se por fazer um breve levantamento sobre o desenvolvimento histórico do Processo Civil, com início na antiguidade clássica greco-romana, até o moderno conceito do Processo Civil Constitucional.

Em um segundo momento, os institutos serão pormenorizados sob a ótica do Código de Processo Civil (CPC) de 1973, com a finalidade de sistematização da matéria. Vencida essa etapa, serão apontadas as inovações trazidas pela codificação de 2015, assumindo-se postura prospectiva e propositiva no esforço de elucidar de maneira crítica a problemática proposta.

O estudo em tela tem como objetivo geral evidenciar a adequação do moderno *Codex* frente aos olhos da Constituição Federal de 1988, que em seu Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais; Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos - consagra no bojo do artigo 5º, LXXVIII, que é dever do Estado assegurar ao cidadão, tanto no processo administrativo como no judicial, a razoável duração do processo, além dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação, *in verbis*: “Artigo 5º LXXVIII: a todos, no

âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”¹

Especificamente pretende-se comparar as disposições sobre a tutela de urgência no Código de Processo Civil atual e os seus equivalentes respectivos na codificação anterior. Dentro deste contexto, espera-se pormenorizar a diferença empírica que deve ocorrer nos tribunais com a vigência da Lei 13.105/15. Além da promessa de celeridade o Novo Código trás em seu bojo a esperança de uma justiça capaz de atender as demandas sociais levadas à sua apreciação.

A atividade de pesquisa orientar-se-á por várias fontes, como obras doutrinárias diversas, relatórios de pesquisa, legislação vigente no Brasil e, eventualmente, em outros países.

O método de abordagem será o indutivo, onde se parte de uma premissa particular, comprovada, para atingir uma conclusão universal. O levantamento e a análise de dados sobre a tutela de urgência no ordenamento brasileiro possibilitará a identificação da realidade que permeia o âmbito da pesquisa. Será também dedutivo, partindo-se do geral para o particular, quanto à análise dos parâmetros legais sobre as diferentes estratégias jurídico-factuais que permitem a utilização, ou não, dos mecanismos da tutela de urgência como garantidores da efetividade do processo. Além do indutivo e do dedutivo será utilizado o método comparativo, com a finalidade de contrapor diferentes realidades observadas ao longo da pesquisa.

Ao tratar a metodologia e os objetivos do trabalho em tela, merece destaque o imprescindível ensinamento do professor Dr. Rizzato Nunes, que com peculiar acerto esclarece que: “O trabalho de cunho científico tem de ser útil à comunidade científica à qual se dirige, bem como, numa pretensão mais alargada, a toda a comunidade”.²

A principal fonte do material a ser estudado é constituída pelo acervo da Biblioteca da Universidade Federal de Uberlândia além de acervo privado.

O documento está dividido em 3 (três) capítulos. No primeiro capítulo apresenta-se o projeto, expondo-se uma breve contextualização da problemática levantada, a partir da análise do desenvolvimento histórico do Processo Civil.

¹BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

² NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Manual da Monografia Jurídica**, p. 27.

No segundo capítulo é realizada uma revisão pormenorizada sobre os pressupostos teóricos do Código de Processo Civil de 1973, promovendo-se um maior detalhamento a respeito das tutelas de urgência.

O terceiro capítulo promove o escopo do presente esforço, a saber, uma investigação detalhada sobre as tutelas de urgência positivadas no Código de Processo Civil de 2015, traçando-se um paralelo sobre a tutela de urgência consagrada no novo Código de Processo Civil e os seus equivalentes em seu antecessor de 1973.

CAPÍTULO 1 – INTROITO HISTÓRICO

1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PROCESSO CIVIL

1.1 INTRODUÇÃO

Desde que o homem entendeu que não deve buscar a solução de suas pretensões através da autotutela, mas sim por meio de uma autoridade estatal estabelecida, tem o direito processual civil se desenvolvido. A partir desta afirmação resta evidente que a história do processo em muito acompanha a própria história da humanidade.

Apesar da amplitude daquilo que pode ser considerado como, *lato senso*, “Direito Processual”, foi apenas na antiguidade clássica greco-romana que a disciplina começou a ganhar contornos científicos.

1.1.1 A antiguidade greco-romana

Apesar da carga científica existente no processo Grego, muito pouco se sabe a seu respeito. Neste sentido, o professor Humberto Theodoro Jr. faz inestimável síntese:

Pelo que se apura na *Retórica* de Aristóteles, em matéria de prova predominavam princípios elevados, que faziam classificar os meios de convicção como lógicos e alheios a preconceitos religiosos e outros fanatismos.

O processo observava a oralidade, e o princípio dispositivo aparecia como regra dominante, tocando o ônus da prova às partes e, só excepcionalmente, se permitia a iniciativa do juiz em questões probatórias.

Conheciam-se as provas testemunhais e documentais. Faziam-se restrições ao testemunho de mulheres e crianças. Dava-se grande importância aos documentos, especialmente em matéria mercantil. O juramento era, inicialmente, muito valorizado, mas perdeu prestígio na época clássica.

O mais importante, contudo, era o respeito à livre apreciação da prova pelo julgador, que exercia uma crítica lógica e racional, sem se ater a valorações legais prévias em torno de determinadas espécies de prova.³

O processo romano foi influenciado pelo processo grego, principalmente no que concerne à livre apreciação das provas. A evolução do processo romano divide-se em três momentos distintos: *legis actiones* ou “período primitivo” (da fundação de Roma até aproximadamente 149 a.C.), período formulário (inicia-se com a Lei *Aebutia* e segue durante

³Theodoro Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – **Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento** – vol. I – Humberto Theodoro Júnior – Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pág. 132 – 133.

a República) *ecognitio extraordinária* (que vigorou entre o ano 200 e o ano 565 de nossa era.).

No período primitivo o procedimento se desenvolvia primordialmente de maneira oral, como ensina Theodoro Júnior:

Compreendendo duas fases: uma, perante o magistrado, que concedia a ação da lei e fixava o objeto do litígio; e, outra, perante cidadãos, escolhidos como árbitros, aos quais cabia a coleta das provas e a prolação da sentença. Não havia advogados e as partes postulavam pessoalmente.⁴

No período seguinte que ficou conhecido como “Período formulário” as relações jurídicas existentes em Roma se tornaram visivelmente mais complexas, principalmente em função do avanço dos limites do território do império. Nesta fase a sentença continua sendo imposta pelo Estado às partes, contudo, a sua principal caracterização se dá pela presença de árbitros privados. As principais modificações que podem ser percebidas com relação à fase anterior são: a intervenção de advogados, e a observância dos princípios do livre convencimento do juiz e do contraditório das partes.⁵

Por fim, o período da “*cognitio extraordinária*”, que segundo Loren Dutra Franco tem como característica principais: “(...) a função jurisdicional pelo Estado desaparecendo os árbitros privados, o procedimento assume forma escrita contendo o pedido do autor, a defesa do réu, a instrução, a sentença e sua execução, admitindo também o recurso.”⁶

1.1.2 O período medieval

Nesse momento histórico o processo civil ainda não goza de autonomia frente ao direito material, persistindo a confusão entre matéria e ação. Segundo o professor Marcus Vinicius Rios Gonçalves:

Com a queda do império e as invasões bárbaras, o direito altamente desenvolvido dos romanos sofreu o impacto de uma cultura muito inferior, que utilizava métodos completamente diferentes. O sistema processual dos bárbaros era fundado em superstições e ritos sacramentais, que não se compatibilizavam com o sistema romano. Os invasores procuraram impor a sua forma de solução de conflitos aos vencidos, que não se compatibilizava com o sistema romano. Neste, por exemplo, as

⁴Theodoro Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – **Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento** – vol. I – Humberto Theodoro Júnior – Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pág. 135.

⁵Theodoro Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – **Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento** – vol. I – Humberto Theodoro Júnior – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁶FRANCO. Loren Dutra. **Processo Civil - Origem e Evolução Histórica**. Disponível em: http://intranet.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_20002.pdf. Acessado em: 05/07/2016.

provas destinavam-se a formar a convicção do juiz, que exercia a função estatal de dirimir um conflito de interesses. No direito germânico, o papel do juiz era mais reduzido, pois a sua decisão não era dada com base na própria convicção, mas no resultado mecânico da soma dos valores das provas. Cada uma tinha o seu valor, e aqueles que as apresentassem mais valiosas venceriam a demanda, independentemente da convicção do juiz (prova legal e ordálias).⁷

A título informativo, pode-se verificar que a significação de “ordália” no dicionário corresponde: “a prova jurídica usada como sendo o resultado do juízo de Deus.”⁸

Ante o já exposto, conclui-se que o processo medieval foi caracterizado por uma espécie de simbiose entre o antigo direito romano e o dos bárbaros invasores.

Foi apenas no século XI, com o surgimento das universidades, que esse panorama começou a se alterar. A partir deste momento, com a fusão de institutos do direito romano, canônico e germânico surgiu o *direito comum*, e com ele o *processo comum*, que vigorou do século XI até o século XVI. O referido expediente do “*processo comum*” era escrito, lento e excessivamente complexo.

1.1.3 O processo civil moderno

Com o advento do século XX o processo civil conseguiu se desvencilhar das provas tarifadas – provas já pré-valorizadas pelo direito positivo, que não abriam margem para a análise axiológica do magistrado à luz do caso concreto. Segundo o professor Humberto Theodoro Júnior:

Considera-se iniciada a fase moderna ou científica do direito processual civil a partir do momento em que se outorgaram poderes ao juiz para apreciar a prova de acordo com as regras da crítica sadia e para produzir *ex officio* as provas que se impuserem para o objetivo de alcançar a justiça em sua decisão (...). Com isso, operou-se uma reaproximação do processo civil e do processo penal, retornando-se no primeiro ao princípio da oralidade, e reconhecendo-se, ainda, outros princípios importantes, como o caráter público, de interesse geral, que existe na jurisdição civil, suplantando os próprios interesses privados das partes em litígio. O processo civil passou, então, a ser visto como instrumento de pacificação social e de realização da vontade da lei e apenas secundariamente como remédio tutelar dos interesses particulares.⁹

⁷Gonçalves, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado** / Marcus Vinicius Rios Gonçalves. – 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

⁸“ORDÁLIA”, in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, Disponível em: <http://www.priberam.pt/dlpo/%20ORD%C3%81LIA>. Acessado em: em 11-07-2016.

⁹Theodoro Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – **Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento** – vol. I – Humberto Theodoro Júnior – Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pág. 140.

A partir desse momento, com a maior concentração de poderes nas mãos dos magistrados, percebe-se um maior dinamismo nos sistemas processuais e o surgimento das condições adequadas aos novos paradigmas positivados nas modernas codificações do século XXI.

1.1.4 O direito processual civil brasileiro

Durante o período colonial o Brasil era regido pelas leis processuais portuguesas, haja visto que Brasil e Portugal formavam um Estado único.

Em 1603 a coroa portuguesa promulgou as Ordenações Filipinas, que permaneceram em vigor mesmo após a independência brasileira. Nesse sentido, explica o professor Humberto Dalla Bernardina de Pinho, *in verbis*:

De grande importância para o direito brasileiro e com uma estrutura bastante moderna, as Ordenações Filipinas eram compostas por cinco livros, dentre os quais o terceiro tratava da parte processual civil.

Quanto ao conteúdo, apresentando um processo extremamente formalista, escrito e regido pelo princípio dispositivo (impulso das partes), o Livro III era dividido em quatro partes que disciplinavam, nesta ordem: a fase postulatória, a fase instrutória, a fase decisória e a fase executória, destinada ao processo de execução, além da regulamentação dos procedimentos ordinário, sumários (previstos para casos específicos) e especiais (aplicados a determinadas ações).

O processo criminal, assim como o direito penal, era regulado pelo Livro V (...).¹⁰

Apesar da vigência oficial das Ordenações Filipinas o Brasil também era regido pelas Cartas dos donatários e, ainda, pelo poder dos senhores de engenho, que sob os seus domínios faziam sua própria justiça.

Em 1850, após a edição do Código Comercial, entrou em vigor o Regulamento nº. 737, o primeiro código processual nacional, que se destinava a regulamentar apenas o processo das causas comerciais. Como principais alterações que merecem destaque na supramencionada regulamentação, pode-se citar a supressão das exceções incidentais, limitando-as à incompetência, suspeição, ilegitimidade de parte, litispendência e coisa julgada; além da publicidade dada à inquirição.

O direito processual civil como um todo permaneceu regulado pelas disposições das Ordenações até 1876, quando o Estado promoveu uma Consolidação das Leis do Processo Civil, que ficou conhecida como Consolidação Ribas, em função de sua elaboração por parte

¹⁰Pinho, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo**, volume 1: teoria geral do processo / Humberto Dalla Bernardina de Pinho. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. Pág. 58 e 59.

do Conselheiro Antônio Joaquim Ribas. Em 1890 o Regulamento nº. 737 foi estendido aos feitos cíveis, por força do Regulamento nº. 763.¹¹

A Constituição Republicana de 1891 conferiu aos Estados a competência para legislar sobre a matéria processual. Desta maneira, subsistiu simultaneamente o direito processual da União e os vários códigos estaduais de Processo Civil.

Em janeiro de 1916, foi editado o Código Civil Brasileiro, tratando não só das questões de direito material, mas também de algumas premissas processuais.

Frente ao inevitável fracasso no sistema processual baseado em códigos estaduais, a Constituição de 1934 instituiu o processo unitário, atribuindo à união a competência para legislar a respeito do processo civil. A constituição de 1937 manteve a mesma linha de unificadora. Segundo Humberto Dalla Bernardina de Pinho:

A unificação processual se justificava pela necessidade de uma normatização uniforme ante o grande número de leis existentes em cada Estado e que, há muito, se faziam obsoletas e incapazes de satisfazer o objetivo primordial do processo civil, qual seja, o de tutelar efetivamente os direitos dos particulares. Não obstante, o art. 1º do Código deixou à apreciação de lei especial a regulamentação de algumas matérias específicas, tais como as desapropriações, as ações trabalhistas e os litígios entre empregados e empregadores. O Código de 1939 teve o mérito de se inspirar nas mais modernas doutrinas europeias da época, introduzindo importantes inovações em nosso ordenamento processual, como o *princípio da oralidade* e a combinação do *princípio dispositivo* e do *princípio do juiz ativo*, permitindo uma maior agilidade nos procedimentos. O diploma era composto por 1.052 artigos, dispostos em dez livros; foi modificado por diversas leis extravagantes e se manteve em vigor até o último dia do ano de 1973.¹²

Após extensos debates, no ano de 1973 ocorreu a reforma do Código de 1939, baseada no anteprojeto redigido pelo Ministro Alfredo Buzaid. Tanto o Código de Processo Civil de 1973, como o de 2015 – este, objeto do presente esforço – serão pormenorizados em momento posterior, especialmente destinado a esta finalidade.

1.2 O PROCESSO CIVIL CONSTITUCIONAL

É inegável que a ciência jurídica passou por mudanças estruturais ao longo do século XX, apesar de não ser o objetivo central do estudo em tela, faz-se *mister* destacar alguns elementos que serão de suma importância para a compreensão do restante do trabalho.

¹¹ Theodoro Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – **Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento** – vol. I – Humberto Theodoro Júnior – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

¹² Pinho, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo**, volume 1: teoria geral do processo / Humberto Dalla Bernardina de Pinho. – 4.ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. Pág. 60 – 61.

Sem nenhuma pretensão exauriente, far-se-á o levantamento de algumas marcas do pensamento do direito contemporâneo e a análise de como esses novos paradigmas vem interferindo no processo civil. A partir deste momento, destaca-se brilhante lição do professor Freddie Didier Jr. que abordou o tema com propriedade, considerando como os principais elementos que desencadearam o processo civil constitucional:

A) Reconhecimento da força normativa da Constituição, que passa a ser encarada como principal veículo normativo do sistema jurídico, com eficácia imediata e independente, em muitos casos, de intermediações legislativa. A afirmação atualmente parece ser um truísmo. Mas nem sempre foi assim. Após a Constituição de 1988, a doutrina passou a defender a tese de que a Constituição, como norma jurídica, deveria ser aplicada pelo órgão jurisdicional. Como explica DANIEL SARMENTO:¹³

O que hoje parece uma obviedade, era quase revolucionário numa época em que a nossa cultura jurídica hegemônica não tratava a Constituição como norma, mas como pouco mais do que um repositório de promessas grandiloquentes, cuja efetivação dependeria quase sempre da boa vontade do legislador e dos governantes de plantão. Para o constitucionalismo da efetividade, a incidência direta da Constituição sobre a realidade social, independentemente de qualquer mediação legislativa, contribuiria para tirar do papel as proclamações generosas de direitos contidas na Carta de 88, promovendo justiça, igualdade e liberdade.

Passa-se, então, de um modelo de Estado fundado na lei (Estado legislativo) para um modelo de Estado fundado na Constituição (Estado Constitucional)¹⁴. B) Desenvolvimento da teoria dos princípios, de modo a reconhecer-lhes eficácia normativa¹⁵: o princípio deixa de ser técnica de integração do Direito e passa a ser uma espécie de norma jurídica. C) Transformação da hermenêutica jurídica, com o reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional: a função jurisdicional passa a ser encarada como uma função essencial ao desenvolvimento do Direito, seja pela estipulação da norma jurídica do caso concreto, seja pela interpretação dos textos normativos, definindo-se a norma geral que deles deve ser extraída e que deve ser aplicada a casos semelhantes. Estabelece-se, ainda, a distinção teórica entre texto e norma, sendo essa o produto da interpretação daquele¹⁶. Consagram-se as máximas (postulados, princípios ou regras, conforme a teoria que se adote) da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação das normas. Identifica-se o método da concretização dos textos normativos, que passa a

¹³ SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**, cit., p. 31-32. *Apud*, DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador/BA: Editora Juspodivm, vol. I, 16ª ed., 2014, p. 28/30.

¹⁴ Sobre o tema, de um modo geral, ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 8ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2008. Sobre o tema e a sua relação com o processo, MITIDIERO, Daniel. *Proceso civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007. *Apud*, DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador/BA: Editora Juspodivm, vol. I, 16ª ed., 2014, p. 28/30.

¹⁵ A bibliografia sobre o tema é vastíssima. Além do livro de Humberto Ávila, citado ao longo do texto, com muito proveito podem ser consultadas as seguintes obras, apenas como exemplos, sem qualquer pretensão de exaurimento: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6 a. ed. Lisboa: Almedina, 2002; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ernesto Garzón Valdés (trad.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 81-172; *Teoria dos direitos fundamentais*. Virgílio Gomes da Silva (trad.). São Paulo: Malheiros Ed., 2008; BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 59-102. *Apud*, DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador/BA: Editora Juspodivm, vol. I, 16ª ed., 2014, p. 28/30.

¹⁶ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Edson Bini (trad.). São Paulo: QuartierLatin, 2005, p.131. *Apud*, DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador/BA: Editora Juspodivm, vol. I, 16ª ed., 2014, p. 28/30.

conviver com o método da subsunção¹⁷. Expande-se, ainda, a técnica legislativa das cláusulas gerais, que exigem do órgão jurisdicional um papel ainda mais ativo na criação do Direito. D) Expansão e consagração dos direitos fundamentais, que impõem ao Direito positivo um conteúdo ético mínimo que respeite a dignidade da pessoa humana e cuja teoria jurídica se vem desenvolvendo a passos largos.¹⁸

À fase atual do pensamento jurídico, caracterizada pelos avanços supramencionados, dá-se o nome de *neoconstitucionalismo*.¹⁹ Este movimento transformou a Constituição em início e fim para a interpretação jurídica. Como a matéria é estranha ao objeto do presente esforço, opta-se por não adentrar no tema, retornando-se agora ao escopo do título ora em análise.

O direito processual civil evidentemente não passou alheio a toda essa efervescência teórica. Ocorreu no âmbito processual, como em muitos outros, uma espécie constitucionalização do Direito. O direito processual civil era dividido classicamente em três fases distintas, são elas:

a) praxismo ou sincretismo, em que não havia distinção entre o processo e o direito material: o processo era estudado apenas em seus aspectos práticos, sem preocupações científicas; b) processualismo, em que se demarcam as fronteiras entre o direito processual e o direito material, com o desenvolvimento científico das categorias processuais; c) instrumentalismo, em que, não obstante se reconheçam as diferenças funcionais entre o direito processual e o direito material, se estabelece entre eles uma relação circular de interdependência: o direito processual concretiza e efetiva o direito material, que confere ao primeiro o seu sentido.²⁰

Contudo, vários autores têm entendido que a fase atual se configura como uma nova fase dentro da evolução do direito processual, fala-se em *Neoprocessualismo*²¹. Segundo Plínio Régis Baima de Almeida:

¹⁷ TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, tratando da insuficiência da dogmática tradicional para resolver os problemas jurídicos do mundo contemporâneo observa que: 'muitos são os pontos em que se evidencia a fragilidade, ou pelo menos a insuficiência, do raciocínio dedutivo e da lógica formal e pura, instrumentos típicos da dogmática tradicional'. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória. São Paulo: RT, 2009, item 2.2, p. 37.) *Apud*, DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador/BA: Editora Juspodivm, vol. I, 16ª ed., 2014, p. 28/30.

¹⁸ DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador/BA: Editora Juspodivm, vol. I, 16ª ed., 2014, p. 28/30.

¹⁹ Termo cunhado por POZZOLO, Susanna. 'Neoconstitucionalismo y la especificidad de la interpretación constitucional'. *Doxa*, v. 210II, 1998, p. 339, disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volII/DOXA21Vo.II.25.pdf>, acesso em 21.10.2009, 15h30. *Apud*, DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador/BA: Editora Juspodivm, vol. I, 16ª ed., 2014, p. 30.

²⁰ DIDIER, Fredie *op. cit.*, p. 31/32 *et seq.*

²¹ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Processo e constituição – estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. Luiz Fux, Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 2006, p. 662-683; CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo - direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário, cit.; GOZÁINI, Osvaldo Alfredo. "El neoprocessalismo." *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Instituto Ibero-americano de

A constitucionalização dos direitos e garantias processuais resultou no fenômeno da descodificação, porque retirou a posição central do Código de Processo Civil na seara do direito processual, revelando um novo caráter publicístico do processo. O processo, nesse sentido, voltou-se mais para a realização da justiça e menos como mecanismo de utilização individual.²²

Antes de quaisquer considerações deve-se destacar que o novo momento processual não desconsiderou os avanços já reconhecidos nas fases anteriores, mas, tão somente, promoveu uma releitura a respeito do processo civil, concretizando-o como ponto central para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais definidos na Carta Maior.

Em comum acordo com o exposto, afirma Sampaio Júnior: “os direitos e garantias fundamentais [...] são quem comandam todo esse processo de compreensão da Constituição como centro do ordenamento jurídico e de um processo que tenha como premissa a concretização desses direitos em cada caso concreto [...]”.²³ Em seguida, complementa o autor:

Dentro dessa perspectiva, observa-se facilmente que os direitos e garantias fundamentais que tratam da forma de se assegurar os direitos em geral são juridicamente o alicerce para o neoprocessualismo (processo constitucional em nossa visão), já que toda a leitura e a conseqüente (sic) aplicação das normas criadas pós Constituição passam compulsoriamente por eles, não como guias abstratos aos juristas, mas como elementos que devem necessariamente ser materializados por meio do processo com amparo direto da Carta Maior.²⁴

Em suma, percebe-se que os direitos e garantias fundamentais positivados na Carta Maior se tornaram norteadores do Direito Processual Civil. É impossível olhar para o neoprocessualismo e analisar suas consequências sem entender que esse movimento tem relação íntima com a posição central que a Constituição passou a ocupar, principalmente no período posterior à segunda guerra mundial. Nos dias de hoje se consagraria como leviana qualquer pretensa análise sobre a disciplina processual que não levasse em consideração o elemento constitucional.

Direito Processual, 2006, ano VI, n. 9, p. 227-244. *Apud*, DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador/BA: Editora Juspodivm, vol. I, 16ª ed., 2014, p. 31.

²² ALMEIDA. Plínio Regis Baima de. **No neoconstitucionalismo, o neoprocessualismo: sobre a eficácia normativa dos princípios e seu uso indiscriminado**. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=3333c340e3fba85>. Acessado em: 22/07/2016.

²³ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **A influência da constitucionalização do direito no ramo processual: neoprocessualismo ou processo constitucional? Independente da nomenclatura adotada, um realidade inquestionável**. In: Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial. Vol. 2. Org. DIDIER JR., Fredie. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 430. *Apud*. ALMEIDA. Plínio Regis Baima de. **No neoconstitucionalismo, o neoprocessualismo: sobre a eficácia normativa dos princípios e seu uso indiscriminado**. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=3333c340e3fba85>. Acessado em: 22/07/2016.

²⁴ *Ibidem*, p. 431. *Apud*. ALMEIDA. Plínio Regis Baima de. **No neoconstitucionalismo, o neoprocessualismo: sobre a eficácia normativa dos princípios e seu uso indiscriminado**. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=3333c340e3fba85>. Acessado em: 22/07/2016.

CAPÍTULO 2 – A TUTELA DE URGÊNCIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

2 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS

É inegável que uma das pretensões de um Estado Democrático de Direito é a mitigação da autotutela a um mínimo necessário. Partindo-se desta afirmação entende-se que o ente estatal deve ser capaz de prover ao seu jurisdicionado, de maneira rápida e eficaz, um processo que garanta a concretização do direito da parte que tem razão.

Nesta sorte, leciona Hurberto Theodoro Jr.:

O simples fato de o direito subjetivo permanecer insatisfeito durante o tempo reclamado pelo desenvolvimento do processo já configura um novo dano, quase sempre inevitável, mas que a prestação jurisdicional procura compensar com expedientes como o dos juros moratórios, a correção monetária e outras combinações acessórias.²⁵

Engajado com a satisfação efetiva do processo, o legislador brasileiro propôs no ordenamento pátrio uma série de expedientes que tem o condão de mitigar os efeitos do tempo sobre o resultado da *lide*. Neste sentido pode-se destacar a redução de alguns procedimentos – como, por exemplo, ocorrem nos ritos sumários, etc.

Para a melhor compreensão do tema é primordial que se destaque a reforma processual inaugurada no Brasil pela Lei nº 8.952/94. A referida norma introduziu no direito nacional, entre outros, o expediente do julgamento antecipado da lide. Antes de sua vigência eram propostas cautelares para obter provimentos de caráter satisfativo. Utilizava-se, assim, o único caminho processual existente, ainda que inexato tecnicamente. O mesmo fenômeno também ocorreu no direito italiano e foi denominado por Federico Carpi de “*força expansiva da tutela cautelar*”²⁶. A partir de 1994 os processos judiciais passaram a contar com duas modalidades de tutela de urgência: as antecipatórias e as cautelares.

²⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, 36ª ed. Vol.2. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 537.

²⁶CARPI, Federico. *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 47, citado por Luiz Guilherme Marinoni, *Antecipação da Tutela*, 9ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 131. *Apud* DOTTI, Rogéria. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada no CPC de 2015: Unificação dos Requisitos e Simplificação do Processo**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI218846,101048-Tutela+Cautelar+e+Tutela+Antecipada+no+CPC+de+2015+Unificacao+dos>. Acessado em: 02/02/2016.

Com a finalidade de introduzir o tema opta-se por mencionar o sintético prelúdio da obra do professor Cassio Scarpinella Bueno:

Tutela antecipada” é o instituto previsto genericamente — mas não exclusivamente — no art. 273. Trata-se de um verdadeiro “dever-poder geral de antecipação” que permite ao magistrado liberar os efeitos práticos de suas decisões consoante as necessidades de cada caso concreto que chegue ao seu conhecimento, modificando as opções que, a respeito, fez o legislador. É este o objeto de que se ocupa a Parte I. “Tutela cautelar”, tema desenvolvido pela Parte II, corresponde, em larga escala, ao que a doutrina em geral chama de “poder geral de cautela” ou “ação cautelar inominada”. Seu fundamento infraconstitucional é o do art. 798, verdadeiro “dever-poder geral de cautela” que autoriza o magistrado a adotar medidas provisórias que se mostrem adequadas a assegurar a fruição útil e oportuna do direito da parte — e não propriamente o resultado útil de um “outro processo”, como comumente se sustenta —, enfatizando a necessidade de sua proteção imediata.²⁷

A partir desta definição é possível delimitar o objeto do presente capítulo. De um lado resta presente a antecipação de tutela, instituto inaugurado no Brasil a partir da Lei 8952/94 e que tem um caráter que se definirá a diante como satisfativo antecipatório. Do outro, a tutela cautelar, que está presente no Livro III do Código de Processo Civil e tem a função de garantir um resultado útil ao processo.

À guisa de informação, antes de traçar pormenores sobre a matéria, deve-se esclarecer a nomenclatura usada no Livro III do CPC, a saber, “*Do Processo Cautelar*”. O tema é de tamanha relevância que chegou a ser consagrado na exposição de motivos do código pelo então ministro da justiça Alfredo Buzaid, *in verbis*:

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 do nosso direito processual era a função cautelar distribuída por três espécies de processos, designados por preparatórios, preventivos e incidentes. 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.

As razões de nossa preferência por essa expressão se fundam também no precedente legislativo português, cujo Código de Processo Civil consagrou (arts. 381 e segs.) e no uso corrente da doutrina nacional e portuguesa. No direito italiano, argentino e

²⁷ Bueno, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 4 : tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos**. — 6. ed. rev. e atual. — São Paulo : Saraiva, 2014, pág. 30.

uruguaio também a doutrina manifestou o seu assentimento à expressão processo cautelar.²⁸

2.1 A TUTELA CAUTELAR NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973.

Primordialmente temos que a tutela de urgência é dividida em duas espécies: tutela cautelar e tutela antecipada.

Ambas as medidas seguem a mesma premissa, garantir um direito que pede urgência, a mesma estrutura, são regidas pela instrumentalidade, e visam os mesmo fins, alcançar o direito da parte que tem razão.

Contudo, apesar das semelhanças, a cada uma das medidas compete determinada função, com particularidades ímpares. Ou seja, apesar de atreladas a um fim em comum, representam pressupostos diferentes.

Com bastante clareza, ao tratar as diferenças entre os dois expedientes, ensina o professor Daniel Amorim Assumpção Neves:

É tradicional na doutrina a distinção da tutela cautelar e da tutela antecipada com fundamento na explicação de que a primeira assegura o resultado útil do processo, enquanto a segunda satisfaz faticamente o direito da parte (geralmente o autor, mas não exclusivamente).²⁹

No mesmo sentido, sintetiza o professor Humberto Theodoro Jr.:

O que, no sistema de nosso Código de Processo Civil, distingue as espécies “tutela cautelar” e “tutela antecipada” é o terreno sobre o qual a medida irá operar. As medidas cautelares são puramente processuais. Preservam a utilidade e eficiência do provimento final do processo, sem, entretanto, antecipar resultados de ordem do direito material para a parte promovente (são apenas conservativas). Já a tutela antecipatória proporciona à parte medida provisoriamente satisfativa do próprio direito material cuja realização constitui objeto da tutela definitiva a ser provavelmente alcançada no provimento jurisdicional de mérito.³⁰

Deste modo, de maneira sintética, percebe-se que apesar das semelhanças entre a tutela de antecipada e a cautelar ambas se diferenciam por seus pressupostos. Debruçar-se-á agora sobre essa última.

²⁸Buzaid, Alfredo. "Exposição de Motivos", 1972, n.7.

²⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** / Daniel Amorim Assumpção Neves. – Volume único. 2ª Ed. Método 2010, pag. 1065.

³⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência** – vol. II – Humberto Theodoro Júnior – Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pág. 887.

Antes de mais nada, não é pretensão deste esforço pormenorizar de maneira individualizada cada uma das medidas cautelares – nominadas e uninominadas – previstas no Código de Processo Civil. Pelo contrário, pretende-se aqui traçar parâmetros de comparação entre a teoria geral do processo cautelar prevista na lei 5.869/73 e seus respectivos equivalentes na lei 13.105/15.

A medida cautelar, prevista no Livro III do Código de Processo Civil é uma medida que busca, de maneira acessória, garantir o processo principal. O Processo Cautelar pode ser instaurado antes ou durante o processo principal. Nos termos do que ensina Daniel Assunção³¹, se o processo é instaurado antes, é denominado processo cautelar antecedente ou preparatório. E se é instaurado durante o processo principal, é denominado processo cautelar incidental.

O professor Murillo Gutier conceitua o a tutela cautelar como:

(...)o instrumento processual que visa eliminar o risco da dilação temporal indevida, mediante uma providência concreta (medida cautelar) na esfera jurídica do demandado. Tal providência tem que ser adequada, idônea e suficiente para lograr o seguinte efeito: assegurar a pretensão de direito material veiculada na ação principal.³²

Para os fins da exposição é imprescindível esclarecer questão referente à nomenclatura. A tutela jurisdicional que vem sendo descrita é usualmente referida pela doutrina pátria pelo nome de “medida cautelar” e, até mesmo, por “processo” ou “ação” cautelar. Segundo Cassio Scarpinella Bueno³³ é comum, até mesmo, o emprego de outras expressões — provavelmente derivadas do título da obra clássica de Calamandrei — como “providência” ou “provimento” cautelar. Aqui todas essas nomenclaturas serão tratadas como sinônimos.

Passado o momento conceitual adentra-se agora nos requisitos da tutela de urgência cautelar. Os pressupostos da referida modalidade de tutela são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. O *fumus boni iuris* pode ser compreendido como uma “fumaça de bom direito”, segundo elucidam Cintra, Grinover e Dinamarco, trata-se aqui de uma

³¹ NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de Direito Processual Civil**, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2009. *Apud* Valdiane Kess Soares dos Santos, **O novo código de processo civil e as inovações no processo cautelar**. Disponível em: <http://portais.tjce.jus.br/esmec/wp-content/uploads/2014/12/PDF15.pdf>. Acessado em: 21/01/2016.

³² GUTIER, Murillo. **O que é a tutela cautelar?** Disponível em: <http://murillogutier.com.br/?p=446>. Acessado em: 31/07/2016.

³³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 4 : tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos**. — 6. ed. rev. e atual. — São Paulo : Saraiva, 2014.

“probabilidade suficiente”³⁴. O “*periculum in mora*”, por sua vez, se resume ao perigo na demora. É o requisito de urgência.

O professor Humberto Theodoro faz interessantes observação sobre a fumaça de bom direito, *in verbis*:

Somente é de cogitar-se da ausência do *fumus boni iuris* quando, pela aparência exterior da pretensão substancial, se divise a fatal carência de ação ou a inevitável rejeição do pedido, pelo mérito.

Do ponto de vista prático, pode-se dizer que só incorre o *fumus boni iuris* quando a pretensão do requerente, tal como mostrada ao juiz, configuraria caso de petição inicial inepta, ou seja, de petição de ação principal liminarmente indeferível (art. 295).

Fora daí, há sempre algum vestígio de bom direito que, em princípio, se faz merecedor das garantias da tutela cautelar³⁵

A partir dos pré-requisitos enumerados resta evidente que a tutelar cautelar é concedida mediante cognição sumária, diante da mera probabilidade de o direito material existir. A cognição sumária se dá em função da própria urgência presente na cautelar que não seria compatível com a cognição exauriente típica do processo de conhecimento. Segundo a doutrina são características inerentes à tutelar cautelar a provisoriedade, a instrumentalidade e a revogabilidade.

A provisoriedade e a revogabilidade podem ser facilmente verificadas no artigo 807 da codificação revogada: “Art. 807. As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas.”³⁶ A provisoriedade significa basicamente que as cautelares tem um tempo de duração predeterminado.

A característica da instrumentalidade por sua vez é caracterizada por Candido Rangel Dinamarco como:

“Instrumentalidade do processo em seu aspecto negativo e instrumentalidade em seu aspecto positivo. A instrumentalidade em seu aspecto negativo vê no processo o instrumento de atuação do direito material civil, ao passo que a instrumentalidade em seu aspecto positivo encara o processo como o meio indispensável para que o

³⁴CINTRA; GRINOVER; e DINAMARCO. **Teoria Geral do Processo**, São Paulo: Malheiros, 2013. 29ª Ed. Pág. 355.

³⁵THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência** – vol. II – Humberto Theodoro Júnior – Rio de Janeiro: Forense, 2014

³⁶BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Estado possa alcançar os escopos da jurisdição (escopos jurídicos, sociais e políticos que buscam o processo).”³⁷

Quanto à competência para julgar as ações cautelares não se faz necessário maiores delongas. O tema é facilmente compreendido a partir da leitura do disposto no artigo 800 do Código Buzaid: “Art. 800. As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal. Parágrafo único. Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal.”³⁸

O único debate que merece maiores reflexões a respeito da competência para julgar as ações cautelares ocorre quando se levanta que, em função da urgência peculiar a este tipo de demanda, as cautelares poderiam ser, excepcionalmente, propostas em foro diferente do da ação principal. Em sua obra, o professor Daniel Amorim Assunção traça preciosos comentários sobre o tema, *in verbis*:

Uma das principais críticas é de que em determinadas situações, o respeito à regra contida no art. 800, *caput*, do CPC, poderia tornar absolutamente inútil ou ainda dificultar em demasia a efetivação da tutela cautelar. Fala-se em *princípio da eficiência da medida cautelar*, pelo qual seria mais interessante à própria efetividade buscada pelo sistema processual que a cautelar pudesse ser proposta em foro diverso do competente para conhecer do futuro e eventual processo principal sempre que isso se mostrasse mais propício para a fácil e rápida realização da tutela cautelar. Que ao menos se criasse nessas hipóteses uma espécie de regra de competência concorrente entre o juízo mais adequado ao caso concreto e o juízo competente para conhecer o processo principal³⁹.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, mesmo sendo absolutamente incompetente, o juízo pode tomar medidas de urgência em face do poder de cautela previsto nos arts. 798 e 799 do CPC, admitindo assim, em caráter precário, a determinação de medida de urgência para prevenir perecimento de direito ou lesão grave ou de difícil reparação^{40 41}.

A título de informação os requisitos da petição inicial da ação cautelar estão descritos no artigo 801 do CPC/73 *in verbis*:

Art. 801. O requerente pleiteará a medida cautelar em petição escrita, que indicará: I - a autoridade judiciária, a que for dirigida; II - o nome, o estado civil, a profissão e a residência do requerente e do requerido; III - a lide e seu fundamento; IV - a exposição sumária do direito ameaçado e o receio da lesão; V - as provas que serão

³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel apud CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit. p. 220.

³⁸ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

³⁹ Munhoz da Cunha, *Comentários*, 2000, p. 608 e Baptista A. da Silva, *Do processo*, p. 143. *Apud*, Neves, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** / Daniel Amorim Assumpção Neves. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. Pág. 1441 - 1442.

⁴⁰ *Informativo 524/STJ*, 2.ª Turma, REsp 1.038.199-ES, rel. Min. Castro Meira, j. 07.05.2013. *Apud*, Neves, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** / Daniel Amorim Assumpção Neves. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. Pág. 1441 - 1442.

⁴¹ Neves, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** / Daniel Amorim Assumpção Neves. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. Pág. 1442.

produzidas. Parágrafo único. Não se exigirá o requisito do no III senão quando a medida cautelar for requerida em procedimento preparatório.⁴²

Não há maiores especificidades na citação do processo cautelar, segundo o artigo 802 do *codex* o requerido deve ser citado para responder no prazo de 5 (cinco) dias. Quanto à revelia, aplica-se aqui a mesma presunção relativa de veracidade dos fatos alegados que opera no processo principal. Neste momento vale lembrar o que foi dito alhures, em função da cognição sumária, característica própria do processo cautelar, deve o magistrado sentenciar o feito com base em um juízo de probabilidade - devidamente fundamentado nos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. É consenso na doutrina majoritária que a satisfação da sentença independe de processo autônomo de execução, o resultado do processo deve ser atingido por mera fase procedimental.

Tema que desperta especial polêmica no estudo das cautelares é o poder geral de cautela do juízo. O poder geral de cautela é, a partir de uma análise sistemática, derivado da inafastabilidade da prestação jurisdicional por parte do Estado, que foi positivada no art. 5.º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil. Analisando-se este expediente através da ótica da tutela cautelar, grande parte da doutrina entende que deve o magistrado – trata-se aqui de um poder-dever do Juiz – conceder a medida cautelar ainda que de ofício. A contragosto do expressamente previsto no artigo 797 do antigo código que, afirma que: “Art.797. Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes.”⁴³ entende-se, frente ao exposto, que aqui subsistia um caso de inadequação da norma infraconstitucional ao expressamente disposto na Carta Maior. Presentes os requisitos genéricos para a concessão da cautelar, em casos de extrema urgência, deve o Estado-Juiz – aqui personificado na figura do magistrado – garantir a devida tutela jurisdicional à demanda, ainda que *ex officio*.

Quanto à duração dos efeitos da medida cautelar o artigo 808 do Código de Processo Civil ensina que:

“Art. 808. Cessa a eficácia da medida cautelar: I - se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no art. 806; II - se não for executada dentro de 30 (trinta) dias; III - se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento do mérito. Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a medida, é defeso à parte repetir o pedido, salvo por novo fundamento.”⁴⁴

⁴²BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

⁴³BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

⁴⁴BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Vale mencionar ainda o interessante caso das liminares. Retomando-se à origem latina da palavra liminar, encontra-se os termos *liminaris*, *de limen*, que designam algo que se faça inicialmente, logo no começo.⁴⁵

Atualmente, após várias alterações normativas que estenderam o conceito até então consolidado de liminar no ordenamento brasileiro, pode-se defini-las como: “de forma genérica, a medida processual concedida em caráter provisório e em cognição sumária, pela qual o juiz determina uma providência antecipatória ou cautelar, garantindo a efetividade do processo.”⁴⁶

Por outro lado, segundo entendimento de Daniel Assunção, corroborado por Candido Rangel Dinamarco, as liminares, em certos procedimentos, integram inclusive o rol das tutelas de urgência, *in verbis*:

(...) é preciso reconhecer que, no momento anterior à adoção da tutela antecipada pelo nosso sistema processual, as liminares eram consideradas uma espécie de tutela de urgência, sendo a única forma prevista em lei para a obtenção de uma tutela de urgência satisfativa. Nesses termos, sempre que prevista expressamente em um determinado procedimento, o termo “liminar” assume a condição de espécie de tutela de urgência satisfativa específica.⁴⁷

Após sucinta análise conclui-se que, as liminares, quando expressamente previstas no elemento normativo, podem ser classificadas, por essência, como espécie de tutela de urgência.

2.2 A TUTELA ANTECIPADA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973.

Para além das distinções conceituais já apresentadas entre os dois modelos de tutela de urgência, ponto divergente entre as duas medidas que merece destaque corresponde aos requisitos para concessão de cada uma.

Os requisitos para a concessão da tutela cautelar são os supramencionados *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Por sua vez, os requisitos essenciais para a concessão de tutela

⁴⁵Disponível em: <http://www.fortes.adv.br/pt-BR/termo/glossario/37/concessao-de-liminar.aspx>. Acessado em: 06/02/2017.

⁴⁶ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil: execução e processo cautelar: volume 3** / Marcus Vinicius Rios Gonçalves. – 7. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

⁴⁷ DINAMARCO, *Fundamentos*, p. 623; Guerra, *As liminares*, p. 190; Baptista da Silva, *A “antecipação”*, p. 130. *Apud*, Neves, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** / Daniel Amorim Assumpção Neves. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

antecipada estão inscritos no *caput* do artigo 273 do CPC. São eles: a prova inequívoca da verossimilhança da alegação e a existência de requerimento por parte do autor.

Como visto alhures, a tutela antecipada é instrumento que foi recentemente introduzido no ordenamento tupiniquim - apenas em 1994, por força da Lei nº 8.952/94, que alterou o artigo 273 do Código Buzaid. Como o surgimento da norma já foi bem explicado no prelúdio deste capítulo, opta-se por esclarecer agora a importância da relativa ferramenta como instrumento legal para a efetivação da tutela jurisdicional.

De maneira sucinta o professor Humberto Theodoro Jr. faz brilhante introdução sobre a exegese – derivada da demanda social pela efetividade da justiça- da antecipação de tutela nos ordenamentos modernos:

De início, lutava-se apenas pela preservação dos bens envolvidos no processo lento e demorado, afastando-os de eventual situação perigosa à sua conservação, para submetê-los, afinal, à sentença, de forma útil para os litigantes. Com essa preocupação, construiu-se basicamente a teoria das medidas cautelares. Mas ficava fora do campo demarcado para a tutela preventiva um outro grave problema, que era o da demora na prestação jurisdicional satisfativa, o qual, em si mesmo, poderia configurar uma denegação de justiça, ou uma verdadeira sonegação da tutela jurisdicional assegurada entre as garantias fundamentais do moderno Estado Social de Direito.

Passou-se a defender algo mais efetivo que a medida cautelar, para antecipar, na medida do necessário à efetiva tutela jurisdicional, *providências de mérito*, sem as quais a tardia solução do processo acabaria por configurar indesejável quadro da “denegação de justiça”, sem embargo da vitória serodidamente alcançada no pretório.⁴⁸

No mesmo sentido Kazuo Watanabe destaca– em acordo com tudo aquilo que vem sendo exposto até o momento – a importância da tutela de urgência como catalisadora – ou quem sabe até mesmo mecanismos de concretização?– da tutela jurisdicional, *in verbis*:

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal, não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, mas sim o acesso à Justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa. Cuida-se de um ideal que, certamente, está ainda muito distante de ser concretizado, e, pela falibilidade do ser humano, seguramente jamais o atingiremos em sua inteireza. Mas a permanente manutenção desse ideal na mente e no coração dos operadores do direito é uma necessidade para que o ordenamento jurídico esteja em contínua evolução.⁴⁹

⁴⁸THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência** – vol. II – Humberto Theodoro Júnior – Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pág. 896.

⁴⁹WATANABE, Kazuo “Tutela Antecipatória e Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer – arts. 273 e 461 do CPC”. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 20.

Ultrapassado o momento garantido à introdução sobre a importância do tema, dedicar-se-á agora à sua conceituação. De maneira sintética, mas extremamente precisa, Marcelo Abelha conceitua a tutela antecipada como: “em sentido genérico, antecipar a tutela jurisdicional significa dar proteção judicial antes do momento em que o resultado final seria concedido.”⁵⁰

Quanto aos requisitos para a concessão da tutela antecipada Carvalho Filho traça os seguintes comentários:

(...) a tutela antecipada exige os requisitos obrigatórios ou genéricos, que devem necessariamente coexistir: (a) prova inequívoca da verossimilhança – CPC art. 273 caput e (b) reversibilidade – CPC art. 273 § 2º; e os alternativos ou específicos, cujo interessado deve preencher pelo menos um dos dois obrigatórios (a) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação – CPC art. 273, I e (b) abuso de direito de defesa ou manifesto proposto protelatório do réu – CPC, art 273, II.⁵¹

Desta maneira, percebe-se a existência de dois requisitos gerais, genéricos: a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação. Como se trata de medida antecipatória e não mais acautelatória a lei exige um requisito que vai para além de uma “aparência de bom direito” (*fumus boni iuris*). O mandamento legal consagra o elemento probatório da “prova inequívoca”. Segundo Humberto Theodoro Jr.:

A antecipação não é de ser prodigalizada à base de simples alegações ou suspeitas. Haverá de apoiar-se em prova preexistente, que, todavia, não precisa ser necessariamente documental. Terá, no entanto, que ser clara, evidente, portadora de grau de convencimento tal que a seu respeito não se possa levantar dúvida razoável. É inequívoca, em outros termos, a prova capaz, no momento processual, de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca a tutela antecipada, caso pudesse ser a causa julgada desde logo.⁵²

No mesmo diapasão a verossimilhança da alegação vai além de um perigo na demora. Aqui a lei exige mais do que a probabilidade; demanda-se a verossimilhança. A prova deve ser relevante e idônea para justificar a concessão da tutela antecipada.

Complementa em outro momento sobre os requisitos não genéricos o professor Theodoro Jr.:

⁵⁰RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Processual Civil**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁵¹CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Processo Civil: Processo Cautelar* / Milton Paulo e Carvalho Filho – 5º Ed. – São Paulo: Atlas 2011 – p.9.

⁵²THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência** – vol. II – Humberto Theodoro Júnior – Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pág. 906.

Além dos pressupostos genéricos de natureza probatória, que se acaba de enunciar, o art. 273 do CPC condiciona o deferimento da tutela antecipada a dois outros requisitos, a serem observados de maneira alternativa, ou seja:

- a) “o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (inc. I); ou
- b) “o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu” (inc. II); ou ainda;
- c) “quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcelas deles, mostrar-se incontroverso” (§ 6º).

Receio fundado é o que não provém de simples temor subjetivo da parte, mas que nasce de dados concretos, seguros, objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de verossimilhança, ou de grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave. Os simples inconvenientes da demora processual, aliás inevitáveis dentro do sistema do contraditório e ampla defesa, não podem, só por si, justificar a antecipação de tutela. É indispensável a ocorrência do risco de dano anormal cuja consumação possa comprometer, substancialmente, a satisfação do direito subjetivo da parte.

O *abuso do direito de defesa* ocorre quando o réu apresenta resistência à pretensão do autor, totalmente infundada ou contra direito expresso, e, ainda, quando emprega meios ilícitos ou escusos para forjar sua defesa. Esse abuso tanto pode ocorrer na contestação como em atos anteriores à propositura da ação, como notificação, interpelações, protestos ou troca de correspondência entre os litigantes.⁵³

Por fim, o último pressuposto necessário à tutela antecipada está positivado no artigo 273 § 2º e se trata de um pressuposto negativo. A lei ordena que não se conceda a tutela antecipada quando houver perigo de “irreversibilidade do provimento antecipado.”⁵⁴ Desta maneira, existindo qualquer risco de que o provimento antecipado seja irreversível não deve o magistrado conceder a antecipação da tutela. Aqui se entende que o magistrado deve atentar-se também aos princípios constitucionais. A ressalva será melhor explicada posteriormente.

A tutela antecipada pode ser postulada na inicial, e, nada impede que o magistrado, caso esteja abalizado nos pressupostos supramencionados, a defira antes da oitiva da outra parte – *inaudita altera parte*.

O artigo 273 § 3º da lei enquadra a tutela antecipada no título das “execuções provisórias”, não dependendo de processo autônomo, desenvolvendo-se por mera fase procedimental.⁵⁵ Por sua vez, o § 4º do mesmo dispositivo confirma a provisoriedade característica do instituto ao dizer que “§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.”⁵⁶ Percebe-se então que o único requisito para a revogação da tutela satisfativa antecipada provisória é uma decisão

⁵³THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência** – vol. II – Humberto Theodoro Júnior – Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pág. 907.

⁵⁴BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

⁵⁵Fux, *Curso*, p. 68; Gusmão Carneiro, *Da antecipação*, n. 47, p. 73. *Apud*, Neves, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** / Daniel Amorim Assumpção Neves. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. Pág. 1461.

⁵⁶BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

fundamentada. É importante destacar que independentemente da concessão ou não da antecipação de tutela deve o feito prosseguir o seu curso natural.

Efeito interessante derivado das características da antecipação de tutela é a necessidade de sua confirmação ou revogação em sede de sentença. Na *práxis*, mesmo que concedida apenas em sede de sentença, a decisão de antecipação de tutela tem notáveis efeitos positivos.

Quando concedida no mesmo momento que a tutela definitiva a tutela antecipada garante à parte vencedora a antecipação dos efeitos do provimento, ainda que se depare com recurso suspensivo oferecido pela parte vencida frente à sentença. Dessa forma, resta pacificado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça pelo cabimento da antecipação de tutela em sede de sentença.⁵⁷

Quanto à concessão da tutela antecipada em ações de competência originária dos tribunais, já é pacífico na doutrina o seu cabimento. Prova legal disso está contida no artigo 489 do CPC, *in verbis*: “Art. 489. 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”.⁵⁸ Mesmo nesses casos deve a tutela antecipada ser confirmada no acórdão em função de eventual recurso com efeito suspensivo.

Apenas a título informativo deve-se mencionar o antes controvertido caso da antecipação dos efeitos da tutela frente à fazenda pública. O tema não rende hoje maiores discussões, pois foi pacificado pela edição da Lei nº 9.494, de 10.09.1997. Segundo Cassio Scarpinella Bueno:

O que o art. 1º daquele diploma legal fez, no substancial, foi vedar que a tutela antecipada contra a Fazenda Pública seja concedida para fins de pagamentos de vantagens a servidores públicos, a exemplo de restrições legislativas anteriores existentes para o mandado de segurança (arts. 5º e 7º da Lei n. 4.348/1964 e art. 1º, § 4º, da Lei n. 5.021/1966, hoje substituídas pelo art. 7º, § 2º, e pelo art. 14, § 3º, da Lei n. 12.016/2009) e para as “ações cautelares” contra a Fazenda Pública (art. 1º da Lei n. 8.437/1992; v. n. 2 do Capítulo 5 da Parte II).

Os arts. 3º e 4º da Lei n. 8.437/1992 que, mercê do dispositivo em exame, passaram a ser aplicados também para a tutela antecipada contra a Fazenda Pública não vedam propriamente a sua concessão, mas interferem, em diferentes medidas, na fruição imediata (antecipada) do direito reconhecido ao jurisdicionado.

O art. 3º, com efeito, empresta efeito suspensivo ao recurso de apelação interposto da sentença que concede vantagens patrimoniais a funcionários públicos, afastando-se, assim, do art. 520, IV (v. n. 9 do Capítulo 3 da Parte II) e, pela especialidade, também do mais recente inciso VII do art. 520 (v. Capítulo 3). A coerência que a regra aparenta ter é agressiva ao “modelo constitucional do processo civil” porque

⁵⁷STJ, 3.ª Turma, AgRg no Ag 940.317/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.12.2007, DJ 08.02.2008, p. 677.

⁵⁸**BRASIL.** Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

inibe a proteção *imediata* a direito do servidor público que tem, por definição, caráter alimentar. Ainda que os pagamentos a serem feitos pela Fazenda Pública dependam, por força dos §§ 1º, 3º e 5º do art. 100 da Constituição Federal, na redação da Emenda Constitucional n. 62/2009 do trânsito em julgado, importa destacar que aquela generalização atrita com o referido “modelo”, tendendo a ceder consoante sejam as necessidades de cada caso concreto (v. n. 3, *infra*).

(...).

A maioria da doutrina criticou veementemente a Medida Provisória n. 1.570-5/1997 e sua lei de conversão, a Lei n. 9.494/1997. As restrições impostas foram tachadas de inconstitucionais por violar, a olhos vistos, a cláusula constitucional de proteção a *ameaça de direito* (art. 5º, XXXV). Não há como discordar desse entendimento, máxime quando analisada a questão da perspectiva eleita como premissa para o desenvolvimento de todo o *Curso*.

Na medida cautelar da ADC 4/DF, relatada pelo então Ministro Sydney Sanches, contudo, o Plenário do STF, por maioria de votos, declarou *constitucional* o art. 1º da Lei n. 9.494/1997 (j.m.v. 11.2.1998, DJ 21.5.1999, p. 2) e o fez, porque se trata de ação declaratória de constitucionalidade, com efeitos *vinculantes* (art. 102, § 3º, da Constituição Federal).⁵⁹

Em síntese, pode-se afirmar que os instrumentos de urgência aqui descritos têm o escopo primordial de, como visto, adequar o processo civil ao direito contemporâneo. Percebe-se que nos tempos atuais o processo como fim único em si mesmo já não encontra mais espaço, por outro lado, deve este estar sempre atrelado à efetivação de direitos constitucionalmente garantidos. O processo civil *lato senso* deve ser encarado como uma ferramenta de efetivação de direitos, e os instrumentos estudados aqui são a maior prova disso. Não é mais aceitável que se padeça da matéria em função do decurso do tempo ou da forma do ato.

⁵⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 4 : tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos**. — 6. ed. rev. e atual. — São Paulo : Saraiva, 2014. Pág. 98.

CAPÍTULO 3 – A TUTELA DE URGÊNCIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

3 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS

O código de processo civil de 2015 alinhado com a nova ordem processual civilista constitucional tem entre um de seus princípios norteadores a efetividade da prestação jurisdicional. Dentro desta realidade factual as tutelas de urgência tem inegável papel de concretizar o Direito e ainda, em muitos casos, de promover a justiça social. Nas sábias palavras de Ruy Barbosa: “A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta.”⁶⁰

Seguindo os preceitos do movimento “neoconstitucionalista”⁶¹ o novo código, mais do que nunca, observou a ordem principiológica constitucional para sua elaboração. A sua exposição de motivos⁶² confirma que os princípios devem ser considerados como ferramentas essenciais para a solução das *lides*. Quanto à importância principiológica para a solução de conflitos judiciais afirma o eminente ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso:

[...] os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica. A Constituição [...] não é um simples agrupamento de regras que se justapõem ou que se superpõem. A ideia de sistema funda-se na de harmonia, de partes que convivem sem atritos. Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que ‘costuram’ suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos.⁶³

⁶⁰ RUY BARBOSA. **Oração dos moços.** Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1261&idAreaSel=21&seeArt=yes>. Acessado em: 10/02/2016.

⁶¹ Segundo Francisco Falconi: “Assim, o neoconstitucionalismo proclama a primazia do princípio da dignidade da pessoa humana, a qual deve ser protegida e promovida pelos Poderes Públicos e pela sociedade. Da mesma forma, esse movimento enaltece a força normativa da constituição, a qual deixa de ser um mero catálogo de competências e de recomendações políticas e morais, para se tornar um sistema de preceitos vinculantes, capazes de conformar a realidade. No Brasil, os grandes marcos do neoconstitucionalismo são a abertura democrática vivida em meados da década de 1980 e a Constituição de 1988.” Disponível em: <https://franciscofalconi.wordpress.com/2010/06/03/o-que-e-o-neoconstitucionalismo/>. Acessado em: 10/02/2017.

⁶² Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acessado em: 23/02/2017.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição.** São Paulo: Saraiva, 1996, p. 142-143. *Apud*. Núcleo de Estudos Avançados em Processo Civil da Universidade Federal de Santa Maria. **Os Princípios no Novo Código de Processo Civil.** Disponível em: https://neapro.wordpress.com/2013/10/11/os-principios-no-novo-codigo-de-processo-civil/#_ftn2. Acessado em: 10/02/2017.

Ante o exposto, trabalhos como o aqui proposto demonstram a importância do mecanismo das tutelas de urgência frente à nova ordem processual civil constitucionalista. O código de processo civil atual nos artigos 294 a 310 regulamenta a aplicabilidade prática e os requisitos necessários à concessão da tutela de urgência.

Nos termos dos artigos 294 e seguintes do Código de Processo Civil a tutela provisória – aqui entendida como gênero – deve ser fundamentar na urgência ou na evidência, podendo ser requerida antecipada ou incidentalmente, neste último caso independentemente do pagamento de custas.

A tutela provisória tem como uma de suas principais características a reversibilidade que está prevista de maneira expressa no artigo 296 do NCPC. Segundo o parágrafo único do mesmo artigo a tutela provisória conservará sua eficácia durante o período de suspensão do processo, salvo decisão judicial em contrário. Segundo o novo código o juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para a concretização da tutela de urgência (art. 297 NCPC). Contudo, o parágrafo único do artigo 297 esclarece que “a efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber”⁶⁴. Por fim, destaca-se importante norma relativa à competência positivada no artigo 299 do *Codex*, *in verbis*:

Art. 299. A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal.
Parágrafo único. Ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito.⁶⁵

Vale mencionar ainda preciosa lição do professor Arruda Alvim que ao tratar as tutelas provisórias fez as seguintes colocação:

A ideia central a respeito dos pedidos provisórios é a de que a sua concessão é, de certa forma precária pois fundada em elementos de fato e não tão bem debatidos quanto aqueles que embasam a prolação de uma decisão ao final da fase de conhecimento. Assim, mesmo com a decisão em que se conceda tutela antecipatória, o processo segue seu curso até a sentença definitiva. Disto se segue que as provas que embasam a decisão provisória dão ao juiz, em tese, uma certeza menor do que o conjunto probatório no momento da sentença. Sendo assim, o grau de estabilidade da decisão provisória é menor do que o da sentença.⁶⁶

⁶⁴BRASIL.Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

⁶⁵BRASIL.Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

⁶⁶ ALVIM, Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015/** Arruda Alvim. – São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016. Pág. 171.

É imprescindível dizer que não existe empecilho à concessão de tutelas provisória na fase recursal e nos processos de competência originária dos tribunais. Nestes casos específicos a competência para apreciar o pedido é do relator do recurso ou da ação de competência originária. Nos recursos há apenas a alteração da nomenclatura, a tutela provisória recebe o nome de tutela antecipatória recursal. Na ação rescisória também há previsão de concessão da tutela antecipada.⁶⁷

Elpídio Donizetti, com a clareza que lhe é peculiar, faz importante síntese sobre as notas introdutórias referentes à tutela provisória, nas palavras do autor:

Tutela provisória é gênero do qual são espécies: (i) a tutela de urgência e (ii) a tutela de evidência. A primeira pode ser de duas naturezas: (a) cautelar ou (b) antecipada. A tutela de urgência, em qualquer de suas naturezas (cautelar ou antecipada), poderá ser pleiteada: (a) em caráter antecedente ou (b) em caráter incidental.⁶⁸

Antes de concluir o título introdutório deve-se tecer alguns comentários ainda sobre a tutela provisória pleiteada contra a Fazenda Pública. Apesar de a matéria ter sido explicada no capítulo anterior é primordial que se esclareça alguns pontos à luz da nova legislação. Primeiramente, nos termos do artigo 1059 do CPC, a tutela provisória requerida contra a fazenda pública está regulamentada entre os artigos 1º a 4º da Lei nº 8437/1992 e no art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016/2009. O artigo 1º da Lei nº 8437/1992 traz a primeira especificidade a respeito do tema:

Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.⁶⁹

A partir deste dispositivo resta evidente a impossibilidade de concessão de liminar contra a fazenda pública, que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamentos de qualquer natureza – nos termos do § 2º do art. 7º da Lei nº 12016/2009.

⁶⁷ DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil** / Elpídio Donizetti. – 19. Ed. Revisada e completamente reformulada conforme novo CPC – Lei 13.105, de 16 de março de 2015 e atualizada de acordo com a Lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. – São Paulo: Atlas, 2016. Pág. 457.

⁶⁸ DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil** / Elpídio Donizetti. – 19. Ed. Revisada e completamente reformulada conforme novo CPC – Lei 13.105, de 16 de março de 2015 e atualizada de acordo com a Lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. – São Paulo: Atlas, 2016. Pág. 457.

⁶⁹ BRASIL. Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

O § 1º do artigo 1º da Lei 8437/1992 esclarece ainda que não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal, salvo se se tratarem de processos de ação popular ou de ação civil pública. Logo em seguida a Lei esclarece que não é cabível medida liminar que esgote no todo ou em parte o objeto da ação (art. 1º § 3º). É importante destacar ainda o teor do § 5º - que é contemplado também pelo § 2º do art. 7º da Lei nº 12.016/2009 - que afirma não ser cabível medida liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários.

Talvez a colocação mais importante sobre a tutela provisória em face da Fazenda Pública esteja presente no artigo 2º da Lei 8437/1992 que afirma, em linhas gerais, não ser possível o deferimento da tutela provisória em face do Poder Público sem o contraditório prévio. Aconselha-se aqui, contudo, prudência aos magistrados. Deve-se sempre sopesar esta norma que é um dos desdobramentos do contraditório, com o bem jurídico tutela no caso concreto. Defende-se aqui o entendimento de que caso a observância a este artigo sacrifique o acesso efetivo à justiça deve ser a norma mitigada.

O artigo 3º da norma destaca que o recurso voluntário ou *ex officio*, interposto contra sentença em processo cautelar, proferida contra pessoa jurídica de direito público ou seus agentes, que importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional, terá efeito suspensivo. Este dispositivo seria desnecessário frente à obrigatoriedade do reexame necessário prevista no artigo 496 do CPC. Por fim o art. 4º da Lei nº 8437/1992 regulamente o procedimento de suspensão liminar deferida contra a Fazenda, *in verbis*:

Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.

§ 2º O Presidente do Tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em setenta e duas horas. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001)

§ 3º Do despacho que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo, no prazo de cinco dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte a sua interposição. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001)

§ 4º Se do julgamento do agravo de que trata o § 3º resultar a manutenção ou o restabelecimento da decisão que se pretende suspender, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001)

§ 5º É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 4º, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001)

§ 6º A interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001)

§ 7º O Presidente do Tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar, se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001)

§ 8º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001)

§ 9º A suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001)⁷⁰

De maneira suscita estas são as disposições gerais referentes à tutela de urgência antecipada, cautelar e ainda à tutela de evidência, que será brevemente comentada ao fim do trabalho.

Quanto às espécies de tutela de urgência é imprescindível mencionar que impera atualmente nos tribunais a fungibilidade. Segundo Elpídio Donizetti: “Nenhum jurisdicionado deixará de receber a tutela jurisdicional porque disse galho em vez de árvore. (...) A alteração procedimental deve, portanto, ser imediata, não sendo necessário aditamento do pedido.”⁷¹ A justificativa para a fungibilidade surge em função do inquestionável argumento de que: “questões meramente formais não podem obstar à realização de valores constitucionalmente garantidos, como é o caso da garantia de efetivação da tutela jurisdicional.”⁷² No mesmo sentido, este mandamento está em acordo com os princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual, ambos previstos no ordenamento tupiniquim. Por fim, é facultado ao magistrado o poder de deferir qualquer das tutelas de urgência de maneira preventiva, ou seja, sem a oitiva da parte contrária (art. 300 § 2º).

3.1 ATUTELA CAUTELAR

⁷⁰BRASIL. Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

⁷¹ DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil** / Elpidio Donizetti. – 19. Ed. Revisada e completamente reformulada conforme novo CPC – Lei 13.105, de 16 de março de 2015 e atualizada de acordo com a Lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. – São Paulo: Atlas, 2016. Pág. 468.

⁷²Bedaque, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias de urgência**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 291; ASIS, Araken de. Fungibilidade... cit., p. 55-56. *Apud* THEODORO, Humberto. Júnior. **"Curso de Direito Processual Civil Volume I"**. 57ª ed. Rio de Janeiro: GEN | Editora Forense, 2016. P 603.

A tutela de urgência cautelar tem seus requisitos genéricos previstos entre os artigos 300 e 302 da lei 13.105/2015, estando prevista de maneira específica entre os artigos 305 a 310 da mesma legislação. Os artigos 300 a 302 da legislação tratam sobre as disposições gerais referentes à tutela de urgência. É imprescindível reforçar que, como foi visto alhures, a tutela cautelar não se presta a adiantar o provimento judicial, mas, tão somente, assegurar o direito de uma das partes. Trata-se aqui de um exemplo de tutela conservativa.

Quanto às disposições gerais referentes à tutela de urgência, nos termos do Código de Processo Civil de 2015, os requisitos elencados para a concessão da medida são “a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.”⁷³ Por mais que alguns doutrinadores insistam em estabelecer diferenças entre estes requisitos e os elencados no código anterior a realidade é que, tanto sobre um ponto de vista acadêmico, como prático-profissional, não há diferenças substanciais entre os requisitos para concessão nas duas legislações. Deve aqui imperar a instrumentalidade.

Apenas a título informativo a probabilidade pode ser conceituada, nas palavras de Candido Rangel Dinamarco como:

Probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes. As afirmativas pesando mais sobre o espírito da pessoa, o fato é provável; pesando mais as negativas, ele é improvável (Malatesta). A probabilidade, assim conceituada, é menos que a certeza, porque lá os motivos divergentes não ficam afastados, mas somente suplantados; e é mais que a credibilidade, ou verossimilhança, pela qual na mente do observador os motivos convergentes e os divergentes comparecem em situação de equivalência e, se o espírito não se anima a afirmar, também não ousa negar. O grau dessa probabilidade será apreciado pelo juiz, prudentemente e atento à gravidade da medida a conceder⁷⁴

O perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo por sua vez é a possibilidade de dano à tutela jurisdicional pretendida em função de decurso do tempo.

Como visto anteriormente, a parte que tem a tutela de urgência - aqui tratando-se do gênero - concedida em seu desfavor, não restará desamparada pelo direito. A tutela de urgência tem em sua natureza a reversibilidade, haja visto ser fruto de cognição sumária. Os artigos 300 § 1º e § 3º e o art. 302 do *Codex* esclarecem essa questão:

⁷³BRASIL.Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

⁷⁴ DINAMARCO. Candido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 145. *Apud*, Cristiano Imhof. **Novo cpc – concedendo tutela provisória de urgência**.Disponivelem:<https://blog.sajadv.com.br/novo-cpc-tutela/>. Acessado em: 13/02/2017.

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

(...)

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

(...)

Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

I - a sentença lhe for desfavorável;

II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;

III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;

IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.⁷⁵

O saudoso ministro do Supremo Tribunal Federal Teori Albino Zavascki explica, em passagem digna de transcrição integral que:

Antecipar irreversivelmente seria antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o exercício do seu direito fundamental de se defender, exercício esse que, ante a irreversibilidade da situação de fato, tornar-se-ia absolutamente inútil, como inútil seria, nestes casos, o prosseguimento do próprio processo.⁷⁶

Contudo, apesar dos escritos do saudoso ministro Teori, a doutrina e a jurisprudência admitem de maneira quase unânime que a tutela antecipada não deve ser inviabilizada, mesmo que irreversíveis os efeitos do provimento. O próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ) já decidiu à época do CPC de 1973 – que trazia no §2º do artigo 273, dicção com significado idêntico ao artigo 300 § 3º do CPC 2015 – o seguinte: “o perigo de irreversibilidade do provimento adiantado, óbice legal à concessão da antecipação da tutela, nos termos do art. 273, §2º, do CPC, deve ser interpretado *cum grano salis*, sob pena de inviabilizar o instituto.”⁷⁷ A expressão *cum grano salis* deve ser interpretada como “com alguma ressalva”.⁷⁸

⁷⁵BRASIL.Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

⁷⁶ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 101. *Apud* David Gomes de Barros Souza. **Tutela antecipada de efeitos irreversíveis**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,tutela-antecipada-de-efeitos-irreversiveis,55182.html>. Acessado em: 17/03/2017.

⁷⁷BRASIL, STJ. AgRg no Ag 736.826/RJ, Segunda Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin. Disponível em: www.stj.gov.br; Acesso em 01 maio 2014

⁷⁸ Disponível em: https://www.google.com.br/search?q=cum+grano+salis&rlz=1C1ASUC_enBR683BR683&oq=cum+grano+salis&aqs=chrome..69i57.915j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8#dobs=cum%20grano%20salis. Acessado em: 17/03/2017.

A principal justificativa doutrinária e jurisprudencial para admitir exceções à norma proibitiva é a de que uma norma infraconstitucional não pode representar um óbice ao direito fundamental à tutela efetiva. Um exemplo frequente na *práxis* jurídica é o de realização de cirurgias urgentes, neste caso específico é evidente que a norma proibitiva processual não pode imperar sobre o arcabouço normativo constitucional.

O código traz no artigo 301, de maneira exemplificativa, uma série de medidas cautelares possíveis, entre elas: arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra a alienação de bens. Contudo, o próprio artigo 301 destaca a possibilidade de o juiz adotar qualquer outra medida idônea para assegurar o direito, o que é semelhante ao poder geral de cautela previsto no CPC/1973 (art. 798). Aqui se tratam as cautelares nominadas ou típicas e as cautelares inominadas ou atípicas, sendo as últimas decorrentes do poder geral de cautela.

Diferença significativa entre o código de 2015 e o anterior é a possibilidade de eventual indenização ser liquidada nos próprios autos, em atenção ao princípio da economia processual (art. 302 parágrafo único).

Por fim, adotar-se-á a divisão doutrinária e legal presente no novo Código de processo que separa a tutela de urgência cautelar antecedente e a tutela de urgência cautelar incidental.

3.1.1 A tutela de urgência cautelar em caráter antecedente

Nas palavras do professor Humberto Theodoro, considera-se antecedente: “toda medida urgente pleiteada antes da dedução em juízo do pedido principal, seja ela cautelar ou satisfativa”⁷⁹ A medida cautelar por sua vez visa principalmente a conservação de algum elemento essencial à prestação jurisdicional.

A matéria era regulada a partir do artigo 796 do Livro III do CPC/1973, no título “*Do processo cautelar*”. No código anterior, como foi visto alhures, eram requeridas para se deferir a cautelar, medidas assecuratórias que pudessem garantir o resultado útil do processo principal. A legislação explicitava que a cautelar poderia ser requerida antes ou durante o processo principal.

O procedimento da tutela cautelar em caráter antecedente é regulamentado entre os artigos 305 a 310 do Novo Código de Processo Civil. Nos termos do artigo 305, *in verbis*:

⁷⁹ THEODORO, Humberto. Júnior. “**Curso de Direito Processual Civil** Volume I”. 57ª ed. Rio de Janeiro: GEN | Editora Forense, 2016. P.650.

Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.
Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.⁸⁰

A partir do teor do artigo 305 percebe-se que os requisitos da petição inicial para a concessão da tutela de urgência cautelar em caráter antecedente são, além dos requisitos genéricos presentes no artigo 319 do CPC: (i) A lide e seu fundamento; (ii) A exposição sumária do direito que se objetiva assegurar; (iii) O perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Trata-se de uma tutela que visa garantir um direito futuro.

Humberto Theodoro ao esclarecer os requisitos da petição inicial para a concessão da medida cautelar afirma que a necessidade de indicar a lide e seu fundamento tem como escopo demonstrar a viabilidade da ação de mérito.⁸¹ A exposição sumária do direito objetiva assegurar a probabilidade jurídica da tutela pleiteada. Trata-se da demonstração processual da fumaça de bom direito. O perigo da demora pode ser entendido, sucintamente, como o risco de lesão em razão do decurso do tempo.

Como visto alhures o juiz pode deferir liminarmente o pedido de tutela antecipada (artigo 300, § 2º). Sanada eventual irregularidade o réu será citado no prazo de 5 (cinco) dias para contestar e indicar as provas que deseja produzir (artigo 306). O artigo subsequente esclarece que no caso do réu permanecer em silêncio presumir-se-ão aceitos todos os fatos alegados pela parte contrária, devendo o juiz decidir o pedido cautelar em cinco dias. Trata-se aqui de uma presunção relativa de veracidade dos fatos alegados. Segundo o parágrafo único do mesmo artigo, sendo contestado o pedido no prazo legal deve-se observar o procedimento comum.

O professor Humberto Theodoro faz importante colocação sobre a eventual solução do pedido cautelar, *in verbis*:

O pedido cautelar gera um incidente, cuja solução se dá mediante decisão interlocutória, passível de impugnação por agravo de instrumento (art. 105, I). Nesse julgamento, o juiz poderá conceder ou negar a tutela e, se esta já tiver sido objeto de liminar, poderá mantê-la, modifica-la ou revoga-la, sempre mediante justificação, de modo claro e preciso (art. 298).

Uma vez, porém, que a decisão que concede tutela provisória desafia agravo de instrumento (art. 1015, I), compete ao demandado, independentemente da contestação, recorrer imediatamente ao tribunal, pleiteando a cassação da liminar,

⁸⁰BRASIL.Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

⁸¹ THEODORO, Humberto. Júnior. **"Curso de Direito Processual Civil Volume I"**. 57ª ed. Rio de Janeiro: GEN | Editora Forense, 2016. P 638.

sob pena de preclusão.⁸² Trata-se de posicionamento consolidado do STJ, formado à luz das preliminares possessórias, mas que se aplica, também, às liminares dos procedimentos sumários em geral, por se acharem presentes as mesmas razões normativas. Aliás, o mesmo tribunal superior já aplicou tal entendimento a propósito da medida cautelar de arresto, deferida em caráter liminar e em instrumentalização de ação principal de liquidação extrajudicial, reportando-se à regra geral de preclusão enunciada nos arts. 471 e 473 do CPC de 1973: “a não interposição do recurso próprio para combater essa decisão [deferimento da liminar], exarada nos autos, torna precluso o direito de ver, em qualquer deles, a questão reapreciada pela superior instância.”⁸³

Com a contestação, será, de fato, reaberta a possibilidade do juízo modificativo, pelo magistrado *a quo*. Mas, isto se dará na decisão final do incidente, após observado procedimento comum (...). Mais uma vez, caberá agravo de instrumento, com igual oportunidade de retratação pelo juiz da causa.

Convém lembrar que são duas coisas distintas: a discussão do incidente de tutela provisória cautelar antecedente e o aditamento da petição inicial para dar curso ao pedido principal (art. 308). O aforamento da pretensão de mérito não pode ficar paralisado indefinidamente à espera da solução da medida de urgência, se existe liminar já cumprida. Isto porque o Código marca um prazo para a providência, que corre a partir da efetivação da tutela cautelar, que pode se extinguir antes da conclusão do incidente.

Outra hipótese a se cogitar é a de a tutela de urgência ter sido postulada em petição inicial juntamente com a pretensão de mérito, caso em que a contestação será única e abrangente, tanto da matéria principal, como da cautelar. Também aqui haverá de se lembrar do cabimento do agravo de instrumento contra a eventual liminar, sob pena de preclusão⁸⁴.

Segundo o artigo 308 do mesmo Código de processo, sendo efetivada a tutela cautelar, o pedido principal do autor deve ser feito no prazo de 30 (trinta dias), “caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais.”⁸⁵ O prazo de 30 (trinta) dias é fatal ou peremptório, o que significa que é improrrogável. Mesmo sendo fatal o mesmo ainda é suspenso nas férias ou nos recessos forenses (arts. 214 e 220)⁸⁶. Caso a cautelar tenha sido negada o processo se extingue, não restando óbice à formulação do pedido principal, como será visto alhures.

⁸² “Concedida a liminar em ação possessória, o juiz só a poderá revogar, em juízo de retratação, se interposto o agravo de instrumento” (STJ, 3ª T., RESp 29.311/MG, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 24.11.1992, DJU 14.12.1992, p. 23.923) Nesse sentido: “Concedida a liminar em ação possessória, não deve o juiz revoga-la, salvo através do juízo de retratação do agravo” (VI ENTA – concl. *Apud* THEODORO, Humberto. Júnior. **"Curso de Direito Processual Civil Volume I"**. 57ª ed. Rio de Janeiro: GEN | Editora Forense, 2016. P 641.

⁸³ STJ, 4ª T., RESp 26.602/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. 20.09.1994, DJU 31.10.1994, p. 29.501 *Apud* THEODORO, Humberto. Júnior. **"Curso de Direito Processual Civil Volume I"**. 57ª ed. Rio de Janeiro: GEN | Editora Forense, 2016. P 641.

⁸⁴ THEODORO, Humberto. Júnior. **"Curso de Direito Processual Civil Volume I"**. 57ª ed. Rio de Janeiro: GEN | Editora Forense, 2016. P 641.

⁸⁵ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

⁸⁶ THEODORO, Humberto. Júnior. **"Curso de Direito Processual Civil Volume I"**. 57ª ed. Rio de Janeiro: GEN | Editora Forense, 2016. P 642.

O artigo 309 traz na sequência importante diferença entre a tutela cautelar de caráter antecedente e a tutela antecipada de caráter antecedente. Quanto à primeira, nos termos do referido artigo:

Art. 309. Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se:
I - o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal;
II - não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias;
III - o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito.⁸⁷

Como resta evidente da análise do artigo, ao se tratar da tutela cautelar, está não poder ter seus efeitos prorrogados para além dos 30 (trinta) dias previstos no artigo 308. Se a tutela não for efetivada no referido prazo, ou ainda, se o autor não ingressar com o pedido principal nos trinta dias subsequentes ao deferimento da medida cautelar está, automaticamente perde a sua eficácia.

A tutela antecipada em caráter antecedente, por sua vez, tem a possibilidade de estabilização, como será detalhado posteriormente. Vale mencionar ainda que no caso da medida cautelar, cessando seus efeitos, é vedado à parte renovar o pedido, salvo sob novo fundamento (Art. 309 parágrafo único).

O professor Arruda Alvim faz sintética colocação sobre a tutela cautelar antecedente, *in verbis*:

O procedimento cautelar é bastante resumido, limitado à petição inicial, defesa, apresentação sumária de provas e julgamento final. No momento de sentenciar, o juiz verificará se é cabível conceder a tutela cautelar – em outras palavras, se é adequado deferir uma medida que possa prejudicar o réu, em prol de assegurar que o pedido principal do autor não pereça até o julgamento de mérito. A tutela antecedente tem um caráter preparatório em relação ao pedido principal. Serve, como dito, para assegurar uma situação jurídica.⁸⁸

Por fim, a eventual não concessão dos efeitos cautelares pretendidos não obsta que a parte formule os pedidos principais, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de prescrição ou de decadência, nos termos do art. 310 do Código de Processo Civil.

Por sua vez, a tutela de urgência cautelar, quando incidental ao processo, será requerida através de petição nos próprios autos da ação, demonstrando os requisitos da probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, ambos previstos no artigo 300 do CPC. Vale mencionar inclusive que, neste caso, não há a

⁸⁷ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

⁸⁸ ALVIM, Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015**/ Arruda Alvim. – São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016. p. 190.

necessidade de pagamento de custas processuais (NCPC, art. 295). Além do já exposto não há muito o que acrescentar como eventual novidade trazida pelo NCPC para esta modalidade de tutela de urgência.

3.2 A TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPADA

A tutela antecipada está prevista entre os artigos 300 e 304 do CPC e trata-se, diferentemente da medida cautelar, de verdadeira antecipação do provimento jurisdicional requerido ao final do processo, sendo, portanto, um exemplo de tutela de urgência satisfativa. Nas palavras de Humberto Theodoro Jr., a tutela provisória é satisfativa quando:

(...) para evitar ou fazer cessar o perigo de dano, confere, provisoriamente, ao autor a garantia imediata das vantagens de direito material para as quais se busca a tutela definitiva. Seu objeto, portanto, se confunde no todo ou em parte, com o objeto do pedido principal.⁸⁹

A medida é concedida através de uma decisão interlocutória que é fruto de cognição sumária – mais um dos motivos para ser reversível – que não faz coisa julgada. Para a sua conversão em tutela definitiva há necessidade de se percorrer todo o tramite processual, com confirmação ou não da tutela antecipada ao final do processo.

O professor Humberto Theodoro Jr. faz interessante colocação sobre a desnecessidade de que o objeto da medida antecipatória corresponda exatamente à sentença, *in verbis*:

Nem é preciso que o objeto da medida antecipatória corresponda ao exato conteúdo da sentença, como objeto preciso da declaração judicial a ser proferida para solucionar o pedido formulado na inicial. Basta que corresponda a um efeito normal da situação jurídica declarada no mérito da causa.⁹⁰

As disposições gerais previstas entre o artigo 300 e 302 são as mesmas para a tutela cautelar e a tutela antecipada, inclusive, todas as colocações referentes aos requisitos para a sua concessão.

O professor Elpídio Donizetti faz sintética introdução onde diferencia, em linhas gerais, a tutela antecipada e a tutela cautelar:

⁸⁹THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – vol. I – Humberto Theodoro Júnior – Rio de Janeiro: Forense, 2016, pág. 647.

⁹⁰THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – vol. I – Humberto Theodoro Júnior – Rio de Janeiro: Forense, 2016, pág. 652.

A tutela cautelar se qualifica pelo fato de ser útil à proteção do processo e, por conseguinte, ao direito material a ser certificado ou realizado. Embora útil ao fim visado no processo, não há coincidência entre a tutela cautelar deferida e o direito substancial pretendido, o que há é referibilidade.

(...)

Na tutela antecipada, a situação é diferente. Nessa modalidade de tutela provisória o direito material está intimamente ligado com a medida jurisdicional concedida. Em outras palavras, o que se pede e o que se concede ao requerente da tutela antecipada coincide, no todo ou em parte, com o que está sendo postulado como tutela final.⁹¹

Por fim, adotar-se-á aqui também a divisão doutrinária e legal presente no novo Código de processo que separa a tutela de urgência antecipada antecedente e a tutela de urgência antecipada incidental.

3.2.1 A tutela de urgência antecipada em caráter antecedente

O procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente está regulamentado primordialmente entre os artigos 303 e 304 do CPC e trata-se de modalidade de tutela que pode ser estabilizada – o que será melhor explicada no decorrer do trabalho. Segundo Humberto Theodoro Jr. a tutela estabilizável “Baseia-se na existência de elementos que permitam, sem maiores dificuldades, o deferimento de liminar *inaudita altera parte*, com grande probabilidade de a medida não ser contestada”.⁹² A tese do autor é confirmada ao se perceber que nesses casos a citação só é feita após o deferimento da tutela de urgência, como será visto alhures (art. 303, §1º, II). O próprio Humberto Theodoro destaca que está não é, contudo, a única via para se ter acesso à tutela de urgência antecipada antecedente. Como esclarece o artigo 303 § 5º, quando o autor desejar que a tutela seja prolatada sem a oitiva da parte contrária, deverá manifestar-se de maneira expressa. Essa modalidade não era prevista no CPC de 1973. O código anterior apenas previa a possibilidade de o pedido ser realizado junto da petição inicial ou incidentalmente.

Caso não seja do interesse do autor a tutela de urgência pode ser requerida visando efetivamente preparar a propositura da demanda principal, sendo a liminar satisfativa apenas para momentaneamente afastar o *periculum in mora*, não estando aqui a tutela sujeita ao rito do artigo 304 *caput* do CPC – não estabilizável.⁹³

⁹¹ DONIZETTI, Elpidio. **Curso didático de direito processual civil** / Elpidio Donizetti. – 19. Ed. Revisada e completamente reformulada conforme novo CPC – Lei 13.105, de 16 de março de 2015 e atualizada de acordo com a Lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. – São Paulo: Atlas, 2016. Pág. 489.

⁹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – vol. I – Humberto Theodoro Júnior – Rio de Janeiro: Forense, 2016, pág. 657.

⁹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – vol. I – Humberto Theodoro Júnior – Rio de Janeiro: Forense, 2016, pág. 657 - 658.

O novo código traz importante novidade ao permitir que a tutela antecipada seja formulada em petição inicial incompleta. Neste sentido elucida o professor Elpídio Donizetti, *in verbis*:

No novo Código, dependendo do grau de urgência, se permite que a tutela antecipada seja formulada em petição inicial incompleta (que será complementada *a posteriori*).

Segundo a dicção do art. 303, quando a urgência for contemporânea à propositura da ação, o requerente poderá, na petição inicial, limitar-se a requerer o pleito antecipatório e a indicar o pedido correspondente à tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo. *Mutatis Mutandis*, são os mesmos requisitos exigidos para a tutela cautelar requerida em caráter antecedente. (...)

Essa possibilidade ocorre naqueles casos em que a urgência é de tal ordem que não é possível, sem extraordinário sacrifício do direito afirmado, aguardar o ajuntamento das provas e a elaboração, na sua completude, da petição inicial. Nessa hipótese de urgência – contemporânea à propositura da ação, embora possa ter surgido antes – a lei faculta ao autor que apresente apenas o pedido de tutela antecipada, com possibilidade de aditamento da petição inicial e a apresentação de novos documentos. Essa grande novidade trazida pelo Código privilegia a proteção do direito ameaçado e afasta, ao menos momentaneamente, o formalismo exigido para a propositura da ação; mais do que isso, essa modalidade de tutela antecipada, dependendo da postura do demandado, viabiliza a estabilização da tutela concedida, podendo tornar definitivo aquilo que foi concedido sob a marca da provisoriedade.⁹⁴

Para além dos requisitos gerais necessários à concessão das tutelas provisórias – a saber, a probabilidade do direito e o perigo de dano – prevalece neste caso supramencionado uma exigência específica, a urgência deve ser contemporânea à propositura da ação. Nestes casos a petição inicial será aditada após a análise da tutela de urgência. Nos termos do 303 § 1º, I o aditamento se restringirá à complementação da argumentação, à juntada de novos documentos e à confirmação do pedido de tutela final.

Não existe aqui a possibilidade de aditamento para a ausência dos requisitos do artigo 319 do código. Apesar da inexistência de previsão legal, este aditamento por ausência dos requisitos genéricos da petição inicial é frequentemente concedido na jurisprudência com base no princípio da economia processual.

Apesar de não existir correspondência exata entre este instituto e qualquer outro presente do CPC/1973 o professor Arruda Alvim destaca interessante semelhança entre a tutela antecipada antecedente e as medidas cautelares preparatórias do CPC/1973:

De certa forma, mas com algumas reservas, o procedimento da tutela antecipada antecedente se assemelha com o que ocorre nas medidas cautelares preparatórias do

⁹⁴ DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil** / Elpídio Donizetti. – 19. Ed. Revisada e completamente reformulada conforme novo CPC – Lei 13.105, de 16 de março de 2015 e atualizada de acordo com a Lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. – São Paulo: Atlas, 2016. Pág. 491.

CPC/1973 (arts. 796 e 806). O autor deve sumarizar seu pedido, comprometendo-se a futuramente mover a ação correspondente, sob risco de revogação da medida de urgência. Guardada as devidas proporções, o mesmo ocorre aqui.

Assim, se for do interesse do autor requer esse tipo de medida, nos termos do art. 303 do CPC/2015, “a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.” Nesse caso, a petição não conterá ainda a fundamentação aprofundada do pedido em si; limitar-se-á à demonstração da urgência iminente que justifica o deferimento de uma medida provisória, e da probabilidade das alegações deduzidas.⁹⁵

Caso seja concedida a tutela antecipada antecedente o parágrafo primeiro do artigo 303 esclarece que

I - o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a 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;

II - o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334;

III - não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.⁹⁶

Como foi destacado em outro momento do trabalho, o réu só é citado após o deferimento da tutela antecipada. Resta evidente a vontade do legislador para que o deferimento se de *inaudita altera parte* nos casos da tutela antecipada requerida em caráter antecedente.

O artigo 303 § 2º afirma que não sendo realizado o aditamento previsto no supramencionado art. 303 § 1º, I o processo será extinto sem resolução do mérito. O aditamento deve ocorrer nos mesmo autos, sem a necessidade do pagamento de novas custas processuais (NCPC 303 § 3º).

O mesmo artigo 303 em seu § 4º esclarece que o autor deve indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido final. O professor Humberto Theodoro Jr. elucida que: “(...) o valor da causa a ser atribuído ao pedido de tutela satisfativa antecedente poderá ser até igual ao pedido principal, mas não deverá ultrapassá-lo e, eventualmente, poderá ser menor.”⁹⁷

O § 6º do artigo 303 estabelece por fim que caso o julgador entenda que não há elementos suficientes para a concessão da tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará

⁹⁵ ALVIM, Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015/** Arruda Alvim. – São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016. Pág. 182.

⁹⁶ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

⁹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – vol. I – Humberto Theodoro Júnior – Rio de Janeiro: Forense, 2016, pág. 659.

a emenda da petição inicial no prazo legal de até 5 (cinco) dias, sob pena de ser extinto o processo sem julgamento de mérito.

Em suma, o magistrado tem dois caminhos após analisar a petição inicial que pleiteia a tutela antecipada em caráter antecedente: (i) deferir o pedido liminarmente (art. 300, § 2º) ou ainda, (ii) caso entenda que a inicial não possui elementos suficientes que autorizem o deferimento do pedido antecipado, determinar a respectiva emenda no prazo legal (art. 303, § 6º). Como foi visto, caso a peça inaugural não seja emendada, a petição inicial deve ser indeferida e o processo extinto sem resolução do mérito. Nesse caso específico o processo se extinguirá sem que o réu tenha sido citado, haja visto que o procedimento estudado visa o deferimento da medida liminar *inaudita altera parte*.

Passar-se-á agora à análise mais detalhada da estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente. O professor Elpídio Donizetti afirma que o objetivo do procedimento da tutela antecipada antecedente é a estabilização da demanda, que tem como consequência a imediata extinção do processo⁹⁸.

Nos termos do artigo 304 do CPC a tutela antecipada antecedente se torna estável se não for interposto o respectivo recurso frente à decisão que concede a tutela provisória prevista no artigo 303. Apenas a título informativo, o recurso cabível contra as tutelas provisórias é o agravo de instrumento (artigo 1015, I). O referido recurso não tem efeito suspensivo automático, podendo o relator concedê-lo (art. 1019, I). Ante o exposto, não sendo interposto o agravo de instrumento, a tutela antecipada antecedente se torna estável e o processo será extinto sem resolução do mérito (art. 304 § 1º).

A título informativo, é importante mencionar que a necessidade da confirmação da tutela provisória na sentença surge do efeito suspensivo da apelação (art. 1012). Sendo sentença contestada por eventual apelação, o efeito suspensivo do recurso – felizmente - não atua sobre o capítulo específico da decisão que conceda ou confirme a tutela (art. 1012, § 1º V).

É imprescindível mencionar que a estabilização é um direito da parte, portanto, se esta ao requerer a tutela antecipada em caráter antecedente, não diz que pretende se valer do benefício da estabilização, deve o processo prosseguir o seu curso natural visando a cognição

⁹⁸ DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil** / Elpídio Donizetti. – 19. Ed. Revisada e completamente reformulada conforme novo CPC – Lei 13.105, de 16 de março de 2015 e atualizada de acordo com a Lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. – São Paulo: Atlas, 2016. Pág. 495.

exauriente do magistrado⁹⁹. Elpídio Donizetti esclarece, contudo, que a vontade do demandado, ao apresentar a contestação, é totalmente irrelevante. A este foi imposto expressamente o ônus de recorrer da decisão que estabiliza a tutela, ou então de ajuizar ação autônoma de revisão, reforma ou invalidação da decisão cujos efeitos foram estabilizados (art. 304 § 2º)¹⁰⁰. A própria redação do dispositivo deixa claro que caso qualquer uma das partes deseje a revisão da decisão estável deve ser proposta nova ação, específica pra esse fim.

Desta maneira, enquanto não sobrevier, nesta nova ação, decisão que modifique a tutela estabilizada, a medida conservara seus efeitos (art. 304 § 3º). O artigo 304 em seu § 4º esclarece que qualquer uma das partes pode solicitar o desarquivamento dos autos visando a nova ação prevista no supracitado § 2º do artigo 304. O mesmo dispositivo em seu § 5º garante que o prazo à propositura da nova ação que visa a revisão, reforma ou invalidação da decisão cujos os efeitos foram estabilizados é de 2 (dois) anos contados da ciência (publicação) da decisão que extinguiu o processo. A decisão que extingue o processo por sua vez deve ser prolatada após o prazo para a interposição do agravo de instrumento, por motivos óbvios. Por fim, o § 6º do artigo 304 esclarece que a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada.

Para a melhor organização do trabalho destaca-se que a eventual estabilização da demanda depende de três requisitos: i) concessão da tutela antecipada em caráter antecedente; ii) aditamento da inicial (art. 303 § 1º, I); iii) não interposição de agravo de instrumento.

Passando-se agora à análise de questões polêmicas referentes à tutela estabilizada, o professor Arruda Alvim elenca algumas inconsistências referentes aos artigos 303 e 304 que merecem ser mencionadas, *in verbis*:

Será preciso definir qual inércia prevalece, se a do autor ou a do réu, pois a consequência do não aditamento é a extinção do processo, sem resolução do mérito, enquanto a consequência do não oferecimento de recurso é a extinção do processo sem julgamento do mérito com a conservação dos efeitos da medida, pela estabilidade que sobre ela recai. Assim, ambas as situações – a falta de aditamento e a falta de recurso – culminam na extinção do processo, com consequências práticas distintas. (...)

A primeira crítica que surge decorre do fato de que o para o autor iniciar-se-á imediatamente após a publicação da decisão, enquanto o réu deverá insurgir-se após a citação. O que deverá mais comumente, ocorrer antes, então, é a atitude do autor, que será “obrigado” a aditar seu pedido (sob risco de ver extinto o processo sem julgamento do mérito) sem saber, ainda, qual será a atitude do réu. (...) O ideal seria

⁹⁹ DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil** / ElpídioDonizetti. – 19. Ed. Revisada e completamente reformulada conforme novo CPC – Lei 13.105, de 16 de março de 2015 e atualizada de acordo com a Lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. – São Paulo: Atlas, 2016. Pág. 496.

¹⁰⁰ DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil** / ElpídioDonizetti. – 19. Ed. Revisada e completamente reformulada conforme novo CPC – Lei 13.105, de 16 de março de 2015 e atualizada de acordo com a Lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. – São Paulo: Atlas, 2016. Pág. 496.

que, a partir da concessão da medida provisória, o réu fosse citado, e apenas após transcorridos 15 dias, uma vez oferecida a impugnação, iniciasse o prazo para o aditamento. Afinal, o autor optou pelo procedimento monitorizado do art. 303 do CPC/2015, o que indica ter interesse em uma tutela meramente estabilizada, de cognição não exauriente¹⁰¹.¹⁰²

O próprio Arruda Alvim afirma que a partir da interpretação dos artigos 303 e 304 extrai-se que a inércia do réu que define o destino do processo, pois factualmente, o autor já terá aditado o seu pedido. Caso não o tenha feito, o processo já terá sido extinto com a cassação da medida.¹⁰³

Outra dúvida frequentemente levantada na doutrina é quanto à natureza jurídica da decisão estabilizada transcorridos os dois anos de prazo para a reforma da medida. O professor Alvim elucida mais uma vez a questão da maneira que nos parece correta:

Até a penúltima versão do texto do CPC/2015 (PL 8.046/2012, da Câmara dos Deputados), havia inclusive dúvida se a decisão estabilizada, após os dois anos, faria coisa julgada material, tendo em vista que não poderia mais ser modificada. Dando-se conta do impasse, o legislador acresceu o § 6º ao art. 304 no texto final do CPC/2015, com a seguinte redação: “A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes”. O que se quis dizer com esse parágrafo foi que a decisão provisória estabilizada não reúne condições de formar coisa julgada¹⁰⁴ - principalmente por não se tratar, essencialmente, de uma decisão de mérito -, mas que não há formas de rever seu conteúdo após transcorridos dois anos da publicação da decisão extingue o processo. Cria-se, dessa maneira, uma nova espécie de imutabilidade processual, diferente das preclusões e da coisa julgada. O conteúdo da medida, após dois anos, não pode ser objeto de nova ação, e, no entanto não se pode dizer formado coisa julgada. (...) A estabilização é mais próxima da preclusão *pro judicato* do que da coisa julgada material, inclusive, pois a coisa julgada ostenta efeitos negativos (impedir a rediscussão do que foi decidido) e positivos (obrigar à observância no futuro, em outros processos). A tutela estabilizada não parece ter essa feição positiva¹⁰⁵.¹⁰⁶

¹⁰¹ “Parece-nos que o aditamento da inicial só deveria ser exigido após a constatação da não apresentação de recursos contra a decisão antecipatória de tutela, quando se estabilizariam os seus efeitos. O autor, então, teria a oportunidade de decidir entre (a) ficar com os efeitos da estabilização da tutela; ou (b) aditar a inicial para que a questão seja definitivamente decidida” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* Teoria geral... cit., p. 893. *Apud.* ALVIM, Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015/** Arruda Alvim. – São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016. Pág. 188.

¹⁰² ALVIM, Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015/** Arruda Alvim. – São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016. Pág. 187 – 188.

¹⁰³ ALVIM, Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015/** Arruda Alvim. – São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016. Pág. 188.

¹⁰⁴ TALAMINI, Eduardo. *Tutela de urgência...* cit., p. 23. *Apud* ALVIM, Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015/** Arruda Alvim. – São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016. Pág. 188.

¹⁰⁵ Concluindo no mesmo sentido: SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada estabilização da tutela antecipada. In: FREIRE, Alexandre *et al* (coords.). *Doutrina Seleccionada*. Salvador: JusPodivm, 2015. Vol. IV, p.187. *Apud* ALVIM, Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015/** Arruda Alvim. – São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016. Pág. 188.

¹⁰⁶ ALVIM, Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015/** Arruda Alvim. – São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016. Pág. 188-189.

Por fim, entende-se, em comum acordo com a doutrina majoritária, que se o autor aditar a inicial e o réu não agravar, a tutela será estabilizada. Aderindo o autor ao procedimento a estabilização se torna uma consequência lógica. Não cabe também, ao magistrado intimar o autor para verificar se ele pretende o prosseguimento do feito, rumo à cognição exauriente¹⁰⁷. A norma teve o claro escopo de atender aos princípios da celeridade e da economia processual, não sendo possível condicionar-se o atingimento destes princípios – interesse público – ao interesse das partes.

A tutela de urgência antecipada, quando incidental ao processo, à semelhança da tutela de urgência cautelar incidental, será requerida através de petição nos próprios autos da ação, demonstrando-se os requisitos da probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, ambos previstos no artigo 300 do CPC. Vale mencionar que aqui também não há a necessidade de pagamento de custas processuais conforme indica o art. 295 do CPC.

3.3 A TUTELA DE EVIDÊNCIA

Apesar de não constituir o objeto do trabalho, a tutela de evidência, que está regulamentada no artigo 311 do Código de Processo Civil, pode ser conceituada, de maneira sintética, como:

(...) na técnica de distribuição, entre autor e réu, dos ônus decorrentes do tempo do processo, que, baseada no alto grau de verossimilhança e credibilidade da prova documental apresentada, concede ao autor em sede de cognição sumária a tutela jurisdicional quando há demonstração *prima facie* da existência de seu direito, para que a morosidade judiciária não favoreça a parte a quem não assiste razão em detrimento daquele que a tem, transformando o processo numa arma letal contra o detentor de direito evidente.¹⁰⁸

Apenas a título de curiosidade, trata-se de instituto recém instituído no Novo Código de processo Civil, sem correspondente na legislação de 1973, que vem gerando extensa discussão na doutrina tupiniquim sobre a sua aplicação prática. Como percebe-se pela conceituação do instituto acima destacada, trata-se de mais uma das novidades do Código de Processo Civil de 2015 que visam a prestação jurisdicional célere e útil ao resultado

¹⁰⁷ DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil** / Elpídio Donizetti. – 19. Ed. Revisada e completamente reformulada conforme novo CPC – Lei 13.105, de 16 de março de 2015 e atualizada de acordo com a Lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. – São Paulo: Atlas, 2016. Pág. 499.

¹⁰⁸ BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de Evidência – Teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. – (Coleção Liebman / Coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini). 175 p.

satisfativo do processo judicial. Em função de sua relevância dentro da dinâmica do Novo *Codex* seria até mesmo irresponsável concluir o escrito sem menção – ainda que superficial – à tutela de evidência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O escopo central do presente Trabalho de Conclusão de Curso foi, de maneira sistemática, traçar um paralelo crítico e científico entre a tutela de urgência – cautelar e antecipada - no Código de Processo Civil de 1973 e em seu sucessor promulgado no ano de 2015.

Apesar de terem sido elencados os principais pontos de tensão levantados até o momento na doutrina, é imprescindível dizer que estudos como o aqui proposto não tem o condão de dirimir todas as controvérsias existentes ao redor de tão sofisticado tema, mas, tão somente, fornecer, de maneira sintética, mais material ao frutífero debate recém instaurado ao redor do Novo Código. É importante mencionar que muitas das posições destacadas ao longo do escrito são passíveis de modificação, haja visto que a maioria dos institutos presentes na nova legislação apenas foi discutido sob o âmbito doutrinário, sendo passíveis de alteração – ou ainda mesmo de ostracismo – por parte da *práxis* processualista, que inevitavelmente vai se desenvolver no dia a dia, à medida que novos problemas reais forem sendo e superados pela jurisprudência.

A ausência de jurisprudência consolidada pelos tribunais superiores é um instrumento que dificulta qualquer colocação mais ousada acerca da tutela de urgência recém-inaugurada, contudo, não parece ser irresponsável afirmar que a legislação atual tende a reduzir o tempo de espera para que a tutela jurisdicional seja atingida de maneira satisfativa. Tal afirmação encontra sustentação inequívoca nos elementos destacados ao longo do texto, tanto no que se refere à tutela de urgência, como também à tutela de evidência que foi sucintamente mencionado no final do trabalho.

Foram elencados preceitos históricos processuais, atravessando-se a realidade processualista brasileira da década de 1970 até os modernos institutos presentes na legislação atual, conceituando-se inclusive o processo civil constitucional que é fruto inequívoco do movimento global do Neoconstitucionalismo, que atualmente encontra-se consolidado no Direito brasileiro.

A principal alteração que é entendida aqui como sinônimo da eficiência buscada pelo Novo Código de Processo é a possibilidade de estabilização da tutela antecipada concedida

em caráter antecedente, quando está não for objeto de recurso. A respectiva alteração não encontra paralelo no Código anterior e, apesar de estar gerando polêmica na doutrina, haja visto que obriga a parte insatisfeita a recorrer da decisão que conceder a tutela antecipada antecedente, o que pode ter o condão de aumentar o número de agravos de instrumento a serem julgados nos Tribunais – tem o intuito precípua de ser instrumento de efetividade da prestação jurisdicional.

Outro paralelo que merece ser destacado é referente aos requisitos genéricos para a concessão da medida de urgência previstos em ambas as legislações. O Código de 1973 trazia como requisitos genéricos para o deferimento das tutelas provisórias o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* – tutela cautelar – além da verossimilhança da alegação e o fundado receio de dano ou no abuso do direito de defesa – tutela antecipada. Entende-se que apesar do esforço de alguns doutrinadores para mensurar e diferenciar a certeza e a urgência que deveria pautar as decisões amparadas na legislação de 1973, e a certeza e a urgência que deve servir como alicerce para as decisões fundamentadas com base na probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, não ocorrerá alteração na prática processualista que justifique tal empenho. Ademais, os requisitos legais não podem ser herméticos e devem estar sujeitos ao subjetivismo do magistrado – este sempre pautado na realidade do caso concreto e na ordem principiológica positivada.

É imprescindível registrar congratulação à comissão que elaborou a Lei nº 13.105 de 2015 na medida em que esta optou não mais por tornar fungíveis os requisitos genéricos para o deferimento das medidas de urgência, mas sim por unificar as exigências.

Além da unificação dos requisitos genéricos para a concessão das medidas provisórias, outra grande novidade inaugurada pelo Código é a dispensa de um processo cautelar autônomo. A nova legislação permite que as medidas de urgência sejam pleiteadas e deferidas nos próprios autos da ação principal. Após a antecipação ou a liminar cautelar, o autor terá prazo para juntar novos documentos e formular o pedido de tutela definitiva. Apesar de existir uma diferença quanto aos prazos legais – 15 (quinze) dias na antecipação e 30 (trinta) dias na cautelar – em ambas as hipóteses o pedido principal será formulado nos mesmos autos, sem necessidade de um novo processo ou do pagamento de novas custas processuais.¹⁰⁹

¹⁰⁹ DOTTE, Rogéria. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada no CPC de 2015: Unificação dos Requisitos e Simplificação do Processo**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI218846,101048-Tutela+Cautelar+e+Tutela+Antecipada+no+CPC+de+2015+Unificacao+dos>. Acessado em: 02/04/2017.

No que tange a possibilidade da tutela de urgência concedida incidentalmente no curso do processo o Novo Código não inovou. Vale destacar apenas a necessidade de que toda tutela provisória continue sendo confirmada nas sentenças, haja visto o efeito suspensivo da apelação visto alhures.

Por fim, espera-se que os tão comentados princípios da segurança jurídica, celeridade, e eticidade – que sem sombra de dúvidas constituem a espinha dorsal do Novo Código de Processo Civil – não sejam desvirtuados pela prática, e que a legislação consiga atingir o objetivo de, sem abrir mão da segurança jurídica, garantir de maneira célere e satisfativa os anseios da população, que busca no Estado-Juiz a *ultima ratio*¹¹⁰ para os problemas do cotidiano, os quais por uma infinidade de fatores são levados à apreciação do Poder Judiciário.

¹¹⁰A expressão é utilizada com significado distinto do que comumente lhe é atribuída no ramo do Direito Penal. Aqui pressupõe-se que as demandas levadas ao judiciário só chegam ao Estado-Juiz frente à incapacidade absoluta de ambas as partes realizarem a auto-composição, sendo a tutela jurisdicional a última opção possível à solução do eventual conflito.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Plínio Regis Baima de. **No neoconstitucionalismo, o neoprocessualismo: sobre a eficácia normativa dos princípios e seu uso indiscriminado.** Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=3333c340e3fbea85>. Acessado em: 22/07/2016.
- ALVIM, Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015/** Arruda Alvim. – São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição.** São Paulo: Saraiva, 1996.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias de urgência.** 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 291; ASIS, Araken de. Fungibilidade... cit.
- BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de Evidência – Teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC.** 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. – (Coleção Liebman / Coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini).
- BRASIL. Anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acessado em: 23/02/2017.
- BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.
- BRASIL. Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.
- BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 4 : tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos.** — 6. ed. rev. e atual. — São Paulo : Saraiva, 2014.
- BUZAID, Alfredo. **"Exposição de Motivos"**, 1972, n.7.
- CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Processo e constituição – estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. Luiz Fux, Teresa Wambier e Nelson Nery Jr.(coord.). São Paulo: RT, 2006, p. 662-683; CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo - direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário, cit.; GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. “El neoprocessalismo.” **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal.** Buenos Aires: Instituto Ibero-americano de Direito Processual, 2006, ano VI, n. 9.
- CARPI, Federico. **La provvisoria esecutorietà della sentenza**, Milano, Giuffrè, 1979, p. 47, citado por Luiz Guilherme Marinoni, *Antecipação da Tutela*, 9ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Processo Civil: Processo Cautelar** / Milton Paulo e Carvalho Filho – 5º Ed. – São Paulo: Atlas 2011.

CINTRA; GRINOVER; e DINAMARCO. **Teoria Geral do Processo**, São Paulo: Malheiros, 2013. 29ª Ed.

Concedida a liminar em ação possessória, o juiz só a poderá revogar, em juízo de retratação, se interposto o agravo de instrumento” (STJ, 3ª T., RESp 29.311/MG, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 24.11.1992, DJU 14.12.1992, p. 23.923) Nesse sentido: “Concedida a liminar em ação possessória, não deve o juiz revoga-la, salvo através do juízo de retratação do agravo” (VIENTA – concl).

CRISTIANO IMHOF. **Novo cpc – concedendo tutela provisória de urgência**. Disponível em: <https://blog.sajadv.com.br/novo-cpc-tutela/>. Acessado em: **13/02/2017**.

David Gomes de Barros Souza. **Tutela antecipada de efeitos irreversíveis**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,tutela-antecipada-de-efeitos-irreversiveis,55182.html>. Acessado em: 17/03/2017.

DICIONÁRIO PRIBERAM DA LÍNGUA PORTUGUESA [em linha], 2008-2013, Disponível em: <http://www.priberam.pt/dlpo/%20ORD%C3%A9LIA>. Acessado em: em 11-07-2016.

DIDIER Jr. Fredie. **Teoria do Processo e Teoria do Direito: oneoprocessualismo**. Disponível em: http://www.academia.edu/225914/Teoria_do_Processo_e_Teoria_dos_Direitos. Acessado em: 03/03/2017.

DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador/BA: Editora Juspodivm, vol. I, 16ª ed., 2014, p. 28/30.

DINAMARCO, **Fundamentos**, p. 623; Guerra, *As liminares*, p. 190; Baptista da Silva, *A “antecipação”*.

DINAMARCO. Candido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

Disponível em: <http://www.fortes.adv.br/pt-BR/termo/glossario/37/concessao-de-liminar.aspx>. Acessado em: 06/02/2017.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil** / ElpídioDonizetti. – 19. Ed. Revisada e completamente reformulada conforme novo CPC – Lei 13.105, de 16 de março de 2015 e atualizada de acordo com a Lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. – São Paulo: Atlas, 2016.

DOTTI, Rogéria. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada no CPC de 2015: Unificação dos Requisitos e Simplificação do Processo**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI218846,101048-Tutela+Cautelar+e+Tutela+Antecipada+no+CPC+de+2015+Unificacao+dos>.

FRANCO. Loren Dutra. **Processo Civil - Origem e Evolução Histórica**. Disponível em: http://intranet.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_20002.pdf.

FUX, *Curso*, p. 68; Gusmão Carneiro, ***Da antecipação***, n. 47.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado** / Marcus Vinicius Rios Gonçalves. – 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil: execução e processo cautelar: volume 3** / Marcus Vinicius Rios Gonçalves. – 7. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

GUASTINI, Riccardo. Das fontes às normas. Edson Bini (trad.). São Paulo: QuartierLatin, 2005, p.131. *Apud*, DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador/BA: Editora Juspodivm, vol. I, 16ª ed., 2014.

GUTIER, Murillo. **O que é a tutela cautelar?** Disponível em: <http://murillogutier.com.br/?p=446>. Acessado em: 31/07/2016.

Informativo 524/STJ, 2.^a Turma, REsp 1.038.199-ES, rel. Min. Castro Meira, j. 07.05.2013. *Apud*, Neves, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** / Daniel Amorim Assumpção Neves. – 6. ed. rev., atual. eampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

MUNHOZ DA CUNHA, Comentários, 2000, p. 608 e Baptista A. da Silva, *Do processo*, p. 143. *Apud*, Neves, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** / Daniel Amorim Assumpção Neves. – 6. ed. rev., atual. eampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** / Daniel Amorim Assumpção Neves. – Volume único. 2ª Ed. Método 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** / Daniel Amorim Assumpção Neves. – 6. ed. rev., atual. eampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

NÚCLEO DE ESTUDOS AVANÇADOS EM PROCESSO CIVIL DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA. **Os Princípios no Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: https://neapro.wordpress.com/2013/10/11/os-principios-no-novo-codigo-de-processo-civil/#_ftn2. Acessado em: 10/02/2017.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Manual da Monografia Jurídica**.

O QUE É O NEOCONSTITUCIONALISMO? Disponível em: <https://franciscofalconi.wordpress.com/2010/06/03/o-que-e-o-neoconstitucionalismo/>. Acessado em: 10/02/2017.

Parece-nos que o aditamento da inicial só deveria ser exigido após a constatação da não apresentação de recursos contra a decisão antecipatória de tutela, quando se estabilizariam os seus efeitos. O autor, então, teria a oportunidade de decidir entre (a) ficar com os efeitos da estabilização da tutela; ou (b) aditar a inicial para que a questão seja definitivamente decidida” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* Teoria geral... cit.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo**, volume 1: teoria geral do processo / Humberto Dalla Bernardina de Pinho. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

POZZOLO, Susanna. ³Neoconstitucionalismo y la especificidad de la interpretación constitucional. **Doxa**, v. 210II, 1998, p. 339, disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volIII/DOXA21Vo.II_25.pdf. acesso em 21.10.2009.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Processual Civil**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RUY BARBOSA. **Oração dos moços**. Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1261&idAreaSel=21&seeArt=yes>. Acessado em: 10/02/2016.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **A influência da constitucionalização do direito no ramo processual: neoprocessualismo ou processo constitucional? Independente da nomenclatura adotada, um realidade inquestionável**. In: Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial. Vol. 2. Org. DIDIER JR., Fredie. Salvador: Juspodivm, 2010.

SANTOS, Valdiane Kess Soares dos, **O novo código de processo civil e as inovações no processo cautelar**. Disponível em: <http://portais.tjce.jus.br/esmec/wp-content/uploads/2014/12/PDF15.pdf>. Acessado em: 21/01/2016.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**, cit., p. 31-32. *Apud*, DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador/BA: Editora Juspodivm, vol. I, 16ª ed., 2014.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada estabilização da tutela antecipada. In: FREIRE, Alexandre *et al* (coords.). *Doutrina Seleccionada*. Salvador: JusPodivm, 2015. Vol. IV.

STJ, 3.^a Turma, AgRg no Ag 940.317/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.12.2007, DJ 08.02.2008.

STJ, 4.^a T., RESp 26.602/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. 20.09.1994, DJU 31.10.1994, p. 29.501 *Apud* THEODORO, Humberto. Júnior. **"Curso de Direito Processual Civil Volume I"**. 57ª ed. Rio de Janeiro: GEN | Editora Forense, 2016.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela de urgência...* cit., p. 23. *Apud* ALVIM, Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015/** Arruda Alvim. – São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016.

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, tratando da insuficiência da dogmática tradicional para resolver os problemas jurídicos do mundo contemporâneo observa que: ³muitos são os pontos em que se evidencia a fragilidade, ou pelo menos a insuficiência, do raciocínio dedutivo e da lógica formal e pura, instrumentos típicos da dogmática tradicional'. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. São Paulo: RT, 2009, item 2.2).

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência** – vol. II – Humberto Theodoro Júnior – Rio de Janeiro: Forense 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – **Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento** – vol. I – Humberto Theodoro Júnior – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, 36ª ed. Vol.2. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

THEODORO, Humberto. Júnior. "**Curso de Direito Processual Civil Volume I**". 57ª ed. Rio de Janeiro: GEN | Editora Forense, 2016.

WATANABE, Kazuo “Tutela Antecipatória e Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer – arts. 273 e 461 do CPC”. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: ley, derechos, justicia .8ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2008. Sobre o tema e a sua relação com o processo, MITIDIERO, Daniel. Processo civil e estado constitucional. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007. *Apud*, DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador/BA: Editora Juspodivm, vol. I, 16ª ed., 2014.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 101.