



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

ANTÔNIO FÁBIO MATEUS DA MOTA

**A SISTEMATIZAÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA NO
ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E NO PROJETO DE
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

FORTALEZA

2012

ANTÔNIO FÁBIO MATEUS DA MOTA

**A SISTEMATIZAÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA NO ATUAL
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E NO PROJETO DE CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL**

Projeto de pesquisa concernente ao Trabalho de Conclusão de Curso submetido à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Processual Civil.

Orientador: Prof.: William Paiva Marques Júnior.

FORTALEZA

2012

À minha mãe, ao meu pai, à minha
filha, Beatriz, pelo apoio
incondicional na jornada da vida.

Aos meus amigos, que sempre
estiveram ao meu lado, nos
momentos felizes e,
principalmente, nos momentos
difíceis, em que ficamos mais
vulneráveis.

RESUMO

Este trabalho de conclusão de curso tem por objetivo fazer um análise comparativa entre a sistemática das tutelas de urgência adotada no vigente Código de Processo Civil com a nova dinâmica dessas mesmas medidas jurisdicionais provisórias proposta pelo Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil, tendo por foco as principais alterações, tanto de natureza procedural como no viés topográfico, por exemplo, a unificação dos regimes de tutela de urgência. Ademais, vislumbra-se com esta pesquisa a necessidade de sua atualizar o Código de Processo Civil à sociedade contemporânea, ao mesmo tempo em que o compatibiliza aos princípios Constitucionais pertinentes a efetividade do processo e sua razoável duração.

Palavras-chave: Direito processual civil. Sistematização das Tutelas de Urgência. Novo Código de Processo Civil. Adequação Constitucional.

ABSTRACT

This conclusion of course work aims to make a comparative analysis of the systematics of emergency wards adopted in the current Code of Civil Procedure with the new dynamics of these same judicial interim measures proposed by the Bill of the New Code of Civil Procedure, with the focus on the major changes, both procedural nature as in the topographic bias, for example, the unification of social protection of urgency. Moreover, glimpses of this research was the need to update their Code of Civil Procedure to contemporary society, while the relevant Constitutional principles reconciles to the effectiveness of the process and its reasonable duration.

Keywords: Civil procedural law. Systematization of Emergency Guardianship. New Code of Civil Procedure. Constitutional Adequacy.

Sumário

1 INTRODUÇÃO	7
2 TUTELA DE URGÊNCIA: CONCEITO E MODALIDADES	9
3 PROCEDIMENTO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA NA SITEMÁTICA DO CPC DE 1973.....	13
3.1 DO PROCESSO CAUTELAR	14
3.2 DA TUTELA ANTECIPADA	19
3.2.1 DOS REQUISITOS LEGAIS	20
3.2.2 DA FUNGIBILIDADE ENTRE AS MEDIDAS DE URGÊNCIA	24
4 PROCEDIMENTO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA NA SITEMÁTICA DO PROJETO DE LEI 166/2010.	26
4.1 DAS MUDANÇAS TOPOGRÁFICAS.....	26
4.2 DA UNIFICAÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA: BREVE HISTÓRICO	28
4.3 DA UNIFICAÇÃO PROPOSTA PELO DIREITO EM EXPECTATIVA	32
5 CONCLUSÃO	38
6 REFERÊNCIAS.....	41

1 INTRODUÇÃO

O despertar para o presente trabalho surgiu do interesse em analisar as propostas elaboradas pela Comissão de Juristas nomeada pelo então Presidente do Senado Federal, José Sarney, pertinente à produção de um Novo Código de Processo Civil, motivada pela desatualização do vigente diploma processual em face da elevada demanda que a vida moderna proporciona.

Tentou-se, antes de tudo, superar essa ineficiência do sistema processual vigente em acompanhar o avanço das querelas, operando-se sucessivas mudanças no código atual, como a que ocorreu em 1994, que instituiu o Poder Geral de Antecipação de Tutela, tal inserção, de início, gerou resultados positivos na busca por efetividade da tutela jurisdicional, contudo, inevitavelmente, por outro lado, ocasionou a extenuação de sua coesão *interna corporis*, que dificulta a obtenção de um ápice em sua funcionalidade.

Desta feita, as mudanças figuram-se como necessárias porque reclamadas pelos operadores do direito e pelos jurisdicionados, receptor final desse desencadeamento jurídico.

O objeto da pesquisa restringe-se a uma análise comparativa entre a dinâmica dispensada às tutelas Diferenciadas no contemporâneo código de ritos e no código em gestação, sob a perspectiva de imprimir ao diploma infraconstitucional as garantias e direitos dogmatizados na Carta Magna Cidadã, mormente no que tange à garantia de celeridade e efetividade da prestação jurisdicional das demandas levadas a apreciação do Estado-Juiz.

Ademais, apresentar-se-á no decorrer do trabalho as alterações substanciais e técnicas que darão mais organicidade e simplicidade ao PLS 166/2010.

A pesquisa mostra-se relevante, malgrado tratar-se apenas de um projeto de lei, suscetível de mudanças, pelo fato de refletir a tendência e as expectativas da sociedade contemporânea, antenada com as garantias constitucionais que lhe são proporcionadas pela presente Carta Política e por expor os dissabores dos jurisdicionados quanto à postergação da entrega de uma decisãoposta em consequência da violação de seu direito material.

A sociedade de hoje é totalmente diferente de alguns anos atrás e a partir da Constituição Federal de 1988, em que formalmente se inseriu vários direitos e garantias fundamentais ao cidadão, a população começou a se conscientizar desses

direitos e principalmente cobrá-los de quem quer que seja e é aí que vemos a diferença (...)¹.

O desenvolvimento da dissertação se divide em dois grandes blocos: primeiro, exposição da sistemática, requisitos e técnica de concessão para as tutelas de urgência; segundo, apresentação da topografia idealizada pelos elaboradores do projeto do CPC, a união, na parte geral da obra, das medidas de urgência, fim das cautelares, breve cronologia das alterações sofridas, seus novos requisitos, técnicas para o deferimento das tutelas emergenciais e principais alterações em relação ao código vigente.

As referências utilizadas para subsidiar a pesquisa, por se tratar de tema ainda em discussão, foram sítios da rede mundial de computadores, o atual Código de Processo Civil, o Projeto do Novo Código de Processo Civil, sua exposição de motivos, periódicos e doutrina, especialmente, de juristas que compuseram a comissão elaboradora do anteprojeto.

Por fim, ressalta-se que o aspecto principal desta obra é despertar nos operadores do direito que a Justiça deve ser eficiente, porque morosidade gera inquietação social e descrédito do Poder Judiciário.

¹ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval, *Tutelas de Urgência no Anteprojeto do Novo CPC* in DIDIER JR, Freddie; MOUTA, José Henrique; KIPPEL, Rodrigo. **O Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Salvador: *Jus Podivm*. 2011, p. 232.

2 TUTELA DE URGÊNCIA: CONCEITO E MODALIDADES

O processo judicial é um ato complexo, que requer tempo para se desenvolver em observância aos princípios como o da segurança jurídica, da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Tendo isso, pois, como premissa, infere-se que o tempo é elemento indissociável do processo.

A sociedade contemporânea, todavia, brada por celeridade. Por isso, dentre os inconvenientes enfrentados pelo Judiciário atualmente, o que mais salta aos olhos, sem dúvida, é a morosidade na solução de celeumas levadas a sua apreciação.

Tendo, portanto, a tardança na solução definitiva dos litígios postos sob seu crivo como problema a ser solucionado, necessário se fez a criação de instrumentos para, senão dirimir, vez que o tempo faz parte do processo, pelo menos atenuá-lo, daí a positivação de tutelas diferenciadas, posto que a modalidade de tutela padrão adotada como regra na prática forense em nosso país é o procedimento ordinário, defendido por processualista que defendem um tecnicismo exacerbado, fundamentando sua razão de ser na consagração máxima do contraditório e da ampla defesa. Essa postura mostra-se, não raramente, indiferente ao direito material, porque, às vezes, age em detrimento deste.

Trata-se de uma herança da fase autonomista, na qual se defendia a independência da ciência processual em relação ao direito material, o que gerou esse formalismo demasiado que o projeto de lei do Novo Código de Processo Civil pretende extirpar do ordenamento jurídico nacional.

A experiência, todavia, evidenciou que, em muitos casos, uma decisão jurisdicional que cumprisse todas estas etapas tinha carga reduzida de efetividade, o que vem gerando uma insatisfação social e um descrédito no Poder Judiciário.

A partir daí, constatou-se a necessidade de os processualistas assumirem que a principal característica do processo é a instrumentalidade, um meio para um fim, e não um fim em si mesmo.

Seguindo essa esteira de pensamento, colacionamos a lição de José Roberto dos Santos Bedaque:

A partir do momento em que se aceita a natureza instrumental do direito processual, torna-se imprescindível rever seus institutos, a fim de adequá-los a essa nova visão. Isso porque toda a construção científica se deu na denominada fase autonomista, em que, devido à necessidade de afirmação da independência do direito processual, se valorizou demasiadamente a técnica. Passou-se a conceber o instrumento pelo próprio instrumento, sem a necessária preocupação com seus objetivos, que, obviamente, lhe são externos. Em nenhum momento pode o processualista esquecer de que as questões internas do processo devem ser solucionadas de modo a favorecer os resultados pretendidos, que são exteriores a ele².

Desta feita, com o escopo de se adequar a realidade social moderna e superar este abismo entre o direito material (sua realização fática) e o processo, alguns mecanismos foram produzidos, revistos ou reimplantados na legislação, como as tutelas cautelares e o *dever-poder geral de antecipação*³, espécies de tutelas jurisdicional não definitivas de urgência.

No código Buzaid, a primeira tutela criada com a finalidade específica de atenuar os males do tempo e assegurar a finalidade do processo foi a tutela cautelar, distribuída ao longo do Livro III, denominado Do Processo Cautelar. Dentro da organização atual desta espécie de tutela diferenciada, admite-se duas modalidades, a saber: uma, típica, porque prevista nos procedimentos cautelares específicos; duas, atípicas, com fundamento no poder geral de cautela e subsidiária àquela.

Desta maneira, a medida cautelar não se presta à composição de litígios, serve, porém, de instrumento que visa à garantia da adequada prestação judicial, serve ao processo, tornando menos lesiva a ação do tempo nele, por isso alcunhada de instrumento do instrumento.

Contudo, a existência isolada da tutela cautelar não foi suficiente para dar uma resposta satisfatória à sociedade. Por essa razão, a praxe forense começou a desvirtuar a real finalidade do instituto, passando a exigir que proporcionasse a satisfação, na prática, do que somente seria concedido ao fim da demanda judicial, ou seja, passou-se a utilizar indistintamente o processo cautelar para dar celeridade à controvérsia levada ao Estado-Juiz, golpeando, assim, princípios constitucionais, como o do contraditório e da ampla defesa, pois acabava dando-se uma solução satisfatória a uma medida que na essência é conservativa. Denominou isso de medida cautelar satisfativa.

² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 13.

³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. Vol. 4, São Paulo: Saraiva. 2009, p. 10.

Ante o exposto, e para manter a harmonia hierárquica com a Constituição, o legislador resolver editar a Lei 8.952/94, que deu outra redação ao art. 273 do CPC atual, instituindo o poder geral de antecipação de tutela.

Essa providência legislativa conferiu ao magistrado, observando as condicionantes legais, a possibilidade de adiantar os efeitos empíricos de uma possível sentença, minimizando, assim, os efeitos maléficos que o tempo pode causar ao direito das pessoas.

Esse adiantamento dos efeitos de uma tutela jurisdicional, vale destacar, não é uma novidade, uma vez que já havia no ordenamento jurídico brasileiro tal instituto, restrito, todavia, a procedimentos específicos, determinados por lei, como no Mandado de Segurança e Ações Possessórias.

Todavia, o Brasil está na vanguarda quando confeccionou um sistema que deu ensejo ao julgador adiantar total ou parcialmente uma possível prestação jurisdicional favorável ao término de uma ação, passando, então, a admitir de maneira genérica sua aplicação em qualquer modulo processual:

(...) o Brasil foi o pioneiro na sistematização do poder geral de antecipação de tutela. Isto é, o nosso legislador deu ao juiz o poder de, em qualquer ação, proferir decisão incidental determinando a imediata tutela do direito material.⁴

Deste modo, em face da alteração do dispositivo mencionado, o mecanismo de adiantamento dos efeitos práticos da tutela teve sua aplicação prolongada aos demais processos de conhecimento, uma vez comprovada a observância de suas exigências legais.

Vale destacar ainda que, pela redação dada ao art. 273 e seus parágrafos, inquestionavelmente identifica-se, no vigente sistema processual, dois tipos tutela antecipada, com fundamentos distintos, a saber, antecipação assecutória, em que *antecipa-se por segurança, para impedir que durante o processo, o bem da vida vindicado sofra dano irreversível ou dificilmente reversível⁵*; e antecipação sanção cujo fundamento é *apenas aquele que age de má-fé e, sobretudo, que impõe empecilhos ao regular andamento do feito⁶*.

⁴ DESTEFENNI, Marcos. **Curso de Processo Civil**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 313.

⁵ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processo Civil**. 6^a ed. Editora Jus Podivm. 2011, p. 497.

⁶ IDEM, p. 497.

Como visto, em uma adiante-se para preservar, com base na urgência, o direito o requerente de um possível perecimento. Noutra, vemos claramente a tentativa de punir aquele que age com intuito de postergar a prestação jurisdicional, retardando a satisfação prática do autor que muito provavelmente tem razão.

Há um intuito de acelerar o gozo dos efeitos práticos de uma possível sentença favorável.

Por esta razão, trata-se de uma tutela diferenciada, marcada pelas características de sumariedade de cognição e precariedade, uma vez que sua eficácia é limitada no tempo, podendo ao fim da demanda ser modificada, revogada ou confirmada.

Tendo em vista o exposto, percebe-se que a distinção entre as espécies de tutelas de urgência é sutil, porquanto uma visa garantir a efetividade da atuação do Estado-Juiz, a outra, adiantar a fruição do direito material em conflito, protegendo-se o direito pleiteado, mas ambas tem em comum a finalidade de afastar os efeitos maléficos proporcionados pelo tempo.

Por isso, a tutela de urgência é mecanismo que se propõe redistribuir entre as partes o ônus de suportar as consequências do tempo, mitigando-o.

3 PROCEDIMENTO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA NA SITEMÁTICA DO CPC DE 1973

A tradicional doutrina brasileira, diferentemente do sistema adotado na Europa, sempre teve a necessidade de delimitar o terreno de atuação das tutelas de urgência, importando até mesmo requisitos para seu deferimento e posições *interna corporis* diferenciada, além de procedimentos próprios, para simbolizar esse posicionamento, transcreve-se excerto de Zavascki, que simboliza o que ele denomina de *purificação*:

“O que se operou, inquestionavelmente, foi a *purificação* do processo cautelar, que assim readquiriu sua finalidade clássica: a de instrumento para obtenção de medidas adequadas a tutelar o direito, sem satisfazê-lo. Todas as demais medidas assegurativas, que constituam satisfação antecipada de efeitos da tutela de mérito, já não caberão em ação cautelar, podendo ser, ou melhor, *devendo* ser reclamadas na própria ação de conhecimento(...) postulá-las em ação cautelar, onde os requisitos para a concessão da tutela são menos rigorosos, significará fraudar o art. 273 do CPC, que, para satisfazer antecipadamente, supõe cognição em nível aprofundado, pois exige verossimilhança construída sobre *prova inequívoca*⁷. (grifos originais.)

Ademais, não obstante essas medidas se configurarem tomadas de decisões antes do provimento final, assevera ainda a doutrina que ambas tem sua natureza, ou seja, objetivo final, bem destacados, uma vez que as medidas conservativas se direcionam à efetividade do processo, diferentemente das medidas satisfativas que apontam para a realização imediata da pretensão, justificando, por isso, uma análise do julgador mais verticalizada, se comparada com a concessão da tutela cautelar, e nessa esteira de distinção colaciona-se a seguinte lição:

De fato, não se pode aceitar a orientação dos que preconizam a inserção numa só figura e num só regime de tutela urgente, tanto das medidas cautelares como das antecipatórias. (...) Se, porém, o regime legal é diverso, tanto no procedimento como nos requisitos de obtenção das providências emergenciais de um e outro grupo de medidas, não me parece razoável negar-se a diferenciação técnica e prática entre as duas espécies de tutela de urgência. (...) É assim que a cautela não é satisfativa e a antecipação o é. (...) A natureza do processo e dos atos processuais deve ser procurada pelo seu objetivo final e não pelo caminho percorrido para atingi-lo⁸.

⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante.** Revista de Processo. São Paulo: RT, ano 21, nº 82, abr/jun 1996, p. 56.

⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** Vol. II. 41 ed. Editora Forense. 2007.

Tal posicionamento tradicional gerou uma duplicitade oficial no regime processual, significando um formalismo e tecnicismo exagerado e desnecessário, que se tenta extinguir agora no projeto do novel código de ritos.

3.1 DO PROCESSO CAUTELAR

A sistemática dispensada ao processo cautelar no CPC atual sofreu enorme influência de doutrinadores italianos, *assim, como se disse, o nosso direito processual foi decisivamente influenciado pelo pensamento dos grandes processualistas italianos, como Chiovenda, Calamandrei, Micheli e tantos outros*⁹, que viam nas medidas conservadoras outra modalidade de jurisdição, tendo por finalidade a prevenção.

Acatando, portanto, a teoria italiana, Alfredo Buzaid conferiu às medidas conservativas livro próprio, sendo tratadas como um terceiro gênero processual, gozando, pois, do mesmo status do processo de conhecimento e de execução, *frise-se, aliás, que o vigente CPC foi o primeiro Código de Processo do mundo a dedicar um livro (Livro III, formado pelos arts. 796 a 889) ao processo cautelar...*¹⁰, dividido em duas partes: uma referente às disposições gerais, intitulada procedimento comum; outra, referente às medidas cautelares nominadas, chamadas de procedimentos especiais.

O Código de Ritos vigente, quanta à tipicidade, conforme exposto no parágrafo anterior, fragmentou o processo cautelar em duas classes, a tutela cautelar inominada ou atípica, que tem por fundamento o poder geral de cautela, disciplinado no art. 798 do CPC atual, e as chamadas medidas conservativas nominadas ou típicas, que são aquelas dispostas no interior do livro dedicado ao processo cautelar, especificamente, nos art. 813 a 889, contudo, neste tipo de providências cautelar, faz-se necessário a análise de seus pressupostos específicos que *não podem ser substituídos ou olvidados em nome do “dever-poder geral de cautela”*¹¹.

⁹ DESTEFENNI, Marcos. **Curso de Processo Civil**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 3.

¹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 4.

¹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 166.

Pois bem, toda vez que o demandante, no corpo de sua petição antecedente ou no corpo do processo principal, pleitear solução prefixada pelo *codex* vigente, será medida típica, observada, é claro, as respectivas condicionantes. As demais, que não estejam previstas intencionalmente ou que não foram solicitadas pelo autor, ou seja, *ex officio*, sendo esta exceção ao princípio da demanda. Ressalta-se, contudo, que a concessão de ofício se dá quando já instaurado o processo principal, sendo deferida com fundamento no poder geral de cautela.

No que tange ao momento do pleito cautelar, o atual diploma processual civil possibilita duas oportunidades, consoante art. 796, do Código Buzaid, a saber: uma antecedente ou preparatória, instaurada antes da propositura da ação principal, em que se rompe a inércia, provocando a atuação do Estado-Juiz; outra, incidental, quando o processo principal já está em curso.

A ação cautelar deve ser oferecida mediante petição escrita, em que deverão constar o órgão julgador competente, a qualificação de ambas as partes, a indicação da lide e seu fundamento, a exposição do direito ameaçado, assim como as provas que deverão ser produzidas, e por fim, será requerida a citação do réu, nos termos do art. 801 e incisos, no que alude à indicação da lide e seu fundamento, este critério ficará ligado apenas quando se tratar de medida preparatória.

No presente, a competência para a apreciação das ações cautelares está predisposta no art. 800 e parágrafo único. O *caput* do dispositivo é dedicado à competência de primeiro grau de jurisdição, enquanto o parágrafo único se volta ao tema no grau de atribuição revisional.

Pela redação do supracitado dispositivo legal, conclui-se que a competência para essa espécie de atividade jurisdicional é fixada pela ação principal. Desta feita, deve levar-se em conta que há duas possibilidades para a concessão da medida cautelar: uma, de maneira incidental, o que não gera nenhuma dificuldade, visto que o processo se desenvolverá junto ao da ação principal; dois, o da modalidade antecedente, porque “deverá, pois, a demanda cautelar ser ajuizada perante o juízo que se revele, em tese, competente para o processo principal.¹²

¹² GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. v.3. 16^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.161.

Na primeira hipótese, a incidental, observa-se que a ação cautelar tramitará por dependência à ação principal, o que ressalta o seu caráter acessório, critério tradicional utilizado para fixar a competência do juízo, uma vez que *como se sabe*, “*o acessório segue o principal*”¹³.

A dificuldade para a fixação da competência se encontra nesse segundo tipo, na ação preparatória, uma vez que se deve levar em consideração problemas de ordem prática (que o anteprojeto não se atentou a solucionar) apontadas pela doutrina, como, por exemplo, a possibilidade de se intentar esta ação no local em que se concretizará a medida cautelar, para ilustrar essa problemática, transcreveremos o exemplo de Lopes da Costa:

Imagine-se o devedor domiciliado em Goiás, vendendo o gado que invernou numas pastagens em Minas Gerais. O credor há de requerer o embargo em Catalão, para que o juiz de lá depreque a execução ao de Alfenas, por exemplo. É possível que, ao chegar a precatória, as reses já tenham virado bife.¹⁴

Certamente, nesta situação, a ação principal não se desenvolverá no juízo em que foi proposta a ação cautelar, o demandante deverá ingressar com a ação principal no seu domicílio ou no do demandado. O sistema atual não faz menção a essa possibilidade importante, em que, caso não ocorra, poderá minar a efetividade do processo, se a precatória não chegue ao destino *antes que as reses virem bife*, como no exemplo. A doutrina, levantando esta hipótese, observa a garantia constitucional decorrente do art. 5, XXXV, da tutela jurisdicional adequada.

Neste sentido é a lição ora colacionada:

O sistema proposto, e que tem sido aceito por toda a doutrina pátria, consiste em se deferir competência, nos casos de maior urgência, ao juízo do local onde deve ser efetivada a medida cautelar. Este juízo, porém, deverá se limitar a conceder (liminarmente, se for o caso) a medida urgente pleiteada, e em seguida efetivá-la praticamente. Após a efetivação da medida cautelar, tendo sido excepcionada a incompetência do juízo, deverão os autos do processo cautelar ser encaminhados ao juízo competente para o processo, que manterá sua competência funcional para o processo principal.¹⁵

¹³ DESTEFENNI, Marcos. **Curso de Processo Civil**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 46.

¹⁴ COSTA, Alfredo de Araújo Lopes Da. **Medidas Preventivas**, 2^a ed., 1958, p. 32.

¹⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 61.

Desta feita, segue valendo a regra do CPC, em que a ação cautelar preparatória deverá levar em conta como critério de competência o juízo competente para conhecer da ação principal.

Outro tópico procedural que merece consideração no tratamento da competência para o conhecimento da ação cautelar é o enumerado no parágrafo único do art. 800 do CPC atual, o qual se dedica ao exame da matéria em segundo grau de jurisdição.

Todavia, não é em todo e qualquer recurso dirigido ao tribunal revisor que autor deve solicitará neste órgão a medida assecuratória. Esse acautelamento deve ser requerido diretamente ao tribunal somente quando toda a matéria relativa ao processo de conhecimento for devolvida ao órgão *ad quem*, como na hipótese de apelação.

Senão vejamos a doutrina:

Presente o recurso de apelação, a competência é do Colegiado, o mesmo não ocorrendo com o *recurso* de agravo de instrumento, já que o juízo de primeira instância continua cumprindo o ofício *jurisdicional* sobre a lide, ao contrário do que acontece na primeira hipótese¹⁶. (Grifos originais.)

Contudo, a concessão se encontra condicionada a exposição do direito ameaçado e seu fundamento jurídico, que apontam para o órgão judicante os requisitos legais necessários para o deferimento da respectiva medida assecuratória do provimento de mérito, que são o *fumus bonis iuris* e o *periculum in mora*.

O primeiro desses requisitos é o que a doutrina convencionou chamar de *fumaça do bom direito*. Essa prestação de tutela jurisdicional é tida como de urgência, direcionada a alcançar o resultado do processo principal que julgará verdadeiramente o direito subjetivo em conflito, visa, pois, à efetividade do processo de conhecimento, por essa razão, não se faz necessário um exame prolongado dos argumentos levantado pelo requerente, sendo suficiente apenas a demonstração da aparência do direito que se pretende acautelar, *porque a mera possibilidade do direito que se invoca basta como fundamento da ação, sendo em sede cautelar, irrelevante a prova irretorquível e incontrovertida do direito alegado pelo postulante*¹⁷.

E corroborando esta linha de pensamento é a lição de Alexandre Freitas Câmara:

¹⁶ DESTEFENNI, Marcos. **Curso de Processo Civil**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva. 2006, p.48.

¹⁷ SILVA, Ovídio A. Batista da. **A ação cautelar inominada no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p.121-122.

Em outros termos, o que se quer dizer é que a tutela jurisdicional cautelar deve ser prestada com base em cognição sumária, o que significa dizer que a medida cautelar será deferida ou não conforme um juízo de probabilidade¹⁸.

Apenas o preenchimento do requisito da fumaça do bom direito não abre ensejo à concessão da tutela assecuratória, por isso, o atual sistema exige do autor da demanda a demonstração do receio de lesão ao bem da vida que se quer proteger, trata-se do *periculum in mora*. Verifica-se, pois, o perigo da demora quando o autor demonstra objetivamente, de maneira concreta, o fundado temor de que haja risco de perecimento, destruição ou algo do gênero que tenha o condão de proporcionar a infrutuosidade (*pericolo de infruttuosità*, consoante Calamandrei) do processo principal. Não faria sentido algum que se fosse exigido uma certificação, por parte do julgador, mais criteriosa acerca do direito à cautela, uma vez que, se procedesse assim, poderia levar à ineficácia o processo principal.

No que tange à duração, a ação cautelar, *per si*, não possui a perenidade no tempo, o legislador explicitou no art. 807 do CPC de 1973 a característica de provisoriade inerente a esta espécie de ação, salientando que podem ser revogadas ou modificadas a qualquer tempo. Além do mais, conferida a medida ao promovente, a manutenção de sua eficácia está subordinada a promoção da ação principal, por parte do autor, e o prazo para tal é disciplinado no próprio código de ritos, art. 806, estabelecendo-se trinta dias, contados da data da efetivação da medida assecuratória pelo magistrado. A única exceção se encontra no arresto, que são 30 dias contados a partir do vencimento da obrigação e não da efetivação do provimento cautelar, portanto não há qualquer estabilidade da medida preventiva sem a propositura da ação da qual é vinculada.

Ainda no alude à análise da dinâmica das tutelas de urgência proposta por este trabalho, discorrer-se-á acerca a atuação da parte promovida.

O requerido será citado para contestar no prazo de cinco dias, qualquer que seja o provimento cautelar, típico ou atípico, nos termos do art. 802 do Código Buzaid. Tornando-se revel, presumir-se-ão verdadeiros os fatos alegados pelo requerente, sendo uma sanção legal pelo fato da não apresentação de sua contestação.

A medida cautelar, na atual sistemática, pode ser conferida pelo magistrado de duas formas, como uma sentença (ato final, comum às demais espécies de processo no nosso

¹⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil.** 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 35.

sistema vigente), ou como uma decisão interlocutória. Inconformado com a decisão, cabe ao réu, observando o tipo de decisão que ensejou a tutela conservativa, interpor apelação, no caso de sentença, ou agravo de instrumento, quando decisão interlocutória.

A autonomia atribuída à ação cautelar pelo Código de Processo Civil de 1973 leva, por conseguinte, a procedimento próprio, rito especial, distinto, portanto, do procedimento comum da ação de que é dependente, correndo ambas simultaneamente, sendo apenas o processo cautelar apensado aos do processo principal, nos termos do art. 809, ocasionando duplicidade de ações que, hoje, se verifica desnecessária, causando óbice à celeridade jurisdicional.

Por derradeiro, o término do processo cautelar não dá ensejo à estabilidade conferida pela coisa julgada material, situação jurídica que gera a imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo da sentença, porquanto não foi proveniente de uma cognição exauriente, mas sumária, fundada em um juízo de probabilidade, limitando-se a garantir a efetividade o processo principal, não discute, portanto, o direito substancial. Ademais, sua característica de provisoriação e revogabilidade é incompatível com a inalterabilidade verificada na coisa julgada material, tendo como exceção a sentença que reconhece a prescrição e a decadência.

3.2 DA TUTELA ANTECIPADA

O legislador preferiu acolher a doutrina que apontava para uma duplicidade na sistemática atribuída às tutelas diferenciadas, sob a argumentação de que a finalidade de cada medida, a saber, cautelar e antecipatória, seria distinta: à providência cautelar caberia o encargo de garantir um resultado útil ao processo principal, enquanto a satisfativa teria a função de autorizar uma execução provisória de um possível mérito.

Desta feita, enquanto não adviesse o surgimento de um expediente próprio, capaz de antecipar os efeitos práticos da sentença meritória, a prática forense utilizava-se, sem supedâneo legal, das cautelares denominadas satisfativas.

Com vistas a coibir tais abusos que comprometiam irremediavelmente as garantias do contraditório e da ampla defesa (art. 5º LC, CF 88), resolveu o legislador

infraconstitucional editar a Lei 8.952/94, que alterou o art. 273 do CPC de 1973, estabelecendo o poder geral de antecipação de tutela, ampliando a concessão da medida satisfativa para qualquer procedimento.

Instaurou-se, por conseguinte, disciplina processual e procedural próprios, distintas da prevista para as providências conservativas. Operou-se uma purificação, ao normatizar ritual específico para deferimento destas tutelas de urgência, como a necessidade de uma ação de conhecimento já em curso, a outorga dando-se por decisão interlocatória e impugnável por agravo. Ademais, houve uma modificação substancial nos pressupostos autorizadores, os quais se tornaram mais rigorosos, demandando uma cognição mais apurada, quando comparada com as condicionantes cautelares.

3.2.1 DOS REQUISITOS LEGAIS

Para que tal prestação jurisdicional seja concedida, necessária se faz a demonstração dos pressupostos legais inseridos ao longo do art. 273, que podem ser positivos, ou seja, faz-se mister a demonstração de sua incidência (art. 273, *caput*, I, II e §6º do CPC 1973) ou negativos, em que não se pode vislumbrar sua ocorrência, como é o caso de se verificar a ausência de irreversibilidade dos efeitos do adiantamento para o réu, situação gravada no §2º do dispositivo legal mencionado.

3.2.1.1 DO REQUERIMENTO E DA LEGITIMIDADE

O *caput* do art. 273 do Código Adjetivo exige, para o deferimento da medida satisfativa, o requerimento, em regra, da parte autora, que poderá ser formulado ao longo do trâmite processual, e, até mesmo, enquanto os efeitos da sentença não possam ser empiricamente experimentados, como no caso de uma apelação que tenha recebido no efeito suspensivo. Não obstante não haver prazo para esta solicitação, isso *não quer significar que não existam momentos procedimentais mais propícios à formulação do pedido de*

*antecipação de tutela*¹⁹, imputando a possibilidade de haver preclusão na hipótese de inexistir coerência temporal quando da solicitação da medida de urgência.

Ademais, a exigência legal de requerimento da parte, se faz necessário em face a coerência interpretativa exigida pelo princípio da demanda, todavia a doutrina não é uníssona a esse respeito, havendo quem advogue pela possibilidade da concessão *ex officio* da tutela antecipada.

Desta feita, pela atual sistemática, faz-se essencial que exista uma ação em curso, uma vez que o pleito não poderá se dar de forma preparatória, não havendo, pois, necessidade de procedimento autônomo para se requisitar este tipo de tutela de urgência, o que já a difere da tutela cautelar.

Ainda no que tange ao requerimento, possui legitimidade por excelência o autor da demanda, ai incluído o Ministério Pùblico, quando faça as vezes de requerente, mas isso não obstaculariza o réu, em situações especiais, como na reconvenção e em pedido contraposto, ver deferida em seu favor a medida satisfativa.

3.2.1.2 DA PROVA INEQUÍVOCA E DA VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES

Prova inequívoca é aquela que não deixa dúvida. Se assim, literalmente, fosse interpretada, não se coadunaria com um exercício de conhecimento que exige, pela sua natureza de urgência, cognição sumária, mas sim estaríamos diante de uma situação que levaria o julgador ao julgamento antecipado da lide, visto que não restaria mais dúvida dos fatos nem direito alegado.

O melhor entendimento para a expressão “prova inequívoca” é o de tratar-se de prova robusta, contundente, que dê, por si só, a maior margem de segurança possível para o magistrado sobre a existência ou inexistência de um fato e de suas consequências jurídicas²⁰.

¹⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. Vol. 4, São Paulo: Saraiva. 2009, p. 27.

²⁰ IDEM, p. 12.

Como visto, essa expressão sofre severas críticas por parte da doutrina, sendo preferível compreendê-la como prova robusta, contundente, ou seja, aquela que não tem aptidão para levar a um juízo de certeza, sendo suficiente para sua concessão aquela capaz de levar a um juízo de probabilidade, levando em conta a verossimilhança da alegação.

3.2.1.3 DO PERIGO DE IRREVERSIBILIDADE DOS EFEITOS PRÁTICOS

Tal condicionante se encontra esculpida no §2º do art. 273 do vigente código adjetivo, possui duas particularidades em relação aos demais pressupostos, quais sejam, uma, deve ser demonstrada sua ausência quando da concessão da tutela antecipada, ou seja, é um requisito negativo, e dois, tem por finalidade a proteção da parte ré, e não do autor da demanda.

Pretendeu o legislador, com isso, prevenir abusos por parte dos magistrados, a não banalização dessa tutela diferenciada.

A exigência legal, contudo, deve ser analisada sem rigor excessivo, a fim não conduzir a inocuidade do instituto processual.

Deve, pois, haver a possibilidade do retorno ao *status quo ante* dos efeitos práticos antecipados.

Por fim, este requisito pode, a depender da situação concreta levada a juízo, ser relativizado, afastado. Em face de direitos fundamentais em conflito, invoca-se o princípio da proporcionalidade para repelir esta exigência legal, com o fito de privilegiar o direito provável (pois constatada a verossimilhança do direito alegado por prova inequívoca), em detrimento do improvável. Dá-se, portanto, superioridade a efetividade da tutela, com seu adiantamento, *em prejuízo da segurança jurídica da parte adversária, que deverá suportar sua irreversibilidade e contentar-se, quando possível, com uma reparação pelo equivalente em pecúnia*²¹. Não se cuida, então, de uma condição inafastável, absoluta.

²¹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processo Civil.** 6^a ed. Editora Jus Podivm. 2011.p. 504.

3.2.1.4 DO FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO

Este requisito é específico da modalidade de tutela antecipada assecutória, prevista no art. 273, I, com vistas a debelar a urgência do caso concreto, uma vez que a outra modalidade trata de uma sanção a parte que pratica abusos no direito de defesa ou atos que retardem o andamento processual.

Resta, então, configurado este pressuposto quando se demonstra que a demora no trâmite processual pode ensejar à parte um dano, cujos efeitos são irreversíveis, ou quando dificilmente poderá ser revertido, se vier a acontecer. Portanto, a demora na entrega da prestação jurisdicional definitiva pode ocasionar o perecimento do direito do autor, podendo, ao fim, o processo não surtir os efeitos desejados pelo sistema.

3.2.1.5 DO ABUSO DE DIREITO DE DEFESA OU PROPÓSITO PROTELATÓRIO

Trata-se de outro requisito legal exigido para a concessão de tutela antecipada específica, denominada de sancionatória, nos termos do art. 273, II.

Para que o magistrado defira a presente modalidade de tutela antecipada, necessário se faz estar presente a prova inequívoca da verossimilhança das alegações descritas no *caput* do mencionado dispositivo legal, requisito geral. Assim, tem que se ter em mente que essa espécie não tem como fundamento a urgência, fato que a difere da modalidade assecutória.

O direito em litígio, nesta situação, não está *a priori* correndo risco de perecimento, mas sim a razoável duração do processo, quando o réu, deliberadamente, abusa do direito de defesa, criando embaraços desnecessários e protelando a entrega da prestação jurisdicional definitiva.

Prevendo isso, o legislador muniu o magistrado do poder de sancionar o promovido que decida agir com postura ilícita, postergando os atos processuais.

A parte contrária que desta maneira se comporta faz evidenciar a fragilidade de seu direito, ao mesmo tempo em que revela a robustez e plausibilidade do direito do requerente, assim é a lição de prestigiado processualista:

(...) o art. 273, II, criou uma antecipação de tutela pura, desvinculada dos pressupostos da urgência e do dano e ligada tão-somente à ideia central de que a firme apariência do bom direito, exsurgente das alegações do autor, aliada à desvalia evidente, à falta de consistência na defesa apresentada pelo demandado, autorizam a satisfação antecipada *a fim de que o (aparente) titular de um direito possa de imediato vê-lo (provisoriamente) incorporado ao seu patrimônio jurídico*, salientando, com muita propriedade, tratar-se de uma antecipação de tutela que ostenta um *caráter ético*, que, a seu ver, é mais eficiente que as medidas punitivas dos art. 16 e 18 do CPC²².

Tal posicionamento privilegia princípios constitucionais, como o da economia processual, da duração razoável do processo e da isonomia, ao distribuir o ônus entre as partes da demora processual, vez que não seria razoável que o promovente suportasse todo o trâmite processual para ter na prática o gozo de seu direito (art. 5º, LXVIII, CF/88).

3.2.2 DA FUNGIBILIDADE ENTRE AS MEDIDAS DE URGÊNCIA

Com a edição da Lei Federal nº 10.444/2002, à guisa de mitigar o formalismo, quando da concessão das providências de urgência, foi dado o primeiro passo ao acrescentar o parágrafo 7º à sistemática do poder geral de antecipação de tutela positivado no art. 273 do em voga CPC, instituindo-se a fungibilidade entre as medidas preventivas e as satisfativas.

Não obstante a intenção de facilitar a conversão de um em outra medida, algumas celeumas doutrinárias surgiram ao se questionar se o mecanismo de fungibilidade se daria de “mão dupla” ou não.

Aos que defendem a tese de possibilidade irrestrita, entre eles Humberto Theodoro Júnior, argumenta-se a favor ser esta um atendimento aos reclamos doutrinários, pois não se admite mais um rigor inflexível na concessão de medidas de urgência, uma que se

²² CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela.** 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 35/36.

estar a defender os princípios constitucionais de acesso a justiça e efetividade do processo, ou seja, observa-se o novo modelo de processo constitucional, ademais, o próprio parágrafo faz alusão expressa ao atendimento das respectivas condicionantes, não obstante a fungibilidade tanto progressiva como regressiva, nesse diapasão é a lição de José Roberto dos Santos Bedaque citado por Theodoro Júnior:

A melhor doutrina, destarte, é a que, a respeito do problema, recomenda a solução flexibilizante do procedimento cautelar ou antecipatório, e se justifica com o irrespondível argumento de que “questões meramente formais não podem obstar à realização de valores constitucionalmente garantidos”, como é o caso da garantia de efetividade da tutela jurisdicional²³.

Em sentido diverso, alguns processualistas, tendo como fundamento básico a disposição contida no texto legal do parágrafo em discussão, vislumbram, *a priori*, a fungibilidade regressiva, destacando-se Didier Júnior, Braga e Oliveira, ao não crerem na possibilidade da fungibilidade progressiva pela incompatibilidade procedural e pela falta de permissivo legal que autorize a possibilidade de fungibilidade ritualística.

Ao fim, fica mais acertado defender uma posição intermediária, ao consentir a possibilidade de fungibilidade progressiva, tutela satisfativa à título de tutela cautelar, condicionada à conversão litúrgica do procedimento comum (ordinário ou sumário). Prestigiando, com isso, o princípio da instrumentalidade das formas, ao mesmo tempo em que afasta o formalismo desnecessário, não ficando a parte autora desprotegida por rigores técnicos.

Se a parte requerer medida antecipatória satisfativa via processo cautelar, e o magistrado entender que os seus requisitos estão preenchidos, deve ele conceder a medida, desde que determine a conversão do procedimento para o rito comum...²⁴

Malgrado a argumentação consistente dos que defendem o deferimento da fungibilidade progressiva à condicionante de adaptação do rito, filiamo-nos a primeira corrente por se coadunar à intenção legislativa de atenuar o tecnicismo processual e por prestigiar o atual modelo processual que privilegia os princípios constitucionais.

²³ BEDAQUE *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. II. 41 ed. Editora Forense. 2007, p. 743.

²⁴ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processo Civil**. 6^a ed. Editora Jus Podivm. 2011.p. 486.

4 PROCEDIMENTO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA NA SITEMÁTICA DO PROJETO DE LEI 166/2010.

O legislador sempre demonstrou preocupação no que diz respeito à agilidade na entrega da decisão jurisdicional que compusesse o conflito, daí as alterações pontuais no vigente código adjetivo. Tais alterações sucessivas ocasionaram a perda da identidade original e, por conseguinte, transformou o atual *codex* em um mosaico, ensejando falta de sistematização.

O projeto do novo Código de Processo Civil tem como objetivo inconteste proporcionar uma harmonia contextual, por meio de uma sistematização, e uma quebra no rigor exarcebado das formalidades desnecessárias, que obstacularizam a celeridade processual, provocando um perigo à concretude do direito substancial.

Por essa razão, deseja-se servir a sociedade de um código em harmonia interna e que seja capaz de atender aos anseios de um trâmite mais célere.

(...) da estrutura do Projeto extraí-se, em primeiro lugar, a intenção de se imprimir maior organicidade e simplicidade à normativa processual civil e ao processo (...) Com isto, pretende-se descartar uma processualidade excessiva, desvinculada do objetivo do direito material²⁵.

Conforme se depreende do excerto, intenta-se ressaltar a principal característica do direito processual – sua instrumentalidade – redirecionando a atenção do julgador para o direito substancial.

4.1 DAS MUDANÇAS TOPOGRÁFICAS

Por certo, os juristas responsáveis pela elaboração do Projeto do Novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei 166/2010) primaram pela organicidade e simplicidade, o que já não se vislumbra no vigente, em virtude das constantes alterações por que passara.

²⁵ ALVIM, Arruda. **Notas sobre o projeto de novo Código de Processo Civil.** Revista de Processo, 2011.

A expressiva maioria dessas alterações, como, por exemplo, em 1994, a inclusão no sistema do instituto da *antecipação de tutela*; em 1995, a alteração do regime do *agravo*; e, mais recentemente, as leis que alteraram a execução, foram bem recebidas pela comunidade jurídica e geraram resultados positivos, no plano da operatividade do sistema.

O enfraquecimento da coesão entre as normas processuais foi uma consequência natural do método consistente em se incluírem, aos poucos, alterações no CPC, comprometendo a sua forma sistemática. A complexidade resultante desse processo confunde-se, até certo ponto, com essa desorganização, comprometendo a celeridade e gerando questões evitáveis (pontos que geram polêmica e atraem atenção dos magistrados) que subtraem indevidamente a atenção do operador do direito.²⁶

É verdade, ainda, que a quantidade de livros em que se divide o projeto do *codex* é o mesmo, ou seja, cinco livros, contudo a grande diferença se encontra no realocamento deliberado dos institutos pelos membros da comissão com o fito de se alcançar uma harmonia metodológica no tratamento de cada matéria.

No Código de Processo Civil em vigor, encontra-se cinco livros na seguinte ordem: Livro I, Do Processo de Conhecimento; Livro II, Do Processo de Execução; Livro III, do Processo Cautelar; Livro IV, Procedimentos Especiais; Livro V, Disposições Finais e Transitórias.

Já o Projeto de Lei 166/2010 contém os mesmos cinco livros em sua divisão interna, entretanto disposto da seguinte forma: Livro I, Parte Geral; Livro II, Do Processo de Conhecimento; Livro III, Do Processo de Execução; Livro IV, Processo nos Tribunais e dos Meios de Impugnação; por fim, Livro V, Disposições Finais e Transitórias.

Com efeito, um dos deslocamentos ocorrido *interna corporis* do Direito em Expectativa que merece grande destaque é a das tutelas diferenciadas, uma vez que se resolveu extinguir o livro próprio dispensando ao Processo Cautelar no vigente código litúrgico para realojar as tutelas assecutórias dentro do Livro I, Parte Geral do PLS 166/2010, unificando o tratamento juntamente com as tutelas satisfativas, configurando legalmente espécies do gênero tutelas de urgência.

Houve, portanto, uma aglutinação dessas tutelas diferenciadas dentro de um mesmo título dentro do livro dedicado à Parte Geral, tudo com o escopo de tornar mais

²⁶ EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO PROJETO DE LEI DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – PLS 166/2010

simples e clara a sistemática do código que estar por vir, acentuando, por conseguinte, o seu caráter de instrumentalidade.

Comparativamente com o CPC vigente, a sistematização afigura-se muito mais clara e simplificada, uma vez que: (a) destina um livro específico do Código às normas que compõem a parte geral, conferindo-lhes abordagem correta do ponto de vista metodológico e ressaltando-lhes a importância; (...); (d) deixa de atribuir natureza típica e procedimento específico a determinadas medidas de cunho cautelar, bem como de enquadrar as medidas cautelares no âmbito do *Processo Cautelar*, atualmente disciplinado em livro próprio, assim, a instrumentalidade da tutela de urgência (assim entendidas as medidas antecipatórias e acautelatórias), adequadamente regulada, em conjunto com a tutela de evidência, na *Parte Geral* do Projeto de Novo Código de Processo Civil (arts. 277 a 296 do PLS 166/2010), enquadrando-se como espécies de tutela jurisdicional que se submetem a um procedimento e a princípios comuns.²⁷

Diante desta nova descrição anatômica dispensada pelos elaboradores do projeto, gerou-se como consequência principal a perda do status de processo das tutelas cautelares, senão vejamos sua posição no Código de Processo Civil atual, concomitantemente a uma análise doutrinária:

O processo cautelar foi posto pelo legislador, no CPC, ao lado do processo de conhecimento e do processo de execução. Foi-lhe, portanto, conferido pela lei o mesmo *status* dos outros dois processos. Por isso é que os autores se referem ao processo cautelar como um *tertium genus*. (...) O processo cautelar é autônomo, ou seja, é um outro processo, que nasce com uma petição inicial e termina necessariamente por sentença. Não se trata de um mero incidente de outro processo qualquer²⁸.

Não obstante a perda da condição de terceiro gênero processual, as medidas de conservativas ainda gozam de certa autonomia, que por sinal será ampliada às medidas satisfativas, ao possibilitarem a esta maior independência litúrgica, conforme se verá em tópico próprio.

4.2 DA UNIFICAÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA: BREVE HISTÓRICO

²⁷ ALVIM, Arruda. **Notas sobre o projeto de novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo, 2011, p. 301

²⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 7^a ed. revista e atualizada. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2005. 3^a v., p. 37

A tentativa associar as espécies de Tutela de Urgência sob o mesmo tópico no Direito Processual Civil Brasileiro não é algo principiado pelo Projeto de Código de Processo Civil que tramita no Congresso Nacional, esse sincretismo já é, há algum tempo, objeto de discussões e desejo de processualistas antenados à moderna visão de *Modelo Constitucional de Processo Civil* irradiado pela Constituição Cidadã de 1988, em que a observância das garantias fundamentais se faz imperioso.

A semente da fusão oficial das tutelas de urgência foi lançada pela Lei 10.444/2002, que incorporou ao art. 273 do CPC de 1973 a possibilidade de fungibilidade²⁹ entre as tutelas diferenciadas, admitindo-se, portanto, a estreita ligação entre elas, qual seja, mitigar a iniquidade proporcionada pelo tempo. A doutrina já vinha apontando há tempos pela desnecessidade prática da formação de uma ação cautelar, sublinha-se, *com a devida vênia, que não mais subsistem os motivos, principalmente de ordem doutrinária, que levaram o legislador de 1973 a enquadrar o procedimento das medidas cautelares (...) às culminâncias de um processo autônomo*³⁰, minaram-se as justificativas que outrora deram fundamento a Alfredo Buzaid elevá-la a categoria de terceiro gênero processual ao lado do processo de conhecimento e do processo de execução.

O gérmen, como visto, foi lançado oficialmente na reforma processual de 1994, quando da inserção do §7º do art. 273, consagrando a fungibilidade das tutelas de urgência. Agora, com suporte legal, pode-se pleitear medida cautelar no próprio processo de conhecimento, enfraquecendo o já depreciado e abatido processo cautelar, o legislador pôs em xeque a necessidade de a parte propor um processo cautelar autônomo e preparatória se há a possibilidade legal de fazê-lo de forma incidental, dentro do processo cognitivo.

O tema, contudo, não trouxe paz no âmbito dos juristas, porquanto a doutrina (consoante já apresentado acima) e a jurisprudência ainda divergem no tocante à plenitude ou não da fungibilidade, tendo em vista a tênue diferença entre as espécies, observada na finalidade de cada mecanismo e no seu elenco de requisitos que devem ser preenchidos para o deferimento.

²⁹ § 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. ([Incluído pela Lei nº 10.444, de 2002](#))

³⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Tutela de urgência. Medidas antecipatórias e cautelares. Esboço de reformulação legislativa.** Revista de processo. Ano 2006, v. 31, n. 140, mês OUT.

Materializando essa discordância, colacionam-se as seguintes jurisprudências:

Processo Civil - Ação cautelar - Medida de natureza satisfativa - Fungibilidade progressiva - Inaplicabilidade - Art. 273, § 7º, do CPC - Princípios da instrumentalidade e da economia processuais - Recurso provido.
 273§ 7ºCPCI - O processo cautelar não é o meio idôneo para se conceder medidas de caráter satisfatório; II - A fungibilidade progressiva não encontra respaldo no artigo 273, § 7º, do CPC, uma vez que não se poderá transmudar medida antecipatória em medida cautelar, para alcançar a tutela preventiva, uma vez que não se estará observando os rigores dos pressupostos específicos da antecipação de providências satisfativas do direito subjetivo em análise;
 273§ 7ºCPCIII - Os princípios da instrumentalidade e da economia processuais deverão ser aplicados em consonância com os processos e procedimentos previstos no Código de Ritos Civil, jamais servindo a fungibilidade como justificativa para a criação de procedimentos outros não previstos pelo legislador, tudo em consonância com o estipulado no artigo 295, inciso V, do CPC;
 295VCPCIIV - Recurso que se conhece, para lhe dar provimento..

(2003207369 SE, Relator: DES. JOSÉ ALVES NETO, Data de Julgamento: 27/04/2004, 2ª.CÂMARA CÍVEL)

No mesmo sentido tem-se:

APELAÇÃO - PROCESSUAL CIVIL -FUNGIBILIDADE DE PROCEDIMENTOS -RECURSO PROVIDO I -Presentes os requisitos, o art. 273, § 7º, do CPC, permite a fungibilidade de tutelas de urgência, autorizando o juiz a deferir medida cautelar incidental, requerida a título de antecipação de tutela - e vice-versa. II -Recurso provido para determinar a apreciação do pedido à luz do princípio da fungibilidade inserto no art. 273, § 7º do CPC.
 273§ 7ºCPC273§ 7ºCPC

(320891 RJ 2002.51.01.530004-9, Relator: Desembargadora Federal LILIANE RORIZ, Data de Julgamento: 26/06/2007, SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: DJU - Data:13/09/2007 - Página::129)

Observa-se, então, que a tentativa de aproximação e de criação do sistema único de tutelas de urgência não foi bem recepcionada pela comunidade jurídica no sentido de eliminar a diferença entre os operadores do direito, porque as medidas conservativas e satisfativas ainda permaneciam em tópicos dissemelhantes e com pressupostos distintos, este quiçá o maior entrave.

Ainda seguindo a evolução cronológica na tentativa de positivação unificada das tutelas emergências, tendo por desígnio solucionar esse embaraço processual, corolário da inquietação doutrinária e jurisprudencial que se pode perceber, acarretando prejuízo à parte que necessita de uma medida inadiável, o Instituto Brasileiro de Direito Processual, doravante chamado de IBDP, apresentou proposta de anteprojeto (que sequer chegou a tramitar no Legislativo) em que se modificaria o vigente código de ritos de forma topológica.

O esboço de reformulação alteraria o Livro III do CPC de 1973, hoje intitulado Do Processo Cautelar, para a seguinte redação:

Art. 1º. O Livro III da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, passa a vigorar com a epígrafe Da Tutela de Urgência; o seu Título I com a epígrafe Das medidas cautelares e antecipatórias; o seu Título II com a epígrafe Dos processos de urgência³¹.

Portanto, um dos principais destaques já antecipados nesta proposta de anteprojeto formulado pelo IBDP, à semelhança do que ocorre com o atual projeto do novo CPC, era a tentativa de eliminar a necessidade de um processo cautelar autônomo, que, para os idealizadores deste prospecto, não mais se coadunaria com as propostas principiológicas trazidas pela atual Constituição Federal, adotar-se-ia o mesmo procedimento processual das antecipações de tutela, pondo fim a uma nova relação processual descabida, privilegiando a economia processual, a eficiência e instrumentalidade do processo.

Parece uma demasia, no entanto, na etapa atual de modernização do direito processual – voltado mais à eficiência e à instrumentalidade das atividades processuais do que a considerações apenas de caráter teórico -, qualificar tal função cautelar, que é subsidiária, acessória, como se fora um verdadeiro *tertium genus*, a par do processo de conhecimento e do processo de execução (dos títulos extrajudiciais)³².

A inovação trazida pelo esboço legislativo não se restringia à desconfiguração do Processo Cautelar como terceiro gênero processual, abrir-se-ia a oportunidade de pleitear de modo antecedente ao pedido principal medidas satisfativas, como ocorre com as tutelas conservativas no sistema em voga, pois “*o processo antecedente” abrange tanto as medidas cautelares como as medidas antecipatórias dos efeitos da tutela*³³”.

Ademais, o esboço de reformulação, ora em apreço, foi auduz ao fixar solução para problemas de ordem prática, já ilustrado em exemplo de Lopes da Costa³⁴ em parágrafos anteriores, ao possibilitar *ajuizamento do processo antecedente também no foro onde se encontram os bens objeto da lide (...), mas isso sem firmar prevenção, isto é, sem desviar o processo principal de seu foro natural*³⁵, dispositivo legal que não encontra similar no projeto do novo CPC, que se mostrou tímido neste tema de competência, vez que poderia a idéia ter

³¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Tutela de urgência. Medidas antecipatórias e cautelares. Esboço de reformulação legislativa.** Revista de processo. Ano 2006, v. 31, n. 140, mês OUT.

³² IDEM.

³³ IBIDEM.

³⁴ Imagine-se o devedor domiciliado em Goiás, vendendo o gado que invernou numas pastagens em Minas Gerais. O credor há de requerer o embargo em Catalão, para que o juiz de lá depreque a execução ao de Alfenas, por exemplo. É possível que, ao chegar a precatória, as reses já tenham virado bife.

³⁵ ART. 800. As medidas antecipatórias ou cautelares serão requeridas, quando incidentais, ao juiz da causa; quando antecedentes, no juízo competente para conhecer da ação ou, sem firmar prevenção, no juízo onde ocorra o fato danoso ou onde esteja situado o bem objeto da lide ou da prova.

sido inserida no texto em gestação, sendo mais uma arma em favor da efetividade da prestação da tutela jurisdicional.

Para finalizar este percurso histórico de tentativa de unificação das espécies de tutela cautelar e antecipatórias, ressalta-se que o anteprojeto em análise preferiu continuar com as medidas cautelares específicas, o que não se vera no direito em expectativa – PL nº 8046/2010 - que tramita no Legislativo Federal.

4.3 DA UNIFICAÇÃO PROPOSTA PELO DIREITO EM EXPECTATIVA

A proposta de uniformizar as tutelas de urgência trazidas pelo direito em gestação fez desaparecer o Livro Cautelar, consoante indicado em ponto acima exibido, destinado particularmente às medidas cautelares atípicas e típicas, colocou-se fim à relação processual cautelar autônoma. O projeto mantém alusão apenas às cautelares atípicas, exacerbando-se o poder geral de cautela. Homogeniza-se, com isso, os requisitos ensejadores das medidas de emergência³⁶, põe-se no mesmo nível o grau de cognitividade exigido para a concessão da tutela diferenciada, não havendo, portanto, mais espaço para divergências doutrinárias e jurisprudências, uma vez que se elimina a vigente distinção, que é a exigência de mera fumaça do bom direito para medidas cautelares; e prova inequívoca para medidas de fruição antecipada.

Não obstante a intenção ser simplificar o projeto de direito adjetivo, já há doutrina desaprovando essa aglutinação de requisitos, uma vez que tornou menos enérgico, haja vista as condicionantes serem mais brandas, mormente, por não se exigir mais prova inequívoca que indiquem a verossimilhança das alegações, quando da concessão, outrora mais rigorosa, da antecipação dos efeitos da tutela. Destarte, o projeto, em vez de fixar uma rigidez maior, manteve-se a mesma exigência adotada para as tutelas assecuratórias, passando a exigir-se no projeto do novo código apenas a mera fumaça do bom direito:

³⁶ REDAÇÃO ORIGINAL DO PROJETO DE LEI DO SENADO - PSL Nº 166/2010:

ART. 283. Para a concessão de tutela de urgência, serão exigidos elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

(...) se a referência de similitude se restringisse ao perigo de dano com a demora processual, que é justamente o elemento que identifica ambas como espécies do gênero tutela de urgência, mas nunca com relação à fumaça do bom direito, na qual se vê claramente serem situações distintas pela própria essência dos institutos. (...) logo não podem andar juntas com relação aos pressupostos para a sua concessão, eis que para acautelar os elementos, sem sobra de dúvidas, devem ser menos rigorosos do que para antecipar efeitos práticos do próprio pedido principal³⁷.

Malgrado o excerto pugnar pela inviabilidade de fusão dos requisitos, o traçado apresentado pelo projeto tem o condão de anular de uma vez por todas a oportunidade de erro quando da postulação em juízo da modalidade adequada de tutela emergencial pelo autor, oficializa-se, a partir da sintetização dos pressupostos para a concessão de providência de urgência, a radicalização da fungibilidade, podendo ser operacionalizada em duplo sentido, ou seja, tanto progressiva como regressivamente, pondo, definitivamente, termo à controvérsia doutrinária e jurisprudencial, acima explanada, acerca do tema.

Desta feita, transfere-se o encargo da eleição da medida ao magistrado³⁸, a depender da condição factual manifestada, evita-se, com isso, o indeferimento do pedido por razões técnico-processuais e, por conseguinte, perda de tempo que possa levar à sucumbência do direito substancial alegado.

(...) o que espera o Projeto é que o magistrado, a depender da necessidade concreta de proteção manifestada pelo direito material, defira a medida capaz de atender a tal necessidade, independentemente, da via eleita pela parte para obtenção da providência jurisdicional ou mesmo da própria providência postulada, de asseguração, em sendo o caso de providência satisfativa e, ao revés, de satisfação, em se fazendo mister medida acautelatória, instrumental. É dizer, se o direito deve ter resguardado a possibilidade de sua realização futura, independentemente de ter sido postulada nominalmente tutela antecipada, deve o juiz deferir medida cautelar, por ser a medida adequada, e vice-versa. Postulada, em caráter antecedente, medida cautelar, em sendo o caso de satisfazer-se imediatamente o direito, deve o juiz conceder a antecipação de tutela no lugar da cautelar postulada. Ao unificar os requisitos exigidos para a concessão das medidas de urgência em geral, o Projeto radicaliza a fungibilidade, que, não há mais dúvidas, passa a poder operar em duplo sentido e não mais apenas em mão única, como autoriza a redação do §7º do art. 273 do CPC atual³⁹.

³⁷ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Tutelas de Urgência no Anteprojeto do Novo CPC in DIDIER JR, Freddie; MOUTA, José Henrique; KIPPEL, Rodrigo. **O Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Salvador: Jus Podivm. 2011., p. 244/245.

³⁸ REDAÇÃO ORIGINAL DO PROJETO DE LEI DO SENADO - PSL Nº 166/2010:

Art. 278. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

³⁹ BARBOSA, Andrea Carla . **Direito em expectativa : as tutelas de urgência e evidência no projeto de novo código de processo civil**. Revista de processo . Ano 2011 , v. 36 , n. 194 , mês ABR , p. 246.

Além do mais, abrir-se-á, no direito em expectativa, oportunidade de se pleitear, do mesmo modo como ocorre no processo cautelar, antecedentemente, medida satisfativa, consagra-se o ajuizamento de ação preparatória às tutelas antecipadas, concedendo-lhes base procedural própria nos termos do art. 277⁴⁰.

Por outro lado, há de se deixar claro, conserva-se a oportunidade do pleito emergencial ser requerido incidentalmente⁴¹, a semelhança do que acontece hoje com a antecipação dos efeitos de mérito e com a modalidade incidental de medida conservativa.

Esse sincretismo deu ensejo, também, ao deferimento, de ofício⁴², de antecipação dos efeitos da tutela de mérito, privilegiando uma coerência sistêmica já produzida nas cautelares do código em vigor, sendo outra inovação produzida pelo PLS nº166/2010, à semelhança do que ocorreu no parágrafo anterior.

No que diz respeito à eleição da competência para a apreciação das medidas de urgência antecedente e incidental, permanece a sistemática utilizada atualmente. Sendo preparatória a ação, o juízo competente é o mesmo que conhecerá do pedido principal, há conexão entre a ação antecedente e o requerimento principal. Apesar da intenção inequívoca de se empreender celeridade ao trâmite processual, a comissão elaboradora foi tímida neste aspecto, poder-se-ia ter aberto a possibilidade de se eleger foro concorrente, mormente em situações que exijam medidas cautelares de asseguração da execução, sem, todavia, mantê-lo prevento, o que ensejou crítica da doutrina, vejamos:

O projeto, contudo, nesse aspecto, pecou pelo excesso de rigidez quanto à definição do juízo competente, que é, em razão da natureza absoluta da regra de competência prevista, necessariamente, o mesmo para as ações acessória e principal (Projeto, art. 61). (...) Poderia, em suma, (...) haver flexibilizado a regra de prorrogação também com relação às medidas urgentes preparatórias, pela previsão de foros concorrentes para a ação proposta em precedência à central⁴³

⁴⁰ REDAÇÃO ORIGINAL DO PROJETO DE LEI DO SENADO - PSL Nº 166/2010:

Art. 277. A tutela de urgência e a tutela da evidência podem ser requeridas antes ou no curso do procedimento, sejam essas medidas de natureza cautelar ou satisfativa.

⁴¹ **Art. 294.** As medidas de que trata este Título podem ser requeridas incidentalmente no curso da causa principal, nos próprios autos, independentemente do pagamento de novas custas.

⁴² **Art. 284.** Em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o juiz poderá conceder medidas de urgência de ofício.

⁴³ BARBOSA, Andrea Carla. **Direito em expectativa : as tutelas de urgência e evidência no projeto de novo código de processo civil.** Revista de processo. Ano 2011, v. 36 , n. 194 , mês ABR , p. 257 e 258.

Pelo exposto, não se levou em consideração a singularidade das tutelas de urgência e genericamente optou-se pelo critério comum às demais de definição do juízo competente. Claducou, neste ponto, a comissão de jurista incumbida de elaborar o projeto, não atendendo um desejo antigo e já relatado alhures.

Outra alteração proposta pelo PLS 166/2010 modificará a presente dinâmica do Processo Cautelar, modalidade preparatória, no que tange propositura da ação principal como exigência para a conservação dos efeitos das tutelas de urgência liminar.

No ordenamento procedural vigente, concedida a medida liminar, em sede conservativa antecedente, a parte autora terá o prazo trintídio, contados da efetivação da medida, para propor a ação principal⁴⁴, trata-se de uma condição impositiva que, se não observada, levará a sustação da tutela assecuratória⁴⁵, mesmo não havendo impugnação por parte do demandado. Tal reflexão não atinge as medidas satisfativas, no presente, por esta se dar incidentalmente, ou seja, dentro do processo em que se decidirá por cognição exauriente o mérito do pedido.

O Projeto em trâmite age de maneira oposta, conservando a eficácia da determinação protetiva liminar precedente, mesmo não sendo proposto o pedido principal, através do fenômeno da estabilização⁴⁶ dos efeitos da medida concedida. Trata-se de técnica processual que encontra paralelo no direito alienígena, mormente porque *a novidade encaminhada pelo futuro CPC já é bem conhecida pelo Direito francês e italiano, através dos institutos, respectivamente, referes e do provvedimenti d'urgenza*⁴⁷.

O paradigma adotado pelo projeto do diploma processual tem a intenção de conferir às medidas preparatórias liminares a estabilização de sua eficácia, sem dotá-las de imodificabilidade, *salienta-se a não formação de coisa julgada material, podendo tal*

⁴⁴ Art. 806. Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório.

⁴⁵ Art. 808. Cessa a eficácia da medida cautelar:

I - se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no art. 806;

⁴⁶ Art. 288. *Omissis*

§ 2º Concedida a medida em caráter liminar e não havendo impugnação, após sua efetivação integral, o juiz extinguirá o processo, conservando a sua eficácia. (Grifei).

⁴⁷ FEIJÓ, Arthur Nogueira. Da Estabilização das Medidas Diferidas no Projeto de Lei do Novo CPC in BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. **O Projeto do Novo CPC: Estudos em homenagem ao Prof. Hugo Machado Segundo.** Editora Dyn.Ce. 2012, p.61.

provimento ser alterado mediante cognição exauriente⁴⁸ e sem exigir, para despontar tal efeito, a oferta do pedido principal.

O direito em expectativa, contudo, fixa a funcionalidade do fenômeno em discussão à inércia da parte contrária em se irresignar e à hipótese de concessão *inaudita altera pars* da providência emergencial, consoante extrai-se do art. 282⁴⁹ do projeto do CPC.

O instituto em apreço teria o escopo de inverter o ônus da movimentação processual, o que desestimularia ações temerárias, desafogando o Judiciário.

Portanto, o art. 288 do projeto de CPC concederá às medidas liminares urgentes antecedentes (satisfativa ou conservativa) uma maior firmeza, apenas podendo serem repelidas na hipótese de ajuizamento da ação principal por qualquer das partes envolvidas, configurando uma obrigação legal somente quando impugnada pela parte adversa (art. 282 do projeto), diferentemente do que atualmente ocorre, uma vez que o ingresso da ação principal é ônus da parte autora, independentemente da impugnação ou não da parte contrária, podendo esta ter os efeitos suspensos, caso não se proponha a ação no prazo de 30 dias, contados da efetivação da decisão, conforme dicção do art. 806 do CPC atual.

As tutelas de urgência, na atualidade, são conferidas ou negadas de duas maneiras distintas. Se medida satisfativa, pleito hodiernamente realizado de forma unicamente incidental, será concedida ou negada mediante decisão interlocutória, sendo enfrentada pelo por agravo.

Por outro lado, se tutela cautelar, poderá ser deferida ou não por sentença, quando expedida em Processo Cautelar autônomo, ou por decisão interlocutória, caso o pedido seja realizado incidentalmente dentro do processo principal, sendo o recurso cabível para desafiar a providência jurisdicional, respectivamente, apelação ou agravo.

O projeto do novo *codex* de ritos conserva apenas um dos recursos mencionados para impugnar concessão ou indeferimento de tutela de urgência, independentemente se antes ou no curso do procedimento, *restou mantida a via do agravo⁵⁰* chamado erroneamente ainda

⁴⁸ THEODORO JUNIOR *apud* FEIJÓ, Arthur Nogueira. Op. cit., p.61.

⁴⁹ Art. 282. Impugnada a medida liminar, o pedido principal deverá ser apresentado pelo requerente no prazo de trinta dias ou em outro prazo que o juiz fixar.

⁵⁰ Art. 279. Na decisão que conceder ou negar a tutela de urgência e a tutela da evidência, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

de instrumento, pois no futuro não poderemos ter mais qualquer formação, já que se espera que os autos sejam virtuais⁵¹. Esse estreitamento da via recursal se dá pelo fato de não mais existir a possibilidade de Processo Cautelar autônomo que enseje deferimento da medida deferida por sentença.

As tutelas deferidas, é incontestável, têm como pressuposto proeminente o perigo que a demora na prestação jurisdicional pode ocasionar ao direito substancial do jurisdicionado.

Embora esse fato temporal seja de destaque, o Código de Processo Civil que vige não autoriza, ou melhor, não outorga nenhum privilégio procedural em relação às demais ações. Desta feita, o jurisdicionado ficaria a depender do bom espírito do julgador, haja vista não possuir amparo legal que forneça subsídio à parte a forçar o Estado-Juiz a conceder a tramitação diferenciada.

Ao revés e tendo por consequência o viés instrumentalista do projeto do novel CPC, introduziu-se dispositivo normativo explícito determinando esse procedimento diferenciado aos processos em que tenham sido concedidas tutelas de urgência⁵², *todavia não seria sequer necessária qualquer previsão expressa do anteprojeto nesse sentido, mas como infelizmente não temos cultura de entender as coisas em seu aspecto substancial⁵³*, achou por oportuno o legislador incorporar especificamente no projeto tal previsão garantidora de presteza.

Parágrafo único. A decisão será impugnável por agravo de instrumento.

⁵¹ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Tutelas de Urgência no Anteprojeto do Novo CPC in DIDIER JR, Freddie; MOUTA, José Henrique; KIPPEL, Rodrigo. **O Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Salvador: Jus Podivm. 2011, p 248.

⁵² Art. 275. Tramitarão prioritariamente os processos em que tenha sido concedida tutela da evidência ou de urgência, respeitadas outras preferências legais.

⁵³ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval, *Tutelas de Urgência no Anteprojeto do Novo CPC* in DIDIER JR, Freddie; MOUTA, José Henrique; KIPPEL, Rodrigo. **O Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Salvador: Jus Podivm. 2011, p 248.

5 CONCLUSÃO

O nosso vigente Código de Processo Civil foi elaborado à influência do direito europeu continental.

Naquele momento, o idealizador do CPC de 1973, o então Ministro Alfredo Buzaid, já estava em sintonia com os reclamos da sociedade no que diz respeito à economia e celeridade processual. Tendo por causa essa fonte, surgiu um código que passou *a ocupar posição de destaque entre os similares ligados às raízes do direito europeu continental*⁵⁴.

As mutações ocorridas na sociedade implicaram a intenção de aproximar o diploma processual de 1973 aos tempos atuais, teve início a era das reformas, que perduram até hoje e que ocasionou o afastamento dos padrões idealizado pelos responsáveis do texto original, despindo-o de coerência e sistemática.

Por essa razão, em sua atual configuração, o CPC de 1973 não cumpre o dever constitucional de um Estado Democrático fundamentado no império do Direito, por não permitir aos jurisdicionados meios adequados e acelerado de solução de litígio.

A constância com que os remendos vêm acontecendo, e se entrevê que continuarão a acontecer, cria um clima de incerteza e insegurança, que não é aceitável em nenhum Estado que se pretenda de direito. É conveniente, pois, que a feitura de um moderno e completo Código, que resolva, ou se proponha a resolver, de vez, todos os problemas processuais pendentes, ponha fim à instabilidade reinante e proporcione à sociedade uma legislação moderna, precisa quanto aos seus objetivos, que, mais explicitamente, sejam correlacionadas com o programa constitucional de prestação da tutela jurisdicional, que se mostre literalmente mais claro, conciso, objetivo e prático na sua regulamentação⁵⁵.

À vista dessa atual dissintonia entre o CPC vigente e a sociedade cobiçosa por respostas rápidas e eficientes do Poder Judiciário, os executores do Projeto do Novo CPC primaram por incluir institutos, retirar os ineficientes e reorganizar sistematicamente o direito em expectativa com o intuito de empreender maior funcionalidade ao código, ressaltando, pois, sua característica natural de instrumento jurídico de resolução de conflitos, possibilitando a realização dos valores constitucionais.

⁵⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto . **Algumas polêmicas surgidas após a divulgação do projeto do novo código de processo civil brasileiro.** Revista jurídica. Ano 2010, v. 58 , n. 395 , mês SET , , p. 12.

⁵⁵ IDEM. P. 22.

Ademais, tendo a intenção de proporcionar uma harmonia interna dos institutos, consequentemente tornar-se-á o novel CPC mais simples, facilitando sua operacionalização pela comunidade jurídica, adquirindo *o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo*⁵⁶.

No que tange especificamente ao tema do nosso trabalho, houve uma oficialização do gênero tutelas de urgência, de que são espécies a antecipação de tutela e medidas cautelares, tornando-se o procedimento menos complexo, haja vista a aglutinação da matéria dentro de um só título incluído na Parte Geral do direito em gestação, houve acentuação do instituto da fungibilidade das tutelas diferidas, desapareceu-se o livro dedicado as ações cautelares, optando-se pelo fim do *tertium genus*.

Estabeleceu-se os mesmos requisitos para o deferimento das medidas satisfativas e conservativas, tornando-os menos rígidos, uma vez que se exigirá apenas a demonstração da plausibilidade do direito e de elementos que configurem o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, extingui-se, assim, a exigência da prova inequívoca que convença o magistrado da verossimilhança das alegações.

Estendeu-se a concessão de ofício pelo magistrado das tutelas provisórias, incluindo-se, agora, a possibilidade às de natureza satisfativa do direito material, consoante art. 284 Projeto do Novo CPC.

Além do mais, e na esteira da simplificação, abrir-se-á a possibilidade de concessão de medidas emergenciais em qualquer procedimento antecipatório, e não apenas incidentalmente, como ocorre na antecipação de tutela em voga.

Por fim, as liminares conferidas em sede de urgência foram dotadas de maior estabilidade pelo legislador, quando não haja resistência a medida conferida *inaudita altera pars*, conserva-se a eficácia da medida, sem que fique acobertada pelo manto da coisa julgada.

O projeto, como um todo, reflete um ponto de vista contemporâneo da temática jurídica, qual seja, a observância aos princípios fundamentais da Constituição, especialmente o do devido processo legal, da duração razoável do processo, da efetividade na prestação jurisdicional, da proporcionalidade, da razoabilidade e da economia processual (consubstanciada no fim do procedimento próprio cautelar), fala-se em constitucionalização

⁵⁶ EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

do processo civil ou Processo Civil Constitucional, porque em sintonia com as garantias e direitos do Cidadão.

Direciona-se, com isso, a atenção do magistrado para o cumprimento da lei material, na instrumentalidade do processo e no cumprimento dos objetivos sociais.

O Projeto de Lei nº166/2010 tenta corresponder, como visto, a uma tendência do direito brasileiro, adaptando-o às expectativas dos jurisdicionados, desempenhando, pois, o seu papel principal, que é o de garantidor da paz social.

6 REFERÊNCIAS

A EFETIVIDADE DO PROCESSO E O FUTURO REGIME DAS MEDIAS DE URGÊNCIA. HAVERÁ NECESSIDADE. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasilia/08_444.pdf. Acessado em 12 de abril de 2012.

ALVIM, Arruda . **Notas sobre o projeto de novo código de processo civil.** Revista forense . Ano 2010 , v. 106 , n. 412 , mês NOV/DEZ , páginas 33-48 (34).

_____. **Notas sobre o projeto de novo Código de Processo Civil.** Revista de Processo, 2011.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Notas Sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil.** Disponível em <http://www.arrudaalvim.com.br/Site/visualizar-artigo.php?artigo=2&data=14/03/2011&título=notas-sobre-o-projeto-de-novo-código-de-processo-civil>. Acessado em 05 de janeiro de 2012.

ARAÚJO, José Henrique Mouta; DIDIER JR., Fredie; KLIPPEL, Rodrigo. **O Projeto do Novo Código de Processo Civil - Estudos Em Homenagem Ao Professor José de Albuquerque Rocha.** Editora Juspodivm, 2011.

BARBOSA, Andrea Carla . **Direito em expectativa : as tutelas de urgência e evidência no projeto de novo código de processo civil.** Revista de processo . Ano 2011 , v. 36 , n. 194 , mês ABR , páginas 243-275.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo,** São Paulo: Malheiros, 1995.

BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. **O Projeto do Novo CPC: Estudos em homenagem ao Prof. Hugo Machado Segundo.** Editora Dyn.Ce. 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil.** Vol. 4, São Paulo: Saraiva. 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil.** 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARNEIRO, Athos Gusmão . **Tutela de urgencia. Medidas antecipatórias e cautelares. Esboço de reformulação legislativa.** Revista de processo . Ano 2006, v. 31, n. 140, mês OUT , páginas 72-85.

_____. **Da antecipação de tutela.** 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

COÊLHO, Marcus Vinícius Furtado . **O Anteprojeto de código de processo civil : a busca por celebreidade e segurança.** Revista de processo . Ano 2010 , v. 35 , n. 185 , mes JUL , páginas 145-150.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da, **Medidas Preventivas**, 2^a ed., 1958.

DESTEFENNI, Marcos. **Curso de Processo Civil.** Vol. 1. São Paulo: Saraiva. 2006.

DIDIER JR, Fredie; MOUTA, José Henrique; KIPPEL, Rodrigo. **O Projeto do Novo Código de Processo Civil.** Salvador: Jus Podivm. 2011.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processo Civil.** 6^a ed. Editora Jus Podivm. 2011.

FUX, Luiz . **A Tutela antecipada nos tribunais superiores.** Revista de direito Renovar . Ano 2002 , n. 24 , mês SET/DEZ , páginas 19-24.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro.** v.3. 16^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MACHADO, Fabio Cardoso . **Condições de fungibilidade entre medidas cautelares e antecipatórias.** Direito & justiça : revista da Faculdade de Direito da PUCRS . Ano 2004 , v. 30 , páginas 15-26 .

SARAIVA, Raquel Carolina Palegari . **Fungibilidade entre as tutelas de urgência : cautelar e antecipada (reflexão sobre o parágrafo 7º do artigo 273, do código de processo civil.)** Scientia iuris : revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL . Ano 2008 , v. 12 , páginas 55-70.

SILVA, Ovídio A. Batista da. **A ação cautelar inominada no direito brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 1992.

SPADONI, Joaquim Felipe . **Fungibilidade das tutelas de urgência.** Revista de processo . Ano 2003 , v. 28 , n. 110 , mês ABR/JUN , páginas 72-94.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Algumas polêmicas surgidas após a divulgação do projeto do novo código de processo civil brasileiro.** Revista jurídica. Ano 2010, v. 58 , n. 395 , mês SET , páginas 11-41.

Curso de Direito Processual Civil. Vol. II. 41 ed.
Editora Forense. 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim . **Anotações sobre a efetividade do processo.** Revista dos tribunais . Ano 2003 , v. 92 , n. 814 , mês AGO , páginas 63-70.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil.** 7ª. ed. revista a atualizada. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2005. 3ª v.

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