



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Laio Verbeno Sathler

**O RAZOÁVEL TEMPO DO PROCESSO E A ANTECIPAÇÃO DA
TUTELA COMO REMÉDIO PROCESSUAL**

VOLUME 1

Dissertação no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito, área de Ciências Jurídico-Civilísticas, Menção em Direito Processual Civil, orientada pelo Professor Doutor Luís Miguel de Andrade Mesquita e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Julho de 2019



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Laio Verbeno Sathler

**O RAZOÁVEL TEMPO DO PROCESSO E A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA
COMO REMÉDIO PROCESSUAL**

Julho de 2019

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, que me permitiram existir. Que envidaram todos os esforços para nada me faltar e sempre ter acesso à educação e cultura. Meu amor por vocês é eterno. A vocês devo tudo.

Às minhas irmãs e sobrinhos, que são minha eterna conexão com o passado e sempre serão meu presente e futuro.

Ao amigo, professor e mestre Rodrigo Bassette Tardin, a quem tenho espelhado nas virtudes e tanto admiro o profissionalismo que exerce o múnus de educador e advogado.

Ao professor Doutor Luís Miguel de Andrade Mesquita, a quem devo a orientação deste trabalho e que durante suas aulas pude aprender através de sua genialidade que a simplicidade pode ser um meio processual de eficácia se utilizada com sabedoria.

À Universidade de Coimbra, desde os professores, auxiliares, bibliotecários e colaboradores, sejam da cantina, secretaria ou de qualquer outro Departamento. Aqui me senti acolhido, mesmo tão longe da casa.

Aos amigos que se tornaram família, especialmente Vanessa, Gabriel Júnior e Gabriel Alberti. Vocês foram meu melhor presente. Minha eterna lealdade e afeto.

*“O mundo é para quem nasce para o conquistar
E não para quem sonha que pode conquistá-lo, ainda que tenha razão.”*

Fernando Pessoa

SATHLER, Laio Verbeno. O razoável tempo do processo e a antecipação da tutela como remédio processual. 79 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019.

Resumo:

O objetivo geral do presente é desenvolver o instrumento da tutela antecipada, para então verificar sua possibilidade de se estabelecer como remédio processual frente as dificuldades temporais encontradas no processo civil brasileiro. Para chegarmos à conclusão foi preciso uma abordagem nos instrumentos constitucionais que iluminam o processo civil brasileiro, abarcando uma diferenciação entre regras e princípios com a adoção de um dos modelos teóricos como norte para este estudo e ainda a diferenciação sistemática da natureza jurídica de processo e procedimento para uma fundamental compreensão do atual modelo adotado pela processualística brasileira. O estudo delimitou-se entre a promulgação do Código de Processo Civil de 1973 até os dias de hoje com a vigência do Código de Processo Civil promulgado em 2015. A fundamentação teórica está na legislação e nos principais doutrinadores brasileiros com uma breve exposição da visão italiana, alemã e portuguesa da aplicação dos instrumentos antecipatórios. A metodologia científica utilizada foi uma pesquisa explicativa com base nas diversas fontes encontradas (livros, manuais, artigos de revista etc). A conclusão deste trabalho após avaliação dos métodos apresentados foi a conclusão da tutela antecipada como remédio processual frente sua eficácia na justiça brasileira.

Palavras-chave: tutelas provisórias, tutela de urgência, tutela de evidência, razoável duração do processo;

Abstract:

The general objective of the present is to develop the instrument of early protection, and then verify its possibility of establishing itself as a procedural remedy against the temporal difficulties encountered in the Brazilian civil process. In order to reach the conclusion, an approach was necessary in the constitutional instruments that illuminate the Brazilian civil process, including a differentiation between rules and principles with the adoption of one of the theoretical models as north for this study and also the systematic differentiation of the legal nature of process and procedure for a fundamental understanding of the current model adopted by Brazilian proceduralists. The study was delimited between the enactment of the Code of Civil Procedure from 1973 to the present day

with the validity of the Code of Civil Procedure promulgated in 2015. The theoretical foundation is in the legislation and the main Brazilian doctrinators with a brief exposition of the Italian view , German and Portuguese of the application of the anticipatory instruments. The scientific methodology used was an explanatory research based on the different sources found (books, manuals, magazine articles etc). The conclusion of this work after evaluation of the methods presented was the conclusion of the early protection as a procedural remedy against its effectiveness in the Brazilian justice system.

Keywords: provisional guardianship, guardianship of urgency, guardianship of evidence, reasonable duration of the process;

LISTA DE ABREVIATURAS

CPC – Código de Processo Civil

CPC/73 – Código de Processo Civil Brasileiro de 1973

CPC/15 – Código de Processo Civil Brasileiro de 2015

TJ – Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal de Justiça

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

Introdução.....	10
Capítulo 1. Princípios como estrutura fundamental ao processo civil.....	12
1.1 Princípios e regras em Robert Alexy.....	12
1.2 Princípios e regras em J.J. Canotilho.....	17
1.3 Princípios e regras em Humberto Ávila.....	19
1.4 Teoria de Robert Alexy como base ao objeto de estudo.....	21
1.5 Modelo processual civil brasileiro.....	22
1.6 Natureza jurídica de processo e procedimento.....	22
1.7 Princípio da razoável duração do processo.....	25
Capítulo 2. O processo cautelar e a antecipação da tutela no código de processo civil de 1973.....	29
2.1 Código Buzaid.....	30
2.1.1 Processo cautelar no CPC/73.....	31
2.1.1.1 Dos requisitos para instauração do processo cautelar.....	33
2.1.1.2 Classificação das medidas cautelares.....	34
2.1.2 Antecipação da tutela no CPC/73.....	36
Capítulo 3. Antecipação da tutela no novo código de processo civil brasileiro	
3.1 Da natureza da tutela provisória: urgência ou evidência.....	42
3.1.1 Das espécies de tutela provisória: antecipada ou cautelar.....	43
3.1.2 Da forma de requerimento da tutela provisória: antecedente ou incidental.....	46
3.1.3 Da competência.....	47
3.2 Da tutela de urgência.....	48
3.2.1 Probabilidade do direito.....	49
3.2.2 Perigo da demora.....	50
3.2.3 Reversibilidade da tutela provisória satisfativa.....	52
3.2.4 Tutela de urgência satisfativa (antecipada) em caráter antecedente e a sua estabilização	
3.2.5 Tutela de urgência cautelar em caráter antecedente.....	56
3.2.6 Fungibilidade das tutelas de urgência.....	59

3.3 Da tutela de evidência.....	61
3.3.1 Tutela de evidência quando caracterizado abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte.....	63
3.3.2 Tutela de evidência fundada em prova documental e precedentes obrigatórios.....	64
3.3.3 Tutela de evidência em caso de pedido reipersecutório.....	66
3.3.4 Tutela de evidência em caso de prova documental adequada pelo autor e ausência de prova razoável pelo réu.....	66
4. Direito Comparado.....	68
4.1 Código de processo civil italiano.....	68
4.2 Código de processo civil alemão.....	70
4.3 Código de processo civil português.....	71
Considerações Finais.....	73
Referências Bibliográficas.....	76

INTRODUÇÃO

O presente estudo busca demonstrar o instituto da antecipação da tutela como instrumento de resolução temporal de pretensões discutidas em juízo, sob a luz do princípio da razoável duração do processo.

A garantia de um processo justo, que satisfaça os litigantes (ou aquele que melhor demonstra ter o direito), deve ser uma preocupação do judiciário. Aprimorar instrumentos que possam viabilizar um processo mais célere é um desafio para os processualistas, que esbarram sempre em proteção de direitos fundamentais que não devem ser mitigados em detrimento da obtenção de um resultado rápido ou a qualquer custo.

Com base nesta preocupação, estudar a antecipação da tutela sob um viés processual, mas também principiológico, é a nossa tarefa. Neste trabalho, inicialmente, nos ocuparemos brevemente de diferenciar regras e princípios, com base nos estudos de Robert Alexy, J.J. Canotilho e Humberto Ávila, com o intuito de um estreitamento dos fundamentos constitucionais frente ao direito processual. Esta será a base teórica para formação da compreensão do princípio da razoável duração do processo e sua instrumentalização no ordenamento jurídico brasileiro, passando, ainda, por uma perfunctória diferenciação entre processo e procedimento.

A seguir, trataremos do surgimento do instrumento da antecipação da tutela no direito brasileiro, desde o Código de Processo Civil de 1973 até a substituição por um novo texto no ano de 2015; e apresentaremos as principais mudanças que o instituto trouxe para a operacionalização do direito, provando sua eficácia, diante da jurisprudência e a visão dos mais relevantes doutrinadores sobre o tema.

Apesar de não ser objeto deste estudo, mas não menos importante, será realizada uma exposição de como o instituto está legislativamente previsto em outros sistemas estrangeiros, principalmente, Portugal, Itália e Alemanha.

Não será o objetivo deste trabalho esgotar o tema. Esta seria uma pretensão impossível diante de um sistema processual que está em constante mudança e evolução. Entretanto, apresentaremos um estudo estruturado sobre a antecipação da tutela e seus efeitos que remédiam as delongas procedimentais, seja na concessão das medidas acautelatórias ou satisfativas ao afastar a necessidade de exauriência do processo.

Salienta-se que a sumariedade do procedimento não exime as garantias fundamentais, porém, transcende as barreiras formalistas para garantir a eficácia do direito, principalmente por possibilitar acolhimento da pretensão contemporânea à necessidade do jurisdicionado ou garantir que direitos não sejam maculados durante o demorado curso do processo.

Assim sendo, reconhecer a tutela antecipada como instrumento garantidor do princípio da razoável duração do processo é remediar as dores advindas por um processo moroso e burocrático, sendo, portanto, o combate ao formalismo jurídico uma luta constante, onde o procedimento jamais deverá sobrepor o direito das partes.

CAPÍTULO 1. PRINCÍPIOS COMO ESTRUTURA FUNDAMENTAL AO PROCESSO CIVIL

Após o nascimento da diferenciação entre regras e princípios criada por Dworkin, outros doutrinadores lastreados em sua teoria aprimoraram este estudo. O mais difundido na doutrina brasileira é a “Teoria dos Direitos Fundamentais”, de Robert Alexy. Entretanto, outros autores possuem relevância e conhecê-los tornará possível entender a aplicação dos princípios como base do processo civil brasileiro.

O estudo dos princípios é fundamental para a compreensão da existência e validade dos institutos jurídicos, como afirmado por Gallupo (1999):

O estudo dos princípios jurídicos é um velho tema da Filosofia e da Teoria do Direito, e compreender corretamente como eles são aplicados, em especial pelos tribunais, não é importante apenas do ponto de vista técnico do operador jurídico, como também para lançar luzes sobre o fundamento ético do direito moderno.¹

Desta perspectiva, além de traçarmos linhas sobre os estudos de Robert Alexy, trataremos também de estudar os autores J.J. Gomes Canotilho e Humberto Ávila, dada a importância de suas contribuições para a sistematização dos princípios na doutrina mundial e, especificamente, sua aplicabilidade no Brasil.

Expostas as diferentes posições doutrinárias, e após a complementação da devida diferenciação entre processo e procedimento, uma delas será escolhida para que, sem a pretensão de exaurir o tema, seja a mais adequada para um suporte interpretativo ao princípio da razoável duração do processo e, posteriormente, os meios adequados para se efetivá-lo, especialmente por meio das tutelas antecipatórias.

1.1 PRINCÍPIOS E REGRAS EM ROBERT ALEXY

O jurista e filósofo alemão Robert Alexy desenvolveu sua teoria de direitos fundamentais sob forte influência do inglês Ronald Dworkin, racionalizando o estudo a partir de seus conceitos. Porém, em certa altura sofisticou-se uma estrutura teórica que antes era apenas um pensamento intuitivo de seu criador. Assim, entender a proposta dworkiana é primordial para explicar a teoria dos princípios fundamentais, analiticamente estruturada por Alexy.

¹ GALUPPO, 1999: 139

Dworkin pensou o sistema de diferenciação de regras e princípios, dentro daquilo que é compreendido como norma, em dois modelos. O primeiro modelo baseia-se na teoria do tudo ou nada (*all or nothing*), portanto, liga-se à ideia de regras:

[...] as regras são aplicáveis à maneira de tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ele fornece deve ser aceita, ou não é válida [...]²

O segundo modelo traz no seu bojo a ideia de peso (*dimension of weight*), característica não existente nas regras, mas que se incorpora aos princípios, ou seja, a importância ou peso levará a interpretação do melhor caminho a seguir no caso em concreto, observando, principalmente, a precedência de um princípio face a outro e aplicando uma regra de ponderação:

[...] Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que a outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem e o quão importante ele é.³

A aplicação de uma regra ou um princípio será determinada conforme o caso. Nos chamados casos difíceis (*hard cases*)⁴ a mera aplicação padrão (*standard*) da norma como regra não será suficiente para dirimir o conflito ou discussão jurídica. Nestes casos, os princípios servirão como método normativo, onde o direito será colocado num patamar mais amplo, trazendo à tona questões que geralmente não são levadas em consideração em um caso fácil.

Dworkin defende um sistema de normas onde *regras* conflitantes não podem coexistir. Assim, um eventual conflito entre elas deverá ser resolvido por critérios objetivos, hierarquizados:

Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão

² DWORKIN, 2007: 39

³ DWORKIN, 2007: 42-43

⁴ “[...] os casos difíceis estão localizados naquelas hipóteses em que o Direito positivo não oferece solução (hipótese de lacuna) ou então a solução apresentada não é condizente com os padrões de justiça socialmente adotados pela comunidade. (CADEMARTORI, Luiza Valente, 2005: 215-228)

precedência à regra promulgada pela autoridade superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero [...].⁵

No plano dos princípios Dworkin, à contrassenso das regras, afirma que estes não serão associados ao formalismo o positivismo jurídico⁶, mas, como já dito anteriormente na aplicação empírica, aos *hard cases*. Sua aplicação será conforme o caso, em que na ausência de norma específica, necessário se faz uma interpretação extensiva dos princípios para além dos existentes de forma estrita, mas numa extensividade axiológica-política.

A colisão entre princípios se resolve pela regra da ponderação, medindo a força relativa de cada um e aplicando aquele que trará a pacificação para o caso em concreto. Porém, quando colocados em colisão, não significa que um princípio anulará o outro apenas para aquele caso, pois haverá uma prevalência de um deles.

A primazia de um princípio não expurga do mundo jurídico o princípio oposto; O que ocorre de forma diversa com as regras quando se conflitam. Se uma delas se coloca sobre a outra, necessariamente, a oposta deixa de existir. Portanto, para Dworkin, a colisão dos princípios se resolve na *dimensão de peso* e o embate de regras se resolverá no *plano da validade*.⁷

Diante desta perspectiva, saber qual princípio prevalecerá no caso concreto exigirá um sopesamento da razoabilidade de aplicação, sob a análise da força empregada na fundamentação contra a capacidade de satisfação que aquele princípio é capaz de empregar.

Alexy baseou seus estudos nesta diferenciação entre regras e princípios inicialmente pensada por Dworkin. Para o autor a “distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais”⁸ e a precisa sistematização da diferenciação dos conceitos valorará os fundamentos constitucionais como normas e não meras sugestões na aplicação direta da norma, de modo que toda norma é um princípio ou uma regra, sendo estas duas as espécies da primeira:

⁵ DWORKIN, 2007: 42

⁶ [...] o Direito não é senão um sistema de preceitos que se concatenam, a partir da Constituição, que a norma fundamental manda cumprir, até aos contratos privados e às sentenças. Desse modo, a concepção kelseniana redundava em um monismo normativista, do ponto de vista da atividade jurisprudencial. Consiste essa doutrina em dizer que para o jurista a realidade não pode ser vista a não ser como um sistema de normas que se concatenam e se hierarquizam. Todo mundo jurídico não é senão uma sequência de normas até atingir, sob forma de pirâmide, o ponto culminante da norma fundamental, que é ‘condição lógico-transcendental’ do conhecimento jurídico. (REALE, 1996: 476)

⁷ DWORKIN, 2007: 27

⁸ ALEXY, 2008: 85

Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.⁹

Apesar de doutrinariamente existirem diversas teorias para se diferenciar regras e princípios, Alexy, em sua obra, discorreu sobre três delas e entendeu que apenas uma é correta: a que distingue regras e princípios como uma diferença qualitativa.¹⁰ Para tanto, conceituou os princípios como *mandados de otimização* que, como tais, devem ser aplicados em medida máxima da proporcionalidade mediante as possibilidades reais e jurídicas, mesmo que isso os coloque em rota de colisão com princípios opostos, nas palavras do autor:

Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.¹¹

Alexy é um combatente do positivismo jurídico, porém, não conseguiu evitar que a discricionariedade judicial na figura do juiz fosse o agente classificador dos casos fáceis ou casos difíceis. Assim como, inevitavelmente, a diferenciação entre regras e princípios também deverá por ele ser feita utilizando-se da técnica da ponderação.

Posto isso, resta claro que a diferenciação entre regras e princípios é necessária para uma expansão da interpretação das normas de maneira meramente positivista para uma visão principiológica, o que permitirá uma ponderação entre princípios para a melhor adequação daquela norma a um caso específico. Assim sendo, a teoria de Alexy poderá ser base para toda a extensividade das normas que, posteriormente, poderão ser evoluídas e terem seu entendimento positivados como regras, ou mesmo permanecerem amplas e serem interpretadas como mandados de otimização, permitindo, dessa forma, que o direito seja racionalizado de maneira dinâmica e sempre focando no caso concreto.

Os princípios sempre que colocados em rota de colisão deverão sofrer a aplicação da técnica da ponderação. Neste sentido, imaginemos o direito à liberdade de pensamento *versus* o direito à proteção da imagem. Caberá ao juiz aplicar a técnica para, no caso real, determinar qual direito deve prevalecer, como aplicado pela jurisprudência brasileira:

EMENTA: APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. REPORTAGEM JORNALÍSTICA. CONFLITO DE PRINCÍPIOS. DIREITO A LIBERDADE

⁹ ALEXY, 2008: 87

¹⁰ ALEXY, 2008: 90

¹¹ ALEXY, 2008: 90-91

DE PENSAMENTO. DIREITO A PROTEÇÃO À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE. PONDERAÇÃO DE INTERESSES. USO INAUTORIZADO DE IMAGEM. AUSÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO. DANO CONFIGURADO. FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO EM CONCRETO. O conflito entre princípios deve ser resolvido pela aplicação da técnica de ponderação de interesses de Robert Alexy, a qual preleciona que, em juízo de ponderação, deve prevalecer o princípio que melhor tutelar a dignidade da pessoa humana, tendo em vista as particularidades do caso em concreto. Em se tratando de conflito entre princípios de envergadura constitucional, como o da liberdade de pensamento e o da proteção à imagem, honra e intimidade, originário de publicação de reportagem jornalística, deve-se aferir se aquele foi exercido com excesso ou abuso, de modo a configurar calúnia, injúria ou difamação, ou seja, se ultrapassou o interesse jornal. No caso, a utilização de foto da parte autora na reportagem publicada no periódico réu não tinha qualquer finalidade jornalística de interesse público, pois a matéria se tratava do falecimento de seu genitor, sendo despropositada a veiculação da imagem de sua filha para tanto. Sendo a responsabilidade em discussão de cunho extracontratual, necessário à constatação da presença dos quatro requisitos inerentes ao surgimento do dever de indenizar para que a parte ré seja condenada a tanto, quais sejam: do dano, a culpa, o ato ilícito e o nexo de causalidade. No caso, houve o preenchimento de todos os requisitos, pois o uso da imagem da criança foi inautorizado e não tinha qualquer utilidade jornalística. A fixação do quantum a ser solvido a tal título deve ser feita com lastro nas circunstâncias do caso em concreto e em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.¹²

Na continuidade exemplificativa existem casos na jurisprudência brasileira em que os tribunais têm decidido a favor de pacientes que necessitam de tratamento de saúde em face do Estado, ou de instituições privadas que não proveem o tratamento adequado ou imediato. Reiteradamente, quando colocada em rota de colisão a vida em face de qualquer princípio - seja proteção à coletividade (quando tem o Estado como Réu) ou mesmo contrato (quando tem um particular como Réu) - o princípio constitucional da vida tem prevalecido e o autor tem obtido tutela para ter tratamento. Esse e diversos outros exemplos podem trazer a realidade da importância da teoria de Alexy frente ao constitucionalismo processual.

Importante ressaltar que o direito processual terá sempre como um de seus pilares os princípios fundamentais e constitucionais e que, na sua aplicabilidade em casos concretos, se valerá tanto das regras quanto da ponderação dos princípios. A exemplo, dentro da dogmática de nosso estudo, a antecipação da tutela colocará em rota de colisão, dentre outros, mas evidentemente, os princípios do contraditório e da ampla defesa frente ao princípio da duração razoável do processo. Por isso, não podemos deixar de frisar a seriedade da compreensão da teoria dos direitos fundamentais.

¹² TJ-MG - AC: 10459150017398001 MG, Relator: Amauri Pinto Ferreira, Data de Julgamento: 07/02/2019, Data de Publicação: 19/02/2019

1.2 PRINCÍPIOS E REGRAS EM J.J. CANOTILHO

O jurista português J.J. Canotilho, catedrático da Universidade de Coimbra, desenvolveu seu estudo constitucional na premissa de um sistema normativo aberto de regras e princípios.

Para o autor, as normas possuem funções e formas diversificadas (*multifuncionalidade das normas constitucionais*)¹³, e devem ser classificadas como gêneros, sendo os princípios e regras suas espécies. Para além, sistematizou os princípios e sugeriu sua classificação conforme alguns critérios, tornando a tarefa de distinção menos (ou mais) complexa, analisada da seguinte maneira:

- a) grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida;
- b) grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta;
- c) carácter de fundamentabilidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito);
- d) ‘proximidade’ da ideia de direito: os princípios são *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (Dworkin) ou na ideia de direito (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional;
- e) natureza normogenética: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.¹⁴

Os princípios caracterizam-se por serem vagos e indeterminados e por sua natureza precisarão de critérios de diferenciação para serem aplicados, diferentemente das regras, por serem precisas, aplicar-se-ão diretamente ao caso.

Dentro do sistema de fontes do direito os princípios ocupam - devido sua posição hierárquica - função essencial no ordenamento jurídico, ou mesmo, formam o próprio conjunto legal, pois serão eles que darão sustentabilidade na formação das regras ou sua aplicabilidade.

¹³ CANOTILHO, 2003: 1159

¹⁴ CANOTILHO, 2003: 1160-1161

Os princípios também serão diferenciados em jurídicos e hermenêuticos. Sendo os princípios jurídicos entendidos apenas como acessórios - aplicados para suprir lacunas interpretativas nos dispositivos legais - e os princípios jurídicos efetivamente como normas que se diferenciarão das regras, classificados como gênero que são.

As regras possuem caráter imperativo, ou seja, permitem ou impedem a possibilidade de uma conduta. Já os princípios são extensivos, pois concedem uma análise casuística, condicionando hipóteses para então definir se a conduta é legal.

A existência apenas de regras tornaria o sistema jurídico limitado por uma racionalidade prática em que o legalismo fixaria as premissas para as regras jurídicas, eliminando qualquer possibilidade de extensividade interpretativa, na qual os conflitos e o balanceamento de valores e interesses necessários para uma sociedade pluralista e aberta não teriam espaço. Por outro lado, um sistema exclusivamente composto por princípios seria ineficaz e instável. A impossibilidade de delimitação precisa da lei tornaria todo o modelo legal passível de interpretações não exaurientes, logo, incapaz de promover soluções práticas.

A teoria de ponderação ilustrada pela obra de Canotilho tem sido utilizada como referência na jurisprudência brasileira. Podemos vê-la inclusive nas decisões dos tribunais:

DANOS MORAIS. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. LIDE ENTRE EMPRESAS JORNALÍSTICAS CONCORRENTES, MOTIVADA POR PUBLICIDADE LEVADA A EFEITO PELO PERIÓDICO RÉU. IMAGEM E ALUSIVA À PARTE AUTORA, ASSOCIADA A FRASE DEPRECIATIVA DE SUA CONDUTA (INSINUAÇÕES CONTRÁRIAS À LISURA DE SUAS PUBLICAÇÕES). ABUSO CONFIGURADO. LESÃO À HONRA OBJETIVA DA PESSOA JURÍDICA AUTORA. DANO MORAL CARACTERIZADO. DEVER DE REPARAÇÃO QUE SE IMPÕE. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO .º CONHECIDO E PROVIDO. Opostos embargos de declaração, foram rejeitados. A requerida interpôs recurso especial fundamentado na alínea c do permissivo constitucional, apontando dissídio jurisprudencial acerca da inexistência de danos morais decorrentes da publicação de matéria jornalística. Sem contrarrazões. O Tribunal de origem negou seguimento ao recurso sob o fundamento de incidir a Súmula 7/STJ. Irresignada, a recorrente apresenta agravo refutando o óbice apontado pela Corte estadual. Contraminuta não apresentada. Brevemente relatado, decido. No tocante à inexistência de conduta ilícita a ensejar o dano moral, a questão não é nova e diz respeito à colisão entre garantias fundamentais previstas na Constituição da República: de um lado, a liberdade de expressão, e de outro, a proteção dos direitos da personalidade. Desde o juízo de primeira instância, constata-se que o tema em desfile tem sido debatido conforme duas perspectivas de análise. A primeira enfatiza os relevantes direitos de expressão e manifestação de pensamentos, caracterizando um verdadeiro Estado Democrático de Direito, elucidando que tais direitos devem ser abrangentes, porém exercidos com responsabilidade. A segunda destaca a importância dos direitos da personalidade, também suscetíveis de

proteção em relação à pessoa jurídica. Dessa forma, embora a liberdade de expressão mereça proteção, não pode seu exercício ultrapassar as barreiras estabelecidas pelas demais garantias fundamentais. É dizer, a despeito de a "Bíblia Política do Estado" assegurar o direito à livre expressão - e também de informação -, quem desbordar dos postulados da correção e da imparcialidade será responsável pelos danos causados em decorrência do seu exercício, notadamente quando afetar outros direitos também protegidos pelo constituinte (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra. Almedina. 2010. p. 59). O Superior Tribunal de Justiça, à procura de solução que melhor se ajusta às reflexões precedentes, estabeleceu, para situações de conflito entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, entre outros, os seguintes elementos de ponderação: a) o compromisso ético com a informação verossímil; b) a preservação dos chamados direitos da personalidade, entre os quais incluem-se os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; e c) a vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (*animus injuriandi vel diffamandi*)¹⁵

Fica claro, que para Canotilho, a convergência de regras e princípios, com precisa diferenciação entre si, apesar de complexa, é necessária. Para o autor, os princípios constituem *exigências de otimização*, ao permitirem o balanceamento de valores e interesses consoante seu peso e a ponderação de outros princípios, que mesmo conflitantes, poderão ser objeto de ponderação. Já as regras, obedecem a lógica do *tudo ou nada*, em outras palavras, passarão pelo crivo da validade, onde a prevalência de uma regra deve ser imperativa e cumprida em sua integralidade; não sendo ela válida, deverá ser substituída por outra, não permitindo a sua coexistência com outra conflitante.¹⁶

1.3 PRINCÍPIOS E REGRAS EM HUMBERTO ÁVILA

O autor e doutrinador brasileiro Humberto Ávila inovou na diferenciação dos princípios e regras. Até então, o que era uma teoria dicotômica, com seu estudo, tornou-se um espectro tricotômico que, para além das duas, incluiu também como espécie os *postulados*. A distinção da norma em regras e princípios não perdeu sua importância, sendo possível extrair em sua obra uma diferenciação clássica das comumente empregadas na doutrina:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção

¹⁵ cf. REsp n. 801.109/DF, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 12/6/2012, DJe 12/3/2013

¹⁶ CANOTILHO, 2003: 1161-1162

conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. [...] Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.¹⁷

As regras podem ser dissociadas dos princípios quanto: *ao modo que prescrevem o comportamento*¹⁸, *à natureza da justificação exigida*¹⁹ e *à medida de contribuição para a decisão*²⁰.

Assim, conclui-se que as regras são normas que estabelecem uma maior exatidão à sua concretização e não se relacionam, necessariamente, a outras normas para terem seu objetivo legitimado, portanto, diminuindo as margens interpretativas para uma possível adequação. As regras, descrevem, à grosso modo, um comportamento estabelecendo obrigações ou permissividades imediatas. Já os princípios são normas que estabelecem uma relativização do conceito e se relacionam a outras normas - que podem ser outros princípios ou regras - para que possibilitem uma ampla interpretação daquilo que se quer legitimar. Impõem maior intensidade de exame problemático do conteúdo normativo, devendo ser analisado o comportamento e a “correlação entre os efeitos da conduta a ser adotada e a realização gradual do estado de coisas exigido.”²¹

Paralelamente às duas espécies anteriores, Ávila propõe os postulados numa outra categoria de espécie normativa. Para o autor, essa nova classificação insere os postulados em uma hierarquia de normas de “*segundo grau*” ou “*metanormas*”. Sua aplicação não impõe a promoção de um fim, mas em vez disso, as metanormas estruturam a aplicação do dever de promovê-lo. Do mesmo modo, não prescrevem comportamentos, portanto, não se confundem com os princípios, que por seu turno, impõem a promoção de um estado ideal de

¹⁷ ÁVILA, 2005: 68

¹⁸ As regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada, os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que a característica dianteira das regras é a previsão do comportamento. (ÁVILA, 2005: 63)

¹⁹ A interpretação e a aplicação das regras exigem uma avaliação da correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que dá suporte, ao passo que a interpretação e a aplicação dos princípios demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária. (ÁVILA, 2005: 65)

²⁰ Os princípios consistem em normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão. [...] Já as regras consistem em normas preliminarmente decisivas e abarcantes, na medida em que, a despeito da pretensão de abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, têm aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões. (ÁVILA, 2005: 68)

²¹ ÁVILA, 2005: 66

coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos, cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção e também não se confundem com as regras que são normas imediatamente descritivas de comportamentos devidos ou atributivas de poder - ainda que aplicadas por subsunção - conforme a teoria de Dworkin e Alexy. Em outras palavras, os postulados possuem a função de otimizar e tornar efetivo os princípios e regras, como uma espécie de suporte à sua legitimação e, deste modo, estão mais ligadas à natureza de estrutura das normas do que das normas em si.²²

1.4 TEORIA DE ROBERT ALEXY COMO BASE AO OBJETO DE ESTUDO

A distinção entre princípios e regras é fundamental para a compreensão da extensividade das normas, principalmente, para a hermenêutica jurídica e o pragmatismo do direito.

O processo civil - pilar fundamental para o funcionamento da justiça sob égide da concatenação dos procedimentos - é o instrumento que efetiva o direito, merecendo uma interpretação constitucional de seus institutos. Ademais, a importância dos doutrinadores que sistematizaram a distinção entre princípios e regras - destaque para Robert Alexy e J.J. Canotilho – que em suas teorias clássicas possuem características similares para determinar a possibilidade de colisão principiológica ou da ponderação de regras, afastam a inflexível interpretação do positivismo clássico.

Não menos importante, Humberto Ávila apresenta sua teoria triconômica que classifica as normas em regras, princípios e postulados, formando um tripé de sustentação à aplicação extensiva das normas sob um aspecto constitucional, que se categorizam pela conduta, finalidade ou método.

Apesar das três teorias conterem similaridades, diferenças e complementos, optaremos por uma estrutura teórica normativa que melhor se adequa ao atual código de processo civil em vigência no Brasil. Inclusive, é a mais utilizada pela doutrina e a jurisprudência, quando optam em exercer a técnica de ponderação, por ser a mais consonante com as fontes de direito brasileiras. Portanto, utilizaremos a clássica teoria desenvolvida por

²² ÁVILA, 2005: 88-89

Robert Alexy, que possibilita a ponderação como ferramenta de justificação para a existência do instituto da antecipação da tutela quando da colisão de diversos princípios e regras.

1.5 MODELO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

De acordo com Dinamarco e Lopes (2017), para entender o sistema processual que vigora num país, é preciso considerar “pelos elementos que concretamente o identificam e diferenciam de outros no tempo e nos espaço”²³. O Brasil adota um modelo processual que considera dois fatores: as normas constitucionais - composto pelas normas, princípios e garantias - e as normas infraconstitucionais, formadas pela observação de todo o conjunto da legislação vigente.

O modelo constitucional do processo possui características centrais, como a unidade da jurisdição estatal, um poder judiciário independente dos demais poderes do Estado, a dualidade das técnicas de controle da constitucionalidade (abstrato ou incidental) e a oferta de um conjunto de garantias integrantes da tutela constitucional do processo (inafastabilidade do controle jurisdicional, contraditório, igualdade, juiz natural etc). Em contrapartida, o modelo infraconstitucional caracteriza-se pela observação de todo o conjunto de leis vigente, inclusive em diversas leis extravagantes, para além do Código de Processo Civil.

1.6 NATUREZA JURÍDICA DE PROCESSO E PROCEDIMENTO

O conceito de processo evoluiu com a autonomia do estudo do direito processual civil. Em princípio, a ideia de processo estava ligada ao direito privado²⁴ e sendo este apenas “um procedimento ou rito, visto como uma mera sequência de atos destinada a permitir a

²³ DINAMARCO e LOPES, 2017: 38

²⁴ No direito romano – período das *legis actiones* e do processo *per formulas* – o processo dependia de prévio consenso das partes. As partes, já no direito romano arcaico, levavam seus conflitos ao pretor (*Praetor*) – fixando os limites do litígio e do objeto que deveria ser solucionado – e perante ele se comprometiam a aceitar a decisão que viesse a ser tomada. Tal compromisso recebia o nome de *litis contestatio*. A *litis contestatio* era necessária em razão das particularidades da sociedade e da organização política da época. Não havia propriamente um Estado que se impunha sobre os particulares, não sendo capaz de sujeitar os litigantes à sua decisão. Era preciso que as partes se submetessem voluntariamente à solução jurídica. Quando firmavam o compromisso (*litis contestatio*), as partes também escolhiam um árbitro de sua confiança (*Iudex*), que então recebia do pretor o encargo de decidir o litígio. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015: 421)

aplicação do direito material violado”²⁵. As partes eram responsáveis em acordarem para terem seu litígio levado à discussão e um terceiro decidir quem era detentor do direito. Não havia distinção entre o direito material e o direito de ação, sendo, portanto, um complemento do outro.

O Estado não demorou para avocar a si o dever de julgar. Inseriu o processo no âmbito do direito público e as partes perderam a capacidade de decidir sobre o litígio, que se tornou uma tarefa pública de exercício da jurisdição em que o Estado aplica o que está previsto no ordenamento jurídico. Porém, às partes são mantidos o interesse e o dever de iniciativa, apenas evoluindo a natureza contratual da autonomia privada para uma publicista, no qual torna o processo um instrumento que é colocado à disposição das partes, que por sua vez, se submetem à tutela jurisdicional e, dali, se exprime a solução do conflito, como bem explica a doutrina:

Cabe ao juiz decidir, de forma imperativa, sobre o litígio, dando razão a uma das partes. Não importa saber se o réu está de acordo com a instauração do processo ou em se submeter à decisão do juiz. Ambas as partes têm consciência de que não possuem outro lugar para buscar a solução estatal dos seus conflitos. O objetivo do Estado, por isso mesmo, é o de resolver os conflitos mediante a *promoção do império do direito*, pois assim estará resguarda a inteireza do tecido social e a sua própria essência. O processo, em resumo, é instaurado em razão da provocação da parte, mas também tem por fim permitir a atuação do ordenamento jurídico, exprimindo, através de todos os seus poros, o poder estatal.²⁶

A ação, é inserida então no âmbito de direito público, tornando-se autônoma em relação ao direito material, baseada em teoria que já vinha sendo afirmada por Chiovenda (1965) na Itália e Wach na Alemanha. Portanto, é preciso perceber que a natureza pública e autônoma da ação decorre da atuação do Estado como responsável em receber e solucionar o conflito e não mais às partes.²⁷

Essa modificação e autonomia do processo foi importante para criar o modelo de processo que atualmente conhecemos. Entretanto, este não é o escopo deste trabalho, o aprofundamento do estudo e evolução do processualismo. Assim sendo, cuidaremos do conceito atual e das diferenças dos institutos - processo e procedimento - no ordenamento brasileiro.

²⁵ MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017: 424

²⁶ MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017: 424

²⁷ MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017: 424

O processo é o método de trabalho composto pela triangulação entre: autor, juiz e réu. O primeiro é o detentor da ação, o segundo quem coordena o exercício das atividades jurisdicionais e o terceiro o que promove a defesa. Essa estrutura, forma a engrenagem que permitirá a dinâmica do processo. O procedimento é o conjunto de atos - previamente determinado por lei - que acontecem conforme o tempo e o espaço provocados pela dinâmica formada pelas três figuras que compõem o processo. Não há aqui confusão entre processo e procedimento, vide interpretação doutrinária de Dinamarco (2017):

Processo é o método de trabalho responsável pela coordenação do exercício das *atividades jurisdicionais* pelo juiz, da *ação* pelo autor e da *defesa* pelo réu. Como *método de trabalho* o processo compõe-se da disciplina dos modos, momentos e limites do exercício desses poderes ou faculdades, devendo estar atento à garantia do contraditório e à cláusula *due process of law*, ambas de assento constitucional. O poder estatal exerce-se sempre mediante um *procedimento* preestabelecido, sob pena de ilegitimidade desse exercício – e o procedimento caracteriza-se como *processo* quando for realizado em *contraditório* e com a outorga de poderes, deveres, faculdades e ônus aos seus sujeitos, ou seja, com a presença de uma *relação jurídica processual*.²⁸

Salienta-se, entretanto, que apesar de não ser a corrente por nós considerada, atualmente existem doutrinadores que defendem uma conceituação do processo como um ato jurídico complexo, fugindo do conceito clássico. Não seguiremos por este caminho, entretanto, cabe-nos demonstrar essa vertente, por exemplo, em Rodrigues e Lamy (2018):

O processo pode ser conceituado de modo amplo, como *um ato jurídico complexo constituído pela operação de um núcleo de direitos fundamentais sobre uma base procedimental, não somente no âmbito da jurisdição e não apenas para declarar os direitos, mas principalmente para satisfazê-los no mundo dos fatos, na vida dos litigantes*. Por sua vez, o procedimento é o elemento que materializa o processo. É o conjunto de atos consecutivos e dialéticos que permitem a materialização do processo. Inclui atos tais como a petição inicial, a citação do réu, a contestação desse réu, as audiências públicas preliminares e de conciliação, instrução e julgamento, bem como a sentença e as sessões de julgamento nos tribunais, entre outros atos processuais. As normas procedimentais também disciplinam os prazos e os ritos desses atos.²⁹

Na sistemática processual brasileira, existe a concepção do *processo sincrético* que nada mais é que a sua divisão em fases, ou seja, dentro de um só processo todas as funções são reunidas, seja para promover a concessão de tutela cognitiva, provisória, liquidação, ou mesmo o cumprimento de sentença. De modo que “o conjunto formado pela sucessão dessas fases é em si mesmo um complexo *procedimento-padrão* a ser seguido, em todos os casos em relação aos quais a lei não dispenha de modo diferente³⁰”. Dentro dessas fases, existem

²⁸ DINAMARCO E LOPES, 2017: 124

²⁹ RODRIGUES e LAMY, 2018: 25

³⁰ DINAMARCO e LOPES, 2017: 128

também os procedimentos classificados em: *comuns* que são aplicados sempre que não haja uma disposição específica³¹ ou *especiais* que são aplicados estritamente conforme disposição no ordenamento jurídico³².

Outros processos são classificados como *autônomos*, a exemplo do processo de *execução*³³, dentro do qual existe uma possibilidade de procedimentos, cada um adequado conforme sua natureza, como de *entrega de coisa certa, as obrigações de fazer ou de não fazer* ou as *execuções por quantia certa*. Sendo assim, inserido em cada procedimento executivo estarão as espécies de execução, previstas por lei específica, portanto, não inseridas na conjectura geral do *procedimento comum*. Outro exemplo, ainda, é o *processo monitorio*³⁴, que está dentro da fase de conhecimento, ou seja, não se enquadra nas condições gerais e possui um procedimento próprio.

Por último, dentre as diversas categorias de *processo*, destacam-se os *processos antecedentes*³⁵, que se desdobram nos procedimentos *cautelares* ou *antecipatórios*. Serão, portanto, objeto de nosso estudo mais aprofundado, posto que podem servir como remédios procedimentais ao tornarem os processos mais rápidos e eficazes, seja por terem natureza de urgência ou evidência, apesar da existência ou não de verossimilhança do direito e do perigo da demora. O que também não se pode excluir do estudo é a necessidade de análise das garantias fundamentais de um processo célere e eficaz, portanto, fundado no princípio da duração razoável do processo que assegura o direito à resposta temporal adequada da pretensão sem ferir, dentre outros, os princípios do contraditório e a ampla defesa.

1.7 PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

A constitucionalização do processo inseriu no ordenamento jurídico a necessidade de adequação da interpretação das normas de modo que toda lei infraconstitucional deve ser recepcionada pela Carta Magna. No sistema legal brasileiro, o conceito de duração razoável do processo não nasce na Constituição, sendo as primeiras disposições acerca de resposta

³¹ CPC/73, arts. 318 e seguintes

³² CPC/73, arts. 539-549 e 550-553

³³ CPC/73, arts. 771 e seguintes

³⁴ CPC/73, arts. 700-702

³⁵ CPC/73, arts 294 e seguintes

jurisdicional que trata do “tempo” inseridas no Código de Processo Civil de 1973 no artigo 125³⁶, que investiu o dever ao juiz velar pela rápida solução do litígio.

É preciso lembrar, que alguns anos antes o Brasil se tornou signatário do Pacto de São José da Costa Rica, que trouxe em seu texto a expressão “prazo razoável” no artigo que trata das garantias judiciais³⁷. Cabe dizer que a interpretação deve ser extensiva, ou seja, prazo razoável não é sinônimo de rápida resolução do litígio, mas, resolução em tempo adequado, o que, por muitas vezes, demandará a necessidade de mais tempo na tramitação do processo, como assegurado pela doutrina:

O direito à duração razoável do processo não constitui e não implica direito a processo rápido ou célere. As expressões não são sinônimas. A própria ideia de processo já repele a instantaneidade e remete ao tempo como algo inerente à fisiologia processual. A natureza necessariamente temporal do processo constitui imposição democrática, oriunda do direito das partes de nele participarem de forma adequada, donde o direito ao contraditório e os demais direitos que confluem para organização do processo justo ceifam qualquer possibilidade de compreensão do direito ao processo com duração razoável simplesmente como direito a um processo célere.³⁸

A constituição de 1988 só incorporou em seu texto a literalidade de tempo razoável do processo após a emenda constitucional nº 45 no ano de 2004, assim como o CPC/15 incorporou expressamente na legislação processual ordinária o que já estava constitucionalmente previsto através do art. 4º: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.³⁹

Artigo 5º, inciso 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

O termo *razoável*, quando empregado no sentido de *duração do processo*, está carregado com a importância de *proporcionalidade*. A tutela do direito é o objetivo do processo e o meio adequado para tanto é a sua aplicabilidade no tempo e no espaço. Logo,

³⁶ CPC/73, art. 125

³⁷ CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, Artigo 8: Garantias judiciais. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969)

³⁸ MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017: 264

³⁹ A legislação infraconstitucional de outros países também adota a mesma previsão, como o Código de Processo Civil Português: “Art. 2º A proteção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de fazer executar.”

entender que o tempo do processo é razoável é ter a convicção de que a resposta jurisdicional foi eficaz e não se perdeu pela demora, ou o inverso, quando não garantiu suficiente tempo ou, ainda, quando foi ágil demais. Um cenário temerário de lentidão ocasionará na perda do objeto à reflexo do perigo da demora, como por exemplo, os casos em que as partes precisam de rápida resposta jurisdicional por envolver perigo de morte. Já em outro cenário, se a resposta jurisdicional for rápida demais, pode interferir na adequada defesa das partes. Por isso, alguns critérios precisam ser sempre ponderados, no intuito de se manter a razoabilidade do tempo processual.

NERY JUNIOR (2009) conceitua de modo assertivo a importância deste princípio:

O princípio da duração razoável do processo possui dupla função porque, de um lado, respeita ao *tempo do processo* em sentido estrito, vale dizer, considerando-se a duração que o processo tem desde o seu início até o final com o trânsito em julgado judicial ou administrativo, e, de outro, tem a ver com a adoção de meios alternativos de solução de conflitos, de sorte a aliviar a carga de trabalho da justiça ordinária, o que, sem dúvida, viria a contribuir para abreviar a duração média do processo.⁴⁰

Os tribunais, através de jurisprudência ao longo do tempo, foram criando critérios *standards*, para que a ponderação da razoável duração do processo fosse analisada de modo que, quando detectados abusos, estes pudessem de alguma forma serem combatidos ou remediados seus efeitos. Os critérios mais difundidos e importantes foram desenvolvidos pela classificação da Corte Europeia de Direitos Humanos, que se funda em quatro critérios: i) Complexidade da causa; ii) Comportamento das partes; iii) Comportamento do juiz na condução do processo; iv) Relevância do direito reclamado em juízo. Esses parâmetros foram incorporados pelo direito brasileiro e são da mesma forma utilizados por muitos tribunais internos. Os critérios são perfeitamente objetivos, de modo que os aplicar padronizadamente permite o exercício da ponderação da extensividade de uso do princípio da razoável duração do processo.

Existem efeitos objetivos quando evidenciada a violação do direito à razoável duração do processo. Como a responsabilização civil através de tutelas reparatorias seja em face do Estado, do juiz ou das partes. Entretanto, desenvolver medidas que tornam o processo eficaz é mais importante que remediar a omissão do ente público ou o dolo de atrasar das partes. Portanto, focar em procedimentos e instrumentos jurídicos é o que se defende mais

⁴⁰ NERY JÚNIOR, Nelson, 2009: 314

adequado. A criação dos Juizados Especiais⁴¹ ou meios de resolução alternativos são sem dúvidas “políticas” para se resolver a questão da demora, entretanto, o instituto da *antecipação da tutela* é o remédio processual mais adequado no que se refere à *técnica processual*, por isso sua importância no ordenamento jurídico.

É preciso lembrar que o processo deve cumprir seu papel fundamental, que é de resolução de conflitos. Deve, portanto, se realizar em tempo adequado, visto que “um processo que não seja efetivo é um processo que nada resolve, que se perde em questiúnculas formais, adiando sistematicamente a resolução do litígio para as calendas gregas”⁴². Assim sendo, o processo que se realiza em tempo razoável é um processo efetivo que se afasta de formalidades. A flexibilização do processo, a gestão processual, dentre outras técnicas processuais, devem ser utilizadas para combater formalismos e resolver problemas como o do ônus do tempo no processo.

⁴¹ Lei 9.999/95

⁴² MESQUITA, 2013: 134

CAPÍTULO 2. O PROCESSO CAUTELAR E A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

A fim de ressaltar a importância dos meios garantidores da duração razoável do processo é imperativo que se discorra sobre a tutela cautelar e a tutela antecipada. O tempo é o ponto central para o equilíbrio entre as garantias de solução efetiva do direito material e a proteção da liturgia processual. Deste modo, discorrer sobre a origem e a diferenciação das tutelas pode de alguma forma subentender que elas se confundem - visto que a semelhança entre ambas se dá pela garantia de efetividade temporal. Entretanto, é imprescindível esclarecer que cada uma visa proteger um interesse: o direito instrumentalizado pelo processo e o direito material em si, respectivamente.

As divergências doutrinárias acerca da diferenciação entre tutela cautelar e antecipada levaram uma discussão exaustiva ao longo dos anos, que ocuparemos de tratar adiante. Não obstante, é possível observar um consenso - mesmo que superficial - que a tutela cautelar tem seu escopo voltado para assegurar a integridade dos procedimentos, antecipando-os quando necessário, visando garantir o resultado útil do processo e a tutela antecipada se caracteriza pela satisfatividade do mérito através da antecipação do resultado, que seria obtido ao fim do decurso processual, cuidando do direito material e não do procedimento. A doutrina de Dinamarco e Lopes (2017) trouxe a conceituação dos institutos:

São *cautelares* as medidas com que a ordem jurídica visa a evitar que o passar do tempo prive o *processo* de algum meio exterior que poderia ser útil ao correto exercício da jurisdição e conseqüente produção, no futuro, de resultados úteis e justos (fontes de prova ou bens suscetíveis de constringões, como a penhora); e são *antecipações de tutela* aquelas que vão diretamente à vida das pessoas e, antes do julgamento final da causa, oferecem a algum dos sujeitos em litígio o próprio bem pelo qual ele pugna ou algum benefício que a obtenção do bem poderá proporcionar-lhe. As primeiras são medidas de apoio *ao processo*, e as segundas *às pessoas*.⁴³

O ordenamento jurídico brasileiro demandou tempo para evoluir a diferenciação das tutelas, mesmo no Código de Processo Civil de 1973, depois de modificações legais. Apenas com o Novo Código de 2015, efetivamente, surgem diferenças nos procedimentos antecipatórios e cautelares, ressaltando que a tutela cautelar estava prevista desde as Ordenações Portuguesas que vigoraram também no Brasil⁴⁴.

⁴³ DINAMARCO e LOPES, 2017: 27

⁴⁴ A primeira legislação brasileira aplicável ao processo civil é o Regulamento n. 737, de 1850, proposto inicialmente apenas para a disciplina processual das causas comerciais e logo em seguida estendido igualmente às causas cíveis (art. 1º, Regulamento n. 763, de 1890). Antes, mesmo depois da Independência, o processo

2.1 CÓDIGO BUZOID

No dia 11 de janeiro de 1973 entrou em vigor o Código de Processo Civil Brasileiro, conhecido como Código Buzaid. O apelido se deu em homenagem à Alfredo Buzaid, importante jurista e um dos principais elaboradores do texto. O CPC/73 vigorou até ser substituído por um novo texto, em 2015. Entretanto, sofreu diversas modificações durante sua vigência. Originalmente, quando de sua promulgação, não trouxe referência ampla ao instituto da antecipação de tutela e, na verdade, apenas de forma pontual previu taxativamente alguns casos - como no mandado de segurança e nas ações possessórias. Entretanto, a possibilidade de uso geral do procedimento não estava prevista no texto legal.

Não obstante, era pacífico o entendimento da aplicabilidade da tutela antecipada pela jurisprudência - com base no *poder geral de cautela* previsto no artigo 798⁴⁵ -, o problema era a confusão da natureza jurídica dos institutos, pois o juiz concedia tutela sumária satisfativa com base em procedimento cautelar que perdurou até a reforma legislativa de 1994. Cabe ressaltar, que a maioria dos processualistas também entenderam que o Código de Processo Civil de 1939 já previa o *poder geral de cautela* em seu texto legal, através do artigo 675. Entretanto, os tribunais não foram sensíveis a esse entendimento⁴⁶.

Para tomar a forma que tem atualmente, o direito processual brasileiro sofreu inegáveis influências europeias, desde seu nascimento como ciência jurídica processual na Alemanha no final do século XIX até seu florescimento pela doutrina italiana de Giuseppe Chiovenda, Francesco Carnelutti e Piero Calamandrei já no século XX. Por isso, a estrutura legal inserida no CPC/73, traduz em grande parte tais pensamentos. Assim, as inovações a

civil era regido pelas Ordenações Filipinas, consolidadas posteriormente pelo Conselheiro Antônio Joaquim Ribas para facilitação de seu uso em juízo (Consolidação Ribas, de 1876). A tutela cautelar nas Ordenações portuguesas consubstanciava-se em geral no arresto ou embargo e no sequestro, seguindo nesse particular a tradição do jus commune (Ordenações Afonsinas, Livro III, Título XXV, §2; Ordenações Manuelinas, Livro III, Título XX, §4; Ordenações Filipinas, Livro III, Título XXXI, §2). A doutrina definia o “embargo, ou arresto” como a “apprehensão judicial da cousa, sobre que se litiga; ou de bens suficientes para segurança da dívida até decidir-se a questão d’ella, ou já pendente, ou á propor-se”. A proteção judicial ocorria mediante “cognição sumária” do direito acautelado. (MITIDIERO, 2017:111)

⁴⁵ CPC/73, art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar 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

⁴⁶Conforme texto que serviu de base à conferência pronunciada na Universidade de Coimbra, no dia 11 de novembro de 2013, pelo Doutor Luiz Guilherme Marinoni a convite do Senhor Professor Doutor João Paulo Fernandes Remédio Marques.

que nos debruçaremos aparecem já no CPC/2015, o que não diminui a importância do longo caminho até a criação dessa “nova” processualística antecipatória e cautelar.

Influenciados com os ensinamentos europeus, os doutrinadores brasileiros a buscaram uma concepção clara de separação dos conceitos. Dentro das tutelas provisórias, foram aprimorando a diferença conceitual entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória, conforme destaca Theodoro Junior (2007):

O que, no sistema do nosso Código de Processo Civil, distingue as espécies de "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 eficácia do provimento final do processo, sem, entretanto, antecipar os resultados de ordem do direito material para a parte promovente (são apenas conservativas). Já a tutela antecipatória proporciona para a parte medida provisoriamente satisfativa do próprio direito material cuja realização constitui objeto da tutela definitiva a ser provavelmente alcançada no provimento jurisdicional de mérito.⁴⁷

Deste modo, compreender a diferenciação da tutela cautelar e da tutela antecipada, inseridas através das modificações legislativas no CPC/73, trará a clareza sobre os motivos que levaram o Código de Processo Civil de 2015 modificar pontos importantes de ambos os instrumentos, a fim de garantir a efetividade da prestação jurisdicional e reforçar a aplicação do princípio da razoável duração do processo.

2.1.1 PROCESSO CAUTELAR NO CPC/73

Inserido no Livro III do CPC/73 o Processo Cautelar estava dividido em: Capítulo I - Das disposições gerais e Capítulo II - Dos procedimentos cautelares específicos⁴⁸. No Capítulo I, estavam previstos as cautelares inominadas e o poder de cautela do magistrado com as devidas possibilidades de aplicabilidade do procedimento.

O processo cautelar poderia ser instaurado antes da propositura de uma ação ou em seu decurso. No primeiro caso o procedimento era chamado de processo cautelar antecedente ou preparatório e, no segundo caso, era denominado de processo cautelar incidental.

O Estado - garantidor do exercício da tutela jurisdicional, quando provocado a se pronunciar acerca de um direito material em que as partes divergiam - materializava ao fim do processo esse resultado através da sentença judicial. Havia resultado através do *processo*

⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, 2007: 735

⁴⁸ CPC/73, arts. 796 a 889

de conhecimento, que reconhecia o direito de uma das partes, efetivamente cumprido através do *processo de execução*. Salienta-se que a eficácia da decisão do processo de conhecimento era exercida pelos meios adequados e previstos na legislação.

Entretanto, algumas pretensões demandavam maior imediatismo e a lei não era eficaz para imprimir essa celeridade prática. Deste modo, foram necessárias adaptações legislativas para tornar o procedimento mais garantista, a fim de resguardar direitos fundamentais, como o da vida, ante todo mecanismo processual que exigia um longo desdobramento para a conclusão do processo para ,só então, promover o resultado do pedido.

Neste momento, na legislação só existiam dois procedimentos previstos: *conhecimento e execução*. Logo, para que esse paradigma mudasse foi necessária a criação de uma nova espécie, a que se nominou *processo cautelar*. A diferença deste procedimento para os demais residia na sua natureza acessória, que visava apenas o acautelamento de um direito que era essencial para a existência do processo e estava indissociável a um processo de conhecimento ou de execução, que trataria do mérito em si.

O processo cautelar possuía forma e características próprias, algumas delas sempre apontadas pela doutrina majoritária, sendo: a) *instrumentalidade*: por estar umbilicalmente ligado ao processo principal; o processo cautelar tinha objetivo de exclusivamente garantir efetividade de outro processo, antecipando atos processuais que poderiam perder-se pelo decurso temporal, por isso, não tinha um fim em si mesmo, sendo instrumento de garantia ao processo do qual era acessório, sempre levando em conta que jamais anteciparia decisões de mérito; b) *provisoriedade*: mesmo não cuidando de decisão de mérito, quando concedido o provimento cautelar deveria, ao fim do processo, ser substituído pelo provimento definitivo, que era exarado em sentença no processo principal; c) *revogabilidade*: o processo cautelar fundamentava-se em cognição sumária e fazia juízo de probabilidade com base no *fumus boni iuris e periculum em mora*. Ambos requisitos eram indispensáveis para a concessão da tutela. Não obstante, na oportunidade de presença de quaisquer dos requisitos, possibilidade de inexistência do direito ou perigo na demora, a medida podia ser revogada; d) *modificabilidade*: mesmo depois de concedida a tutela, era possível sua modificação a qualquer tempo, através de decisão interlocutória no processo principal ou nos autos do processo acessório; e) *fungibilidade*: as medidas cautelares poderiam ser substituídas por

outras medidas, desde que menos gravosas e de possível reparação, como a caução por exemplo.

Oportuno ainda salientar a diferença entre o processo e as medidas cautelares e as ações cautelares, conforme lição de Perino e Perino (2007):

Processo cautelar é o instrumento utilizado pelo jurisdicionado para assegurar ou garantir a satisfação da pretensão buscada no processo principal – de conhecimento ou execução. A ação cautelar é o direito ao exercício da atividade jurisdicional tendente a proteger os direitos pretendidos em outro processo. Já a medida cautelar é o próprio provimento jurisdicional pretendido – liminar ou sentença, que concede a proteção buscada.⁴⁹

2.1.1.1 DOS REQUISITOS PARA INSTAURAÇÃO DO PROCESSO CAUTELAR

Como já traçado anteriormente, o processo cautelar podia ser instaurado antes do início do processo principal ou a qualquer tempo, sendo dele sempre dependente, conforme previsão no artigo 796 do CPC⁵⁰. A petição inicial que visava instaurá-lo deveria cumprir os mesmos requisitos de qualquer processo comum, conforme previsão expressa no artigo 282 do CPC também deveria estar instruída com documentos que fundamentassem a demanda. Na falta de qualquer dos requisitos exigidos em lei, o demandante era intimado a complementar em prazo de 10 (dez) dias, sob pena de indeferimento⁵¹, ou estando devidamente instruída, sumariamente concedida a tutela cautelar.

Cabe ressaltar que, para esclarecer quaisquer dúvidas quanto à verossimilhança da alegação - antes de conceder ou indeferir a tutela - o juiz podia designar audiência de justificação prévia, inclusive com oitiva de testemunhas.

Uma vez concedida a medida cautelar, liminarmente ou após audiência de justificação prévia, havia ainda possibilidade de exigir do demandante pagamento de caução, real ou fidejussória, a fim de proteger eventuais danos ao demandado, caso a medida viesse a ser revogada ou modificada. Feita a citação, cabia à parte contrária contestar o pedido no

⁴⁹ PERINO e PERINO, 2007: 118

⁵⁰ CPC/73, art. 796. O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente.

⁵¹ CPC/73, art. 284. Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias.

prazo de 5 (cinco) dias, desde a juntada do mandado devidamente cumprido, nos autos da ação⁵².

Após a concessão da medida cautelar, cabia ao demandante a propositura da ação principal no prazo de 30 (trinta) dias⁵³; uma vez que a medida não tinha caráter satisfativo e tinha natureza acessória, era necessário o nascimento de um processo principal, no qual seria exaurido o mérito e, ainda neste momento, decidia-se sobre a manutenção, modificação ou revogação da cautelar.

No CPC/73, para a existência da ação cautelar era imperativa a presença de dois requisitos: *fumus boni juris*, em tradução literal “fumaça do bom direito” que em linhas gerais exigia do autor a demonstração de boa fé e a existência mínima da pretensão e o *periculum in mora*, tradução literal “perigo na demora”. Exigia também do requerente a necessidade de demonstrar, em juízo, os prejuízos irreparáveis, em caso de aguardar pela satisfatividade dos pedidos. Nenhum pedido cautelar poderia ser deferido sem que estivessem demonstrados ambos requisitos. Conclui-se, dessa forma, que o processo cautelar era assecuratório e que o decurso temporal poderia gerar danos irreparáveis, se não imediatamente contidos, de modo que, com medida cautelar, resolvia-se o problema, desde que se tratasse de questão processual e não de mérito.

2.1.1.2 CLASSIFICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES

As medidas cautelares eram classificadas em *antecedentes* ou *incidentais*⁵⁴. Como já dito anteriormente, a medida cautelar antecedente - também conhecida por *preparatória* - visava permitir a instauração do procedimento antes do nascimento do processo principal. Entretanto, no mesmo pedido era exigida a indicação do objeto a que se ia exaurir em ação

⁵² CPC/73, art. 802. O requerido será citado, qualquer que seja o procedimento cautelar, para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido, indicando as provas que pretende produzir.

Parágrafo único. Conta-se o prazo, da juntada aos autos do mandado:

I - de citação devidamente cumprido;

II - da execução da medida cautelar, quando concedida liminarmente ou após justificação prévia.

⁵³ CPC/73, 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.

⁵⁴ CPC/73, art. 796. O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente.

principal, devendo ser proposta em prazo decadencial de 30 (trinta) dias após a execução da medida cautelar, sob pena de perda da eficácia da medida concedida⁵⁵. A medida cautelar *incidental* consistia na propositura do pedido no decurso do processo principal, de modo que indicar o objeto da demanda já não era preciso, considerando que este já está sendo discutido na ação principal. Portanto, assim como seu requerimento, sua manutenção, modificação ou revogação podem ser feitas a qualquer tempo.

Neste mesmo sentido, existiam espécies de cautelares que eram divididas em *atípicas* ou *típicas*. As *cautelares atípicas* ou *inominadas* estavam consubstanciadas pelo *poder geral de cautela do juiz*, disposto no artigo 798, que investia ao magistrado a possibilidade de concessão de medidas não dispostas taxativamente no ordenamento. Tratava-se de um poder genérico, destinado a suprir quaisquer situações que a lei não previu e que arriscavam a efetividade do processo. Estas medidas visavam somente as obscuridades da lei e não deveriam ser utilizadas para suprir questões de mérito, mas, apenas as de cunho processual. Theodoro Junior (1991) discorreu sobre o *poder geral de cautela*:

Ao regular o poder cautelar do juiz, a lei segundo a experiência da vida e a tradição do direito, prevê várias providências preventivas, definindo-as e atribuindo-lhes objetivos e procedimentos especiais. A essas medidas, atribui-se a denominação de medidas cautelares "típicas" (ou nominadas). Mas a função cautelar não fica restrita às providências típicas, porque o intuito da lei é assegurar meio de coibir qualquer situação de perigo que possa comprometer a eficácia e utilidade do processo principal. Daí existir, também, a previsão de que caberá ao juiz determinar outras medidas provisórias desde que julgadas adequadas, sempre que houver fundado receio de que uma parte antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra, lesão de grave e difícil reparação (CPC (LGL\1973\5), 789). Há, destarte, medidas cujas condições de aplicação o próprio legislador define, e há também medidas que são criadas e deferidas pelo próprio juiz, diante de situações de perigo não previstas ou não reguladas expressamente pela lei. Esse poder de criar providências de segurança fora dos casos típicos já arrolados pelo Código, recebe doutrinariamente, o nome de "poder geral de cautela."⁵⁶

Em última análise, é válido também dizer que o *poder geral de cautela* não estava previsto apenas quanto a atos praticados pelas partes em casos de prejudicialidade entre elas, mas também, protegia o processo quanto à terceiros e casos de força maior ou qualquer outro risco de dano e perigo ao procedimento.

⁵⁵ Súmula 482 do STJ: A falta de ajuizamento da ação principal no prazo do art. 806 do CPC acarreta a perda da eficácia da liminar deferida e a extinção do processo cautelar.

⁵⁶ THEODORO JÚNIOR, 1991: 11-22

Por fim, ainda existiam as cautelares *típicas* ou *nominadas*, previstas pelo artigo 812⁵⁷ e com suas possibilidades de concessão taxativamente dispostas entre os artigos 813 a 889. Por possuírem regras próprias para sua concessão e processamento os instrumentos cautelares eram *específicos*. O arresto, o sequestro, a caução, a produção antecipada de provas, o arrolamento de bens e, ainda, as *outras medidas provisionais*, eram todos exemplos dos diversos procedimentos cautelares *típicos* e também *específicos* que estavam previstos no CPC/73.

Em suprimento a qualquer falta de previsão, também existiam procedimentos cautelares *inespecíficos* que garantia ao juiz a possibilidade de determinar medidas provisórias que julgasse adequadas, sempre que houvesse perigo de lesão grave ou de difícil reparação, conforme disposição dos artigos 798⁵⁸ e 799⁵⁹.

2.1.2 ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NO CPC/73

O Código de Processo Civil de 1973 não previu, em sua redação original, a tutela antecipada. Quando entrou em vigor, esta lei processual não tutelava, de modo geral, direito material em caráter antecipatório, salvo em casos pontuais como as ações possessórias ou em mandados de segurança. Não havia, portanto, uma regra geral para definir a possibilidade de reconhecimento sumário de direito material, mas, como visto anteriormente, existia a tutela cautelar que assegurava risco de dano irreparável ao processo.

Ocorre que a delonga na tramitação processual sempre foi um encaço no direito não só brasileiro, obviamente. Mas, no Brasil não havia norma que assegurava sumariamente a pretensão, o que, necessariamente, levou aos operadores do direito certa adaptação, não só a fim de garantir satisfatividade às demandas, mas, para também garantir uma razoável duração do processo. Neste sentido, o magistrado fundamentava-se no *poder geral de cautela* para deferir tutela antecipada satisfativa, à contrassenso do disposto no artigo 798

⁵⁷ CPC/73, art. 812. Aos procedimentos cautelares específicos, regulados no Capítulo seguinte, aplicam-se as disposições gerais deste Capítulo.

⁵⁸ CPC/73, art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar 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.

⁵⁹ CPC/73, art. 799. No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução.

que tutelava os procedimentos cautelares e deveria ser utilizado apenas para fins acautelatórios, mas, não foi o caso.

Essa ausência normativa causava divergência doutrinária com o uso substitutivo da tutela cautelar, pois a incompatibilidade era patente. Os pedidos de antecipação de tutela, que não tinham regra própria, eram baseados em norma acautelatória processual e não de mérito, o que não fazia sentido. Esse “novo gênero” híbrido, que resultou em uma medida cautelar satisfativa, distorcia a norma processual. Como afirmou o professor Nery Junior:

Tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito é providência que tem natureza jurídica de execução *latu sensu*, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento. Com a instrução da tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito do Direito brasileiro, de forma ampla, não há mais razão para que seja utilizado o expediente das impropriamente denominadas cautelares satisfativas, que constitui em si uma *contradictio in terminis*, pois as cautelares não satisfazem: se a medida é satisfativa é porque, *ipso facto*, não é cautelar.⁶⁰

Com a promulgação da Lei nº 8.952/94 que modificou o Código de Processo Civil de 1973, foi resolvida essa ausência de norma e inseriu-se no texto legal a possibilidade de concessão de tutela antecipatória satisfativa, agora como regra geral. A disposição do artigo 273⁶¹ inseriu norma que passou a considerar possível antecipar decisão de natureza de mérito, resolvendo o que antes era fundamentada no *poder geral de cautela*.

Assim, a lei passou a ter dois instrumentos antecipatórios, um de natureza satisfativa e outra assecuratória. Neste sentido, antecipar decisão de mérito era suprimir a exauriência do procedimento para garantir o resultado útil do processo, utilizando-se de cognição sumária. Em outras palavras, o demandante passava a não sofrer mais o ônus do tempo do processo e, por consequência, não ter a eventual perda da pretensão em razão da demora, como destacou Watanabe (*apud* Araújo, 2002) :

[...] quando o legislador instituiu a tutela antecipatória, pensou na antecipação dos efeitos buscados na ação de conhecimento de cognição exauriente. Efeitos ligados à tutela postulada nessa ação, a totalidade desses efeitos ou apenas parte deles. Esses efeitos são concedidos a título satisfativo, como acontece no mandado de segurança ou na reintegração de posse, e em outras ações especiais que já

⁶⁰ NERY JUNIOR, 2004: 383

⁶¹ CPC/73, art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

[...]

consagram esse tipo de solução. Já a tutela cautelar procura conceder algumas medidas colaterais, através das quais se busca assegurar o resultado útil do provimento postulado na ação chamada 'principal'. Através dela não se antecipa o efeito da tutela objetivada no processo dito 'principal'.⁶²

É imperioso salientar que a modificação legislativa de 1994 foi importante não só para inserir norma específica para cuidar da tutela antecipada, mas também, para diferenciar a natureza do procedimento cautelar. Esse marco legislativo introduziu no sistema jurídico brasileiro a cognição sumária não exauriente como instrumento processual para resolução de demandas, que antes, pereciam diante do ônus processual. A reforma da lei trouxe novo entendimento doutrinário acerca das medidas de urgência. Neste momento, passaram a existir meios de se garantir efetividade do procedimento, e também, de garantia à pretensão do direito material através de instrumentos dotados de natureza urgente e com estrutura procedimental própria.

Cabe ressaltar que outra importante modificação legislativa, através da aprovação da Lei nº 10.444/02, deu nova redação ao parágrafo 3º do artigo 273⁶³ e ainda acrescentou os parágrafos 6º e 7º. O parágrafo 6º regulamentou a possibilidade de concessão de tutela antecipada, em caso de incontroversa, entre um ou mais pedidos ou mesmo em parte deles. O perigo da demora poderia ser suprimido quando um dos pedidos que estava cumulado a outros era evidente⁶⁴.

Quanto ao parágrafo 7º, fundado no princípio da fungibilidade, passou a ser lícito ao juiz conceder provimento cautelar sem que se tratasse de processo cautelar⁶⁵. Em caso de errôneo requerimento de tutela antecipada em processo, que tinha na verdade fundamento de tutela cautelar, poderia o magistrado assim o deferir, ainda que o pedido fosse pelo outro provimento. Em melhores termos, explicou o professor Theodoro Junior:

Não se deve, portanto, indeferir a tutela antecipada simplesmente porque a providência preventiva postulada se confundiria com medida cautelar, ou rigorosamente, não se incluiria, de forma direta, no âmbito do mérito da causa. Havendo evidente risco de dano grave e de difícil reparação, que possa, realmente, comprometer a efetividade da futura prestação jurisdicional, não cometerá pecado algum o decisório que admitir, na liminar do art. 273 do CPC, providências preventivas que, com mais rigor, deveriam ser tratadas como cautelares. Mesmo

⁶² WATANABE, 2001 apud ARAÚJO, 2002: 29

⁶³ CPC, art. 273, § 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

⁶⁴ CPC, Art. 273, § 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

⁶⁵ CPC, art. 273, § 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.

porque as exigências para o deferimento da tutela antecipada são maiores do que as da tutela cautelar.⁶⁶

O deferimento de tutela cautelar em processo de conhecimento - evidentemente com os devidos requisitos preenchidos - trouxe economia processual, uma vez que não estava mais o requerente obrigado a toda instrumentalidade de iniciar um procedimento incidental, considerando que a tutela cautelar era concedida dentro do processo.

2.1.2.1 REQUISITOS PARA CONCESSÃO DAS TUTELAS ANTECIPADAS

As tutelas antecipadas estavam taxativamente dispostas no artigo 273 do CPC e para que pudessem ser concedidas seguiam o que estava na lei. Basicamente, dividiam-se em três possibilidades, a seguir elencadas:

A primeira possibilidade estava no fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Conforme disposição do inciso I do artigo 273⁶⁷, a possibilidade de concessão de tutela fundamentava-se na verossimilhança da alegação e a possibilidade de dano. Ao juiz era investida a responsabilidade de analisar o alegado e verificar a existência de prova inequívoca que formava seu convencimento e a ele cabia uma análise de probabilidade - não de certeza - observando os elementos presentes nos autos. Deste modo, convencido de razoável possibilidade de existência do direito, concedia a tutela. Ressalta-se, sempre que concedida, era preciso realizar uma análise sobre a possibilidade de sua revogação a qualquer tempo e os efeitos que poderia causar, durante sua vigência. Logo, era preciso a devida invocação do princípio da proporcionalidade, que atuava como pano de fundo da medida, de maneira que a irreversibilidade da medida era considerada e, se presente qualquer possibilidade de retornar ao *status quo*, a tutela era sumariamente indeferida.

A segunda possibilidade era refletida nos casos em que ficavam caracterizados abuso de direito de defesa ou manifesto intuito protelatório do réu. Com o intuito de coibir atos desleais eivados de má-fé por uma das partes, principalmente no que tangia à celeridade processual, legislador tornou possível antecipar a tutela sem que para isso fossem necessários os requisitos de urgência ou risco de dano. Disposto no inciso II, do art. 273⁶⁸, o intuito deste

⁶⁶ THEODORO JÚNIOR, 1999: 94

⁶⁷ CPC/73, art. 273, inciso I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;

⁶⁸ CPC/73, Art. 273, inciso II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

instrumento era punir aquele que agiu de má fé e resguardar a idoneidade do processo. Qualquer abusividade de defesa ou atos desnecessários com claro objetivo de conturbar a demanda podiam, dessa forma, serem coibidos.

A terceira possibilidade estava disposta no artigo 273, parágrafo 7º e conforme já explicado no texto anteriormente, previa a tutela antecipada em caso incontroverso no pedido ou em parte dele.

Insta salientar que, para qualquer das três possibilidades de concessão de tutela antecipada, existiam requisitos que eram comuns a todas elas, quais sejam: i) requerimento expresso do autor; ii) prova inequívoca da verossimilhança do direito alegado. Dessa maneira, a antecipação da tutela jamais seria feita de ofício e as alegações para sua concessão deveriam estar consubstanciadas na verdade.

A prova inequívoca era requisito essencial para convencer o juiz da verossimilhança da alegação. Entretanto, a presença da prova não se tratava de demonstrar o direito do autor em si, mas, a sua mera possibilidade de existência suficiente para tornar sua alegação verdadeira, melhor dizendo, verossímil. Neste ponto, destacou Watanabe (2001):

[...] prova inequívoca não é a mesma coisa que “*fumus boni iuris*” do processo cautelar. O juízo de verossimilhança, ou de probabilidade, como é sabido, tem vários graus, que vão desde o mais intenso ao mais tênue. O juízo fundado em prova inequívoca, em prova que convença bastante, que não apresente dubiedade, é seguramente mais intenso que o juízo assentado em simples “fumaça”, que somente permite a visualização de mera silhueta ou do contorno sombreado de um direito. Está neste requisito uma medida de salvaguarda, que se contrapõe à ampliação da tutela antecipatória para todo e qualquer processo de conhecimento.⁶⁹

A verossimilhança da alegação tem sua natureza na probabilidade e não na certeza. Entretanto, uma indiscutível evidência precisa ser demonstrada de que a pretensão é verdadeira. Considerando que a antecipação da tutela é deferida *inaudita altera pars*, ou seja, sem ouvir a outra parte, a alegação do autor não pode valer-se de qualquer fato absurdo, mas, de plausibilidade. Sobre a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação, frisou Marinoni (2017):

A denominada "prova inequívoca", capaz de convencer o juiz da "verossimilhança da alegação", somente pode ser entendida como a "prova suficiente" para o surgimento do verossímil, entendido como não suficiente para a declaração da existência ou da inexistência do direito.⁷⁰

⁶⁹ WATANABE, 1987: 33

⁷⁰ MARINONI, 42-43

Como se pode perceber, os requisitos de concessão da tutela antecipada são em alguns aspectos similares com os do processo cautelar, porém, a natureza de cada procedimento deveria ser respeitada, desta forma, não só as garantias processuais, mas, também aquilo que tangia ao mérito, estavam protegidos por institutos que visavam minorar os efeitos maléficis do ônus do tempo no processo.

Não há dúvidas que instituto foi sendo aprimorado ao longo dos anos, assim como, todo o ordenamento jurídico brasileiro. É imprescindível, entretanto, salientar que a cognição sumária trazida pelo Código de Processo Civil de 1973, precisou de reformas para manter-se eficaz, porém, foi instrumento importante para a efetividade do processo.

Dessa forma, resta claro que em determinado momento, a dinâmica processual brasileira chegou a um ponto que toda a lei precisava de uma grande reforma. Deste modo, o texto que estava em vigor já não era suficiente para suprir as lacunas que foram surgindo devido não só do aumento das demandas, mas, também do avanço tecnológico e das mudanças sociais, que, conseqüentemente, também implicaram em novos comportamentos jurídicos. Portanto, a solução surgiu na aprovação de um texto legal que substituiu o antigo, que estava em vigor, por um novo Código de Processo Civil.

CAPÍTULO 3. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

O Novo Código de Processo Civil foi instituído através da aprovação da Lei nº 13.105 que entrou em vigor em 16 de março de 2015, revogando o antigo CPC/73. Com sua entrada em vigor modificações importantes foram implementadas pelo novo texto legal, principalmente, no tocante às tutelas provisórias que receberam esta nomenclatura por incorporarem todas as tutelas, sejam antecipatórias ou cautelares. Na verdade, as tutelas passam, a partir deste momento, a serem classificadas por tutelas de urgência e evidência.

As tutelas provisórias foram inseridas no Livro V do NCPC, deste modo, sua organização topográfica concentrou todas as suas possibilidades compreendidas entre os artigos 294 a 311 do novo texto legal.

Não obstante, é importante frisar que as tutelas provisórias, apesar de terem sofrido modificação, sua natureza permaneceu a mesma. Assim sendo, a tutela antecipada mantém sua natureza de antecipação do mérito - seus efeitos são aplicados antes da exauriência do processo - bem como, o processo cautelar permanece como garantidor da ordem processual, pois, resguarda o processo quando qualquer ameaça de lesão a direito possa ocorrer, entretanto, jamais antecipará decisão de mérito.

As cautelares inominadas foram extintas, bastando a demonstração do *fumus boni iuris* e do perigo de ineficácia da prestação jurisdicional para o deferimento da providência pleiteada. A tutela sumária foi disciplinada para proteger direito evidente sem necessidade de demonstração de *periculum in mora*. O livro do processo cautelar desapareceu e as espécies de tutela foram disciplinadas na parte geral. Neste momento, as tutelas provisórias poderão ser requeridas, antes ou no curso do procedimento, que se está pleiteando a providência principal. Ainda, não havendo resistência à liminar concedida, o processo será extinto e conservará a eficácia da medida concedida sem que se faça coisa julgada.⁷¹

A nova sistemática - na visão do legislador - foi desenvolvida para aprimorar os instrumentos de garantia da pretensão e do procedimento, através da promoção do princípio da razoável duração do processo que ainda hoje, com toda a evolução tecnológica e social, é um problema a ser resolvido.⁷²

⁷¹ ANTEPROJETO NCPC, 2015: 31-32

⁷² ANTEPROJETO NCPC, 2015: 24

As tutelas provisórias são assim nomeadas por serem caracterizadas em *sumárias e não definitivas*. A cognição sumária pressupõe uma análise perfunctória da pretensão, logo, baseia-se em juízo de probabilidade e não um juízo de certeza, neste sentido, não exauriente. Também, tem natureza não definitiva, pois, poderá sofrer modificação ou revogação a qualquer tempo durante o curso processual. Elas se dividirão, basicamente, em dois tipos: *tutela de urgência e tutela de evidência* que, por sua vez, de acordo com seu conteúdo, se caracterizarão em tutela *antecipada* ou *cautelar*, sendo ainda, sua concessão conforme o tempo em caráter *antecedente* ou *incidente*.

Existem três características gerais que são essenciais para definir as tutelas provisórias: provisoriedade, revogabilidade e sumariedade da cognição, como também definido por Didier Junior (2015):

a) sumariedade da cognição, uma vez que a decisão se assenta em análise superficial do objeto litigioso e, por isso, autoriza que o julgador decida a partir de um juízo de probabilidade;⁷³

b) a precariedade, em princípio, a tutela provisória, conservará sua eficácia ao longo do processo, ressalvada a possibilidade de decisão judicial em sentido contrário (art. 296, parágrafo único, CPC). Mas ela poderá ser *revogada ou modificada* a qualquer tempo (art. 296, caput, CPC). A revogação ou modificação de uma tutela só pode dar-se, porém, em razão de uma alteração do estado de fato ou de direito ou do estado de prova – quando, por exemplo, na fase de instrução, restarem evidenciados os fatos que não correspondam a concessão da tutela.⁷⁴

c) e, por ser assim, fundada em cognição sumária e precária, a tutela provisória é *inapta a tornar-se indiscutível pela coisa julgada*.⁷⁵

3.1 DA NATUREZA DA TUTELA PROVISÓRIA: URGÊNCIA OU EVIDÊNCIA

Toda pretensão judicial merece resposta do Estado e o método com que se busca essa resposta é o processo. A tutela jurisdicional, que é provida pelo poder público, visa um resultado útil para tais pretensões, podendo ser obtido por uma exauriência e uma liturgia processual. Acontece que, em alguns casos onde a resposta precisa ser imediata, aguardar todo o decurso de um processo acarretaria perda do objeto pretendido. Por essas razões, os

⁷³ DIDIER JUNIOR, 2015: 568

⁷⁴ DIDIER JUNIOR, 2015: 568

⁷⁵ DIDIER JUNIOR, 2015: 568

instrumentos existentes hoje na legislação permitem uma antecipação da tutela que serão concedidas, conforme sua natureza.

A tutela definitiva - obtida após a exauriência do processo - poderá ser antecipada por uma decisão que será *satisfativa* ou *cautelar*. A tutela satisfativa resolve questão de mérito e a tutela cautelar garante o resultado útil do processo. Ambas as tutelas são concedidas em caráter provisório e, portanto, precisarão posteriormente serem confirmadas por ocasião de análise da tutela definitiva. As tutelas provisórias, ainda, se subdividirão conforme sua natureza em espécies de: *urgência* ou *evidência*.

A tutela de urgência deve proporcionar ao jurisdicionado uma resposta imediata em situações que carecem de urgente medida, caso contrário, colocaria em risco o direito tutelado. O risco de dano ao direito ou de difícil reparação - que deverá ser devidamente demonstrado - se não extinto naquele momento através da técnica antecipatória, perderá sua significância se só decidido ao fim do processo. Esta possibilidade de tutela está disposta entre os artigos 300 a 310 do CPC/15 e exige os requisitos que estão taxativamente elencados.

A tutela de evidência é também uma resposta antecipada ao jurisdicionado, entretanto, não está fundamentada em urgência. Sua natureza está apenas na demonstração do direito, onde, não reste presente qualquer dúvida de sua existência e não exista risco de dano, conforme sua disposição no texto legal no artigo 311 do CPC/15.

Em qualquer dos casos, seja na concessão da tutela de urgência ou na tutela de evidência, o objetivo é garantir o resultado útil do processo, em que a pretensão jurisdicional poderá ser resolvida sem a exigência imediata de contraditório⁷⁶, o que não quer dizer que não haverá momento oportuno para a manifestação da outra parte. Porém, matéria urgente não pode esperar todo um curso processual e matéria fundada na evidência não dispõe de fundamentação lógica para sua denegação.

⁷⁶ CPC/15, art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III ;

III - à decisão prevista no art. 701

3.1.1 DAS ESPÉCIES DE TUTELA PROVISÓRIA: ANTECIPADA OU CAUTELAR

A tutela provisória será requerida conforme a natureza da pretensão. Quando tratar-se de questão de mérito, onde os efeitos da pretensão final precisarão ser efetivados de imediato, ou seja, antecipados, a *tutela provisória antecipada* - também conhecida por *satisfativa* - será o instrumento adequado ao processo. Conforme os ensinamentos de FREDIE DIDIER JUNIOR:

A tutela provisória *satisfativa* antecipa os efeitos da tutela definitiva satisfativa, conferindo eficácia imediata ao direito afirmado. Adianta-se, assim, a satisfação do direito, com a atribuição do bem da vida. Esta é a espécie de tutela provisória que o legislador resolver denominar de “*tutela antecipada*”, terminologia inadequada, mas que não será desconsiderada ao longo deste capítulo.⁷⁷

Do mesmo modo, quando o direito pretendido se relacionar com questão processual, ou seja, que necessite de acautelamento do direito - aqui as questões de mérito estão afastadas - o instrumento adequado será a *tutela provisória cautelar*, que nada mais é que instrumento antecipatório que resguarda perigo de dano de efetivação de direitos. Didier Junior também discorreu acerca desta tutela:

A tutela provisória *cautelar* antecipa os efeitos de tutela definitiva não-satisfativa (cautelar), conferindo eficácia imediata ao direito à cautela. Adianta-se, assim, a cautela a determinado direito. Ela somente se justifica diante de uma situação de urgência do direito a ser acautelado, que exija sua preservação imediata, garantindo sua futura e eventual satisfação (arts. 294 e 300, CPC). A tutela provisória cautelar tem, assim, dupla função: é *provisória* por dar eficácia imediata à tutela definitiva não-satisfativa; e é *cautelar* por assegurar a futura eficácia da tutela definitiva satisfativa, na medida em que resguarda o direito a ser satisfeito, acautelando-o.⁷⁸

Importante ressaltar, que os requisitos de concessão de tutela de urgência, seja antecipada ou cautelar, estão dispostos na interpretação do artigo 300 do CPC/15⁷⁹, os conhecidos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Conclui-se, portanto, que a possibilidade de antecipação satisfativa do pedido ou o acautelamento do direito, desde que baseados na probabilidade do direito ou havendo perigo de dano somado ao risco ao resultado útil do

⁷⁷ DIDIER JUNIOR, 2015: 569

⁷⁸ DIDIER JUNIOR, 2015: 569

⁷⁹ CPC/15, 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.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

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

processo, justifica-se a eficácia imediata da pretensão ou seu asseguramento, em outras palavras, o deferimento da devida tutela.

Não obstante, a tutela de evidência possui algumas peculiaridades próprias, logo, a ela não se aplica a urgência ou mesmo o acautelamento do direito. Portanto, esta modalidade de tutela será deferida independentemente de demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, conforme disposição do artigo 311, caput, do CPC/15⁸⁰.

3.1.2 DA FORMA DE REQUERIMENTO DA TUTELA PROVISÓRIA: ANTECEDENTE OU INCIDENTAL

Existem duas formas para se requerer tutela provisória de urgência: antes do início do processo ou em qualquer momento do curso processual. Se requerida em caráter antecedente - antes do nascimento do pedido principal - fundamentar-se-á no artigo 303 do CPC/15⁸¹ para os casos de tutela antecipada e no artigo 305 do CPC/15⁸² para os casos de tutela cautelar.

A tutela de evidência, como não é fundada em urgência, só poderá ser requerida de uma única maneira: incidentalmente. Portanto, sempre depois de apresentado o pedido principal, a tutela será requerida no curso do processo e poderá ser deferida se apresentada materialidade evidente ou outra fundamentação conforme das possibilidades expressas em lei.

A tutela requerida incidental será feita dentro do processo, em outras palavras, nos próprios autos em que o pedido definitivo foi formulado. Ocorre independente de pagamento de custas⁸³ e é concedida com o objetivo de antecipar pedido de mérito ou acautelar direito, que possam vir sofrer risco de dano irreparável ou de difícil reparação. O pedido de tutela provisória poderá ser oferecido por petição escrita ou oralmente em audiência.

⁸⁰ CPC/15, art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo [...]

⁸¹ CPC/15, art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, 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.

⁸² CPC/15, 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.

⁸³ CPC/15, art. 295. A tutela provisória requerida em caráter incidental independente do pagamento de custas.

No que tange ao pagamento de custas, justifica ARTUR CÉSAR DE SOUZA:

Como o pedido, de tutela provisória antecipada satisfativa ou incidental, se dá no bojo de um processo já instaurado, como mero incidente interno, não se justifica o pagamento de novas custas processuais, pois estas já foram pagas com a distribuição da petição inicial.⁸⁴

De outro modo, a tutela antecedente será pleiteada antes do nascimento de um pedido definitivo, que pode nem vir a acontecer, visto que determinada pretensão, uma vez antecipada, poderá perder seu objeto final. Assim sendo, pode nem vir a existir um processo principal, conforme lição de Bueno (2016):

De acordo com o *caput* do art. 303, quando a urgência for contemporânea à “propositura da ação”, ou seja, à época do protocolo da petição inicial (art. 312), o autor pode limitar-se a formular petição inicial em que requeira a tutela *antecipada* – conquanto deva *indicar* o pedido de “tutela final” (que só pode ser a tutela jurisdicional pretendida sobre o interesse perseguido em juízo, mesmo e independentemente da tutela antecedente) –, e na qual exponha a “lide” (a controvérsia com a parte contrária, que justifica o pedido de tutela), o direito que pretende realizar, além do perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.⁸⁵

O objetivo da tutela provisória requerida em caráter antecedente é antecipar os efeitos da tutela definitiva, a fim de garantir satisfatividade ou acautelamento do direito. Deste modo, o requerente deverá promover o pedido de modo sucinto e apresentar indícios de verossimilhança que demonstre, inclusive, urgência antes da propositura da ação. Sua propositura se dará sempre quando o tempo não for suficiente, para, de imediato, munir-se de todos os documentos ou elementos necessários para se obter tutela definitiva. Deste modo, somente depois de analisada a tutela antecedente é que se apresentará o pedido de tutela definitiva, que, por sua vez, poderá modificar, extinguir ou manter o pedido provisório.

3.1.3 DA COMPETÊNCIA

O juízo competente para análise da tutela provisória dependerá da natureza da tutela. Se requerida antecedente, deverá ser endereçada ao juízo que será também competente para analisar o pedido final, ou seja, numa ação onde o menor esteja requerendo alimentos e o juízo competente é o de família, não faria sentido ser endereçado para outro juízo que não fosse competente para conhecer daquele assunto. Assim sendo, o pedido antecipatório será dirigido sempre ao mesmo juízo que cabe conhecer daquela matéria. Cabendo aqui ressaltar, que no caso de pedido incidental, será dirigida ao juiz da causa que

⁸⁴ SOUZA, 2016: 113

⁸⁵ BUENO, 2016: 228-229

já tramita, inclusive será feita nos mesmos autos, afastando qualquer hipótese de processo autônomo⁸⁶. Do mesmo modo, a tutela provisória requerida em sede recursal deverá ser analisada pelo mesmo Tribunal a que compete o conhecimento do mérito do recurso e não o juízo *a quo* que avalia a admissibilidade recursal.

Assim sendo, quando a tutela for antecedente, inaugurará um processo e - ainda que posteriormente em emenda - deverá preencher todos os requisitos exigidos conforme o procedimento comum. Quando for incidental, ocorrerá dentro de processo já em curso, sendo necessário apenas o requerimento a ser dirigido por petição simples ou mesmo oralmente, em audiência.

3.2 DA TUTELA DE URGÊNCIA

A tutela provisória de urgência tem seu fundamento legal no artigo 294, parágrafo único, do CPC/15. Sua possibilidade de concessão - a depender da natureza da pretensão - poderá ser *cautelar* ou *antecipada*, que, por sua vez, conforme o momento poderá ser concedida em caráter *antecedente* ou *incidental*.

A classificação da tutela de urgência, cautelar ou antecipada, está na disposição do artigo 300, do CPC/15, que dispõe sobre requisitos exigidos para a concessão e numa leitura expressa do dispositivo, se reduz em duas condições: a) presença de elementos que evidenciem a probabilidade do direito, que - grosseiramente - tem o mesmo sentido de *fumus boni iuris*; b) perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo - da mesma maneira - equivalerá ao *periculum in mora*. Não obstante, é importante ressaltar que a presença de perigo de dano não pressupõe a necessidade de existência de risco ao resultado útil do processo, podendo, portanto, coexistir ou não numa dada situação.

Diferentemente do CPC/73, no novo texto legal, os requisitos para a concessão de tutela de urgência cautelar ou antecipada serão os mesmos, como assenta Bueno:

A despeito da conservação da distinção entre “tutela antecipada” e “tutela cautelar” no CPC de 2015, com importantes reflexos *procedimentais*, é correto entender, na perspectiva do dispositivo aqui examinado, que os requisitos de sua concessão foram iguados. Não há, portanto, mais espaço para discutir, como

⁸⁶ CPC/15, 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.

ocorria no CPC de 1973, que os requisitos para a concessão da tutela antecipada (“prova inequívoca da verossimilhança da alegação”) seriam, do ponto de vista da cognição jurisdicional, mais profundos que os da tutela cautelar, perspectiva que sempre me pareceu enormemente *artificial*. Nesse sentido, a concessão de ambas as tutelas de urgência reclama, é isto que importa destacar, a *mesma* probabilidade do direito além do *mesmo* perigo de dano ou risco ao resultado útil ao processo.⁸⁷

3.2.1 PROBABILIDADE DO DIREITO

A probabilidade do direito nada mais é que a plausibilidade de existência desse mesmo direito⁸⁸. A ideia de possibilitar a satisfatividade ou acautelamento do direito, pressupõe, que aquele direito de fato exista. Desse modo, a comparação com o *fumus boni iuris* ou em bom português “fumaça do bom direito” traduz por si só a extensividade de interpretação do termo.

Neste sentido, detectar a presença de “elementos que evidenciem” o direito é o papel do magistrado. Para tanto, caberá ao requerente demonstrar a plausibilidade de existência do pretendido direito, melhor dizendo, incumbirá ao mesmo demonstrar a verossimilhança dos fatos narrados da melhor maneira que conseguir, afinal, por se tratar de pedido antecipatório e urgente, pressupõe-se que não haverá tempo hábil para eventual produção de provas a fim de evidenciar o direito.

Como se pode observar, no revogado CPC/73 na disposição do artigo 273, era imperativa a necessidade de “existência de prova inequívoca” e o fato que o juiz “se convença da verossimilhança da alegação”, o que trazia enorme dificuldade para a concessão de antecipação de tutela, prejudicando a pretensão que, por muitas vezes, se perdia na impossibilidade de demonstrar prova inequívoca, ou mesmo, o juiz não se convencera e, considerada a falta de elementos comprobatórios da pretensão, era mais conveniente indeferir.

Dessa maneira, apesar da probabilidade do direito neste momento a ser um requisito, é mais simples demonstrá-lo através da probabilidade de sua existência, valendo-se da simples lógica de narrativa que ter que demonstrá-la, como na forma antiga, por uma demorada produção de provas ou qualquer outro elemento equivalente, que colocava o jurisdicionado em clara desproporcionalidade face ao ônus do tempo processual.

⁸⁷ BUENO, 2016: 223

⁸⁸ DIDIER JUNIOR, 2015: 595

3.2.2 PERIGO DA DEMORA

O jurisdicionado, quando decide ajuizar uma pretensão, espera que a resposta ocorra em tempo adequado. Entretanto, como bem sabido, essa resposta nem sempre é imediata ou no tempo devido. Deste modo, o jurisdicionado, para ter seu litígio resolvido, amarga à espera da tramitação processual até a obtenção de seu resultado.

Ocorre que, algumas pretensões, fundadas em urgência, precisam de resposta imediata, sob pena de sua perda ou ineficácia. Logo, garantir tal proteção é dever do Estado, que, por sua vez, se provocado, concederá como medida resolutiva, a devida tutela.

Cumprido dizer, todavia, que não serão quaisquer pretensões que merecerão ter seu pedido antecipado, mas, somente aqueles em que o direito pode sofrer “perigo de dano ou de risco ao resultado útil ao processo”, conforme disposição do caput do artigo 300, CPC/15. Cabe aqui um parêntese: é possível observar que o mesmo dispositivo legal prevê ambos os requisitos que servirão como fundamento, tanto para a tutela antecipada quanto para a tutela cautelar. Diferentemente – de como estava previsto no CPC/73 – onde a previsão era expressa para cada caso separadamente⁸⁹.

Pois bem, retornando, é preciso também observar que a corrente doutrinária pensa sobre o assunto, que aparentemente parece em sua literalidade simples, mas, depreende alguma reflexão. Para FREDIE DIDIER JÚNIOR, o conceito de “perigo de dano” deve apresentar característica “irreparável ou de difícil reparação” e ainda:

- iii) *concreto* (certo), e, não, hipotético ou eventual, decorrente de mero temor subjetivo da parte
- ii) *atual*, que está na iminência de ocorrer, ou esteja acontecendo;
- iii) *grave*, que seja de grande ou média intensidade e tenha aptidão para prejudicar ou impedir a fruição do direito;⁹⁰

A tentativa do legislador – que só pode ser entendida por economia de lei – ao introduzir no mesmo dispositivo características genéricas para abarcar a tutela antecipada e a tutela cautelar, fez com que criasse certa discussão doutrinária, como observado pelo posicionamento de LUIZ GUILHERME MARINONI:

⁸⁹Sequer sobrevive, para o CPC de 2015, a diferença (artificial) entre o perigo de dano e o risco ao resultado útil do processo sugerida por alguns para distinguir, respectivamente, a tutela antecipada (vocacionada a tutelar o próprio direito material) e a tutela cautelar (vocacionada a tutelar o processo) no contexto do CPC de 1973. Aqueles dois referenciais – denotativos da *necessidade urgente* da intervenção jurisdicional – são empregados *indistintamente* para aquelas duas espécies. (BUENO, 2016: 223)

⁹⁰ DIDIER JUNIOR, 2015: 597

O legislador tinha à disposição, porém, um conceito mais apropriado, porque suficientemente versátil, para caracterizar a urgência: o conceito de perigo na demora (*periculum in mora*). A tutela provisória é necessária simplesmente porque não é possível esperar, sob pena de o ilícito ocorrer, continuar ocorrendo, ocorrer novamente, não ser removido ou de o dano não ser reparado ou reparável no futuro. Assim, é preciso ler as expressões perigo de dano e risco ao resultado útil do processo como alusões ao perigo na demora. Vale dizer: há urgência quando a demora pode comprometer a realização imediata ou futura do direito.⁹¹

Portanto, a tutela provisória, deve ser deferida sempre em que eventual dano irreversível ou de difícil reversibilidade é iminente e haja impossibilidade de aguardar o término do processo sem que ocorra prejuízo a direito. Cabe salientar que não cabe ao juiz valer-se da discricionariedade; ainda que o direito seja subjetivo e sua interpretação seja conforme os elementos apresentados, ao julgador, caberá o dever de conceder a tutela, posto que a lei é expressa neste sentido.

3.2.3 REVERSIBILIDADE DA TUTELA PROVISÓRIA SATISFATIVA

A tutela de urgência satisfativa (antecipada) possui o pressuposto de provisoriedade. Desta maneira, a lei cuidou de impedir abusos no uso do instituto “quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”⁹². Assim sendo, além dos requisitos da probabilidade do direito e do perigo da demora, a tutela também deverá ser reversível.

Apesar de ser concedida em cognição sumária - sem exauriência do processo - e, podendo ainda, ser a qualquer tempo modificada ou revogada, faz sentido, poder ser revertida. Importante frisar, que a possibilidade de ser revogada é diferente de ser revertida. A revogação apenas cessa efeitos e a reversão retorna à estado inicial. Portanto, uma vez concedida a tutela satisfativa, e, porventura, posteriormente revogada, o direito outrora concedido deverá ser revertido ao *status quo ante*; em outras palavras, os efeitos retornarão a um estado de conformidade, como se nunca tivessem sido concedidos ou de maneira que não venha causar prejuízos à parte contrária.⁹³

⁹¹ MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017: 312-313

⁹² CPC/15, art. 300, § 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

⁹³ DIDIER JUNIOR, 2015: 600

Essa característica reversível da tutela de urgência satisfativa existe para que o juízo de exauriência do processo seja respeitado, uma vez que, se não houvesse esse contrapeso, a tutela não seria provisória, mas definitiva. Assegurar a reversibilidade dos efeitos da tutela é garantir que o direito possa ser concedido sumariamente, entretanto, sem atropelar o devido processo legal, que, para além de outros princípios, tem no contraditório⁹⁴ e na ampla defesa sua sustentação.

Neste mesmo sentido, caberá ao magistrado fazer um juízo de probabilidade, ao analisar a possibilidade de reversão dos efeitos da tutela e a extensividade de eventuais danos, em caso de sua denegação. O método que resultará dessa análise será com base nos princípios e direitos fundamentais, conforme o instrumento de ponderação. Há o choque entre efetividade *versus* segurança, de acordo o caso aplicado. Imagine uma situação, em que tenha o embate entre a vida e propriedade ou liberdade e direito privado etc.

A fim de mitigar a possibilidade de irreversibilidade dos efeitos da tutela, o direito se valerá sempre da reparação, inclusive, pecúnia. A parte contrária poderá, eventualmente, sofrer os efeitos de uma “tutela injusta”, entretanto, merecerá reparação pecuniária ou equivalente por eventuais prejuízos que sofreu durante a vigência da tutela, conforme fundamento em sentença, por disposição do parágrafo 2º do artigo 489, do CPC/15⁹⁵.

3.2.4 TUTELA DE URGÊNCIA SATISFATIVA (ANTECIPADA) EM CARÁTER ANTECEDENTE E A SUA ESTABILIZAÇÃO

Considerada uma das grandes inovações trazidas pela nova lei processual, a tutela provisória antecipada em caráter antecedente reformulou o método cognitivo de satisfação de direitos. Antes, apenas deferida em caráter incidental - no curso do processo - e sempre vinculado ao pedido formulado na petição inicial, ganhou novo método que simplificou não só sua instrumentalização, mas, o próprio direito a ser tutelado.

⁹⁴ Contraditório nada mais é do que o conjunto de atividades desenvolvidas pelos sujeitos do processo, reveladoras da existência do diálogo entre eles, visando à correta formação do provimento jurisdicional. (BEDAQUE, 1998: 94)

⁹⁵ CPC/15, art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Com nova regulamentação, o pedido desta modalidade de tutela passou a ser instrumentalizado na petição inicial, com a simples formulação do pedido de tutela antecipada e a indicação do pedido de tutela final, ainda, contendo a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo, conforme a disposição do caput do artigo 303, do CPC/15⁹⁶. Insta salientar que nesta modalidade de tutela o pedido antecipado e o pedido final serão os mesmos, entretanto, os efeitos serão antecipados por análise de cognição sumária.

Pode-se, neste sentido, aferir que a tutela antecipada antecedente possui a finalidade de proteger direitos que merecem ser concedidos com a devida urgência, posto que necessitam de imediata resposta jurisdicional. Entretanto, posteriormente, no devido decurso processual serão analisados de forma exauriente todos elementos constantes, que, por sua vez, manterão, modificarão ou revogarão a tutela concedida. Cumpre ainda destacar outra finalidade que é a de impedir o desgaste processual por uma pretensão que, se indeferida, poderá já ter perdido seu objeto e que não fará mais o menor sentido a propositura de uma “ação principal”, como ocorria anteriormente na vigência do revogado Código de Processo Civil.

Cabe, portanto, aqui dizer que a inovação deste procedimento trouxe ao universo jurídico o elemento da *estabilização da tutela antecipada*. Este instituto vem sempre associado à tutela antecipada antecedente, face às suas características. Para tanto, passaremos a entendê-lo mais detalhado.

Portanto, neste contexto, dois caminhos poderão ser percorridos, quando requerida a tutela de urgência antecipada em caráter antecedente: deferimento ou indeferimento. Para cada uma dessas condições existirá um procedimento diferente. Começaremos pela hipótese de deferimento.

Pela regra do parágrafo 1º do artigo 303 do CPC/15, concedida a tutela antecipada “o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, 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”. Deste modo, não será mais inaugurado outro

⁹⁶ CPC/15, art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, 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.

processo, como ocorria antes. O processamento da ação se dará nos mesmos autos que foi deferida a tutela antecipada, porém, neste momento, o autor indicará todos os demais elementos necessários para o prosseguimento da ação comum, quais sejam: o pedido final, valor da causa, pedido de citação, enfim, todos os elementos exigidos no rol do artigo 319 do CPC/15, que trata da *petição inicial*. Cumpre ressaltar que o não aditamento da petição inicial resultará em extinção do processo sem resolução de mérito, conforme disposição do parágrafo 2º do artigo 303 do CPC/15⁹⁷.

A segunda hipótese será o indeferimento da tutela antecipada em caráter antecedente. Neste sentido, discorre o parágrafo 6º do artigo 303 do CPC/15: “caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito”. Desta denegação o autor poderá interpor agravo de instrumento que é o recurso adequado para este caso⁹⁸. Cabendo, entretanto, ressaltar, que a emenda a que o artigo aqui se refere trata-se de correção do pedido e não de complementação como no caso de deferimento, ou seja, mesmo apresentada a emenda e, ainda assim, se a decisão for de indeferimento caberá, então, o respectivo recurso.

Compreendidas as duas circunstâncias, vamos focar por um instante na hipótese de deferimento, para melhor entendimento da *estabilização da tutela*. Esta, para que ocorra, dependerá da não interposição de recurso pela parte contrária face à concessão da tutela antecipada, ou seja, sua inércia. Como é sabido, cabe sempre à outra parte da relação processual, quando citada, apresentar resposta. Este é um dos fundamentos do contraditório e da ampla defesa. Entretanto, a concessão da tutela antecipada antecedente será sempre *inaudita altera parte*. Deste modo, só ocorrerá apresentação de defesa quando já decidido acerca do pedido de antecipação da tutela. Se a relação processual precisasse se estabelecer, para só então ocorrer a concessão da medida antecipatória, tudo aquilo que o instituto visa proteger, não protegeria. O tempo é essencial para a eficácia da medida, logo, aguardar manifestação da parte contrária demandaria um decurso temporal que, neste momento, é impensável. Portanto, a resposta esperada pela parte contrária não será através de

⁹⁷ CPC/15, art. 303, § 2º Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.

⁹⁸ CPC/15, art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:
I - tutelas provisórias;

contestação, como usualmente, mas, na forma de interposição de devido recurso contra decisão que já deferiu o pedido de tutela antecipada.

FREDIE DIDIER JUNIOR, assim conceituou a estabilização da tutela:

A estabilização da tutela ocorre quando ela é concedida em caráter antecedente e não é impugnada pelo réu, litisconsorte ou assistente simples (por recurso ou outro meio de impugnação). Se isso ocorrer, o processo será extinto e a decisão antecipatória continuará produzindo efeitos, enquanto não for ajuizada ação autônoma para revisá-la, reformá-la ou invalidá-la. Nesse caso, não há, obviamente resolução do mérito quanto ao pedido definitivo – até porque a estabilização se dá num momento em que esse pedido sequer foi formulado. A estabilização apresenta uma generalização da técnica monitoria para situações de urgência e para a tutela satisfativa, na medida em que viabiliza a obtenção de resultados práticos a partir da inércia do réu.⁹⁹

A *estabilização da tutela* tem o intuito de evitar os danos ocorridos pela demora de um decurso processual e, para tanto, aproveita-se da inércia do réu a fim de se beneficiar de resultados imediatos e eficazes. Neste sentido, para sua regularidade é necessário que se cumpram as seguintes condições: i) pedido de tutela provisória de urgência requerida em caráter antecedente; ii) que tenha havido pedido expresso do autor; iii) decisão proferida liminarmente, *inaudita altera parte*; iv) não interposição de recurso por parte do réu contra decisão que deferiu a tutela provisória.

A importância de aplicabilidade desse instituto em casos práticos é enorme. Os casos mais corriqueiros são desde a simples exclusão de nome de eventual devedor inserido erroneamente em cadastros de proteção ao crédito, e que não concorda com o montante da dívida ou de sua existência, até casos em que envolvem o direito à propriedade, privacidade ou mesmo à vida. A título de exemplo, não são incomuns os pedidos administrativos de cirurgia de urgência que são negadas por operadoras de planos de saúde. Imaginemos que um paciente seja detentor de um plano de saúde e tenha sua cirurgia negada, colocando sua vida em risco. Num juízo de ponderação, o magistrado não precisa de muitos elementos para que verifique a plausibilidade do direito, o perigo da demora e, claro, a possibilidade de reversibilidade, que neste caso, pode ser o reembolso das despesas. Logo, demonstrada a plausibilidade do pedido, deverá ser deferida a tutela antecipada (satisfativa) em caráter antecedente. O plano de saúde, já tendo sido intimado a cumprir a decisão antecipatória - em muitos casos já tendo inclusive cumprido a decisão – posteriormente, apresentará resposta. Desta maneira, se o plano de saúde não se infligir contra a decisão, ou seja, não apresentar

⁹⁹ DIDIER JUNIOR, 2015: 604

resposta adequada, o processo dar-se-á por extinto sem resolução de mérito. Mas, o objeto (que era a cirurgia) terá sido cumprido. Não é preciso muito esforço para visualizar a economia processual deste exemplo que pode, claramente, representar inúmeros casos existentes que acabam chegando ao Judiciário.

Imaginemos, entretanto, que o plano de saúde tivesse apresentado o recurso. Neste caso, o processo prosseguiria normalmente até seu resultado, que poderia manter, modificar ou revogar a tutela antecipada, mesmo já tendo sido cumprida. Em qualquer dos casos, não haveria prejuízo para o réu, salvo, em caso de revogação, eventuais prejuízos financeiros que poderiam ser cobrados do autor. Porém, se não existisse a possibilidade dessa tutela antecipada, muito provável que o autor tivesse sofrido danos irreparáveis ou de difícil reparação, até mesmo, com a própria vida.

A tutela de urgência antecipada em caráter antecedente é, por esta razão, considerada satisfativa, porque independentemente da circunstância da resposta do réu, resolverá o “mérito” e providenciará a garantia de direitos que, numa outra análise, podem ou não vir a ser exauridos no decurso processual.

3.2.5 TUTELA DE URGÊNCIA CAUTELAR EM CARÁTER ANTECEDENTE

A tutela de urgência cautelar em caráter antecedente é o instrumento de antecipação de tutela que - dentro de um processo já em trâmite - visa assegurar direito que possa vir a sofrer perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, conforme sua previsão expressa no artigo 305 do CPC/15. O procedimento para concessão desta tutela, será através de petição inicial, que indicará a lide, seu fundamento e a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar.¹⁰⁰

É preciso lembrar que no revogado CPC/73 o processo cautelar tinha um livro próprio, especificamente, regulando as condições para sua concessão. Uma das características era a autonomia procedimental, pela qual era preciso a instauração de um processo autônomo para processar e decidir a tutela cautelar. Neste momento, com a vigência do CPC/15, o processo cautelar não tem mais livro próprio, tendo sido inserido no rol das

¹⁰⁰ CPC/15. 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.

tutelas provisórias. Adotou ainda, a característica de *interinalidade*, extinguindo a necessidade de processo autônomo. Portanto, a tutela de urgência cautelar deverá ser requerida sempre nos autos do próprio processo em curso.

A petição inicial onde será formulado o pedido deverá estar conforme os requisitos do artigo 319, I, II, V e VI, do CPC/15 que, neste sentido, terá sua admissibilidade analisada pelo juiz que, entendendo faltar elementos processuais, poderá determinar sua emenda antes de proferir decisão acerca do pedido de tutela cautelar¹⁰¹.

O juiz, antes de deferir o pedido de tutela cautelar, deverá observar se foi requerida *inaldita altera pars* ou com justificação prévia e respeitada a forma do pedido determinará o cumprimento da medida ou a indeferirá. Se deferida, será expedido mandado para seu cumprimento, bem como a citação da parte contrária para apresentar resposta em prazo de 5 (cinco) dias¹⁰² que, se não contestado, os fatos alegados presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos. Depois de devidamente formada a lide o processo seguirá seu curso pelo procedimento comum¹⁰³.

A tutela cautelar em caráter antecedente quando concedida deverá ser efetivada em prazo de 30 (trinta), dias devendo o pedido principal ser formulado e apresentado nos mesmos autos em que tramita o pedido provisório, independentemente, de pagamento de novas custas processuais¹⁰⁴.

No caso de indeferimento a tutela cautelar não será efetivada - inclusive caberá o devido recurso contra essa decisão. Entretanto, o processo deverá prosseguir com a apresentação do pedido principal, que manterá nos autos a análise da tutela cautelar, entretanto, prosseguirá para exaurir o pedido de mérito satisfativo, como explicitado por FREDIE DIDIER JUNIOR:

¹⁰¹ CPC/15, art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.

¹⁰² CPC/15, art. 306. O réu será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir.

¹⁰³ CPC/15, art. 307. Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá dentro de 5 (cinco) dias.

Parágrafo único. Contestado o pedido no prazo legal, observar-se-á o procedimento comum.

¹⁰⁴ CPC/15, art. 308. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor 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.

O § 1º do art. 308 do CPC autoriza a cumulação inicial de pedidos cautelar e definitivo. Assim é plenamente possível que a demanda seja formulada já com os pedidos de tutela cautelar e tutela satisfativa. Nesse caso, a tutela cautelar não será antecedente, mas, sim, incidental. Essa regra revela como o procedimento comum é apto a mais de uma espécie de tutela jurisdicional – é, também por isso, um procedimento de cognição plena.¹⁰⁵

Após a apresentação do pedido principal serão as partes intimadas para audiência de conciliação ou mediação e não havendo autocomposição o réu deverá apresentar a contestação do pedido principal no prazo de 15 (quinze) dias. O processo seguirá seu curso normalmente, adotando o procedimento comum até o momento de prolação da sentença, oportunidade, em que será mantida, modificada ou revogada a tutela cautelar, bem como, será decidido o mérito apresentado através de pedido principal.

A tutela cautelar concedida em caráter antecedente cessará sua eficácia se o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal e, ainda, se a medida não for efetivada em 30 (trinta) dias ou se o pedido principal for julgado improcedente; extinguir-se-á a ação sem resolução de mérito, sendo vedada a renovação do pedido de tutela cautelar, salvo se sob novo fundamento¹⁰⁶.

Cumprido destacar que existem divergências importantes nas correntes que definem a natureza da tutela cautelar. O ilustre doutrinador italiano PIERO CALAMANDREI, defende que a tutela cautelar tem a característica de provisoriedade e, que, portanto, caberá a sua substituição pela tutela definitiva. Por isso, o CPC/73 permitiu, por exemplo, a satisfatividade de tutela com base em tutela cautelar. Entretanto, a tutela cautelar tem o condão de proteger direito através da instrumentalização do instrumento:

[...] se todos os procedimentos jurisdicionais são um instrumento de direito substancial, que através destes, se cumpre, nos procedimentos cautelares verifica-se uma instrumentalidade qualificada, ou seja, elevada, por assim dizer, ao quadrado: estes são de fato, infalivelmente, um meio predisposto para o melhor resultado do procedimento definitivo, que por sua vez é um meio para a aplicação do direito; são portanto, em relação à finalidade última da função jurisdicional, instrumentos do instrumento.¹⁰⁷

A doutrina italiana, aqui representada por CALAMANDREI, defendia que a tutela cautelar deveria estar no rol das tutelas satisfativas, como ocorre hoje no CPC/15,

¹⁰⁵ DIDIER JUNIOR: 2015, 615

¹⁰⁶ CPC/15, Art. 309

¹⁰⁷ CALAMANDREI, 2000: 42

diferentemente de como acontecia no revogado CPC/73, que a colocava alheia às demais medidas antecipatórias¹⁰⁸.

Por outro lado, há quem defenda que a tutela cautelar existe para precaver e acautelar, como o próprio derivativo do nome “cautela” vem do verbo latino “*cavere*”¹⁰⁹. Portanto, ela surge como um instrumento para assegurar direitos e nunca possibilitará satisfatividade de direitos, devendo assim, estar separada das demais tutelas antecipatórias. Da mesma maneira, afirmou o ilustre doutrinador PONTES DE MIRANDA:

Além de pretensão à tutela jurídica (Rechtsschutzanpruch), à cognição completa (à sentença em sentido estrito) e da pretensão à tutela jurídica à execução - a pretensão à tutela jurídica à segurança, que é ou segurança quanto ao fato ou à segurança de pretensão (Anspruchssicherung). A exibição de livros as vistorias e inquirições ad perpetuum rei memoriam são asseguradoras do fato, aí, mais estritamente, da prova; o arrespo do sequestro, a busca e apreensão, asseguradoras da pretensão, talvez só da pretensão, talvez só da prestação, o que é comum a todas elas é que não se libera, por elas, o devedor da obrigação, nem se satisfaz o credor. Não se profere decisão que tenha efeitos diretos de liberação ou de satisfação. Só se assegura. u se assegura a prova do fato, ou se assegura a pretensão, portanto, à prestação a ser exigida, de futuro. Não se alude à execução forçada. O que importa é a distinção entre "executar" e "assegurar".¹¹⁰

Apesar de não caber aqui uma profunda reflexão sobre essa questão, cabe a observação de que houve uma retomada do entendimento da doutrina italiana de CALAMANDREI, quando se inseriu, no texto legal, topograficamente a tutela cautelar no âmbito das tutelas provisórias no CPC/15.

3.2.6 FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

Os pressupostos necessários para a concessão das tutelas de urgência foram unificados no CPC/15, que excluiu a necessidade de verossimilhança ou plausibilidade do direito a depender da natureza da tutela. Neste momento, ocorreu uma padronização do procedimento na concessão de tutelas de urgência em caráter incidental e quanto ao

¹⁰⁸ Teve origem em CALAMANDREI a doutrina moderna da tutela cautelar que reconheceu expressamente as tutelas cautelares com um conteúdo antecipatório, ao lado das tradicionais medidas *conservatórias*. Esse mestre processualista italiano, autor do modelo cautelar que aderiu a maioria da doutrina que se lhe seguiu, efetuou a distinção entre as duas configurações possíveis que pode reverter o *periculum in mora*, assim identificando, por inerência, dois conteúdos diferentes das providências cautelares. Consoante o tipo de perigo em causa, assim o conteúdo da providência cautelar, para ser eficaz, deveria ser diverso. Ou seja, para uma mesma função, dois conteúdos diferentes. O chamado *pericolo di infruttosità*, a que responderiam as providências cautelares de conteúdo conservatório e o *pericolo de tardività*, que apenas poderia ser prevenido pela tutela cautelar a que designou de antecipatória. (FARIA, 2016: 75-76)

¹⁰⁹ BAPTISTA DA SILVA, 1986: 83

¹¹⁰ PONTES DE MIRANDA, 1959: 293

regramento das tutelas de urgência, em caráter antecedente, o procedimento é diferenciado, a depender se o gênero da tutela é antecipada ou cautelar.

Como visto anteriormente, a tutela de urgência antecipada e a tutela de urgência cautelar possuem regramento próprio a depender da natureza da pretensão. Apesar de possuírem características que as assemelham, uma visa antecipar decisão para garantir direitos e a outra visa acautelar direitos para garantir a satisfação do pedido. No final, ambas possuem o objetivo em comum de resolver a problematização do ônus do tempo no processo. Entretanto, somente a tutela de urgência antecipada, que tem natureza de satisfatividade, possibilita ter seus efeitos estabilizados, exigindo, portanto, diferenciação de suas regras de aplicabilidade, por isso, cada uma delas possui previsão própria no texto legal.

Não obstante à experiência adquirida pela aplicação das tutelas provisórias, ainda permanece a dificuldade em definir qual tutela é mais adequada ao caso, mantendo-se, portanto, desde o CPC/73, a previsão de fungibilidade das tutelas antecipatórias. Mesmo com o novo texto legal e de inúmeros estudos doutrinários, a dificuldade em diferenciar as tutelas de urgência ainda perece na realidade dos tribunais brasileiros. Deste modo, a fungibilidade das tutelas, ainda que restrita às hipóteses de tutelas requeridas em caráter antecedente, será encontrada no CPC/15 conforme previsão do artigo 305, parágrafo único¹¹¹. Salienta-se, portanto, que a tutela cautelar em caráter antecedente, uma vez requerida, o juiz, entendendo que não se trata de tutela acautelatória, mas satisfativa, deverá observar a possibilidade de conversão do procedimento para a tutela adequada, ou seja, a modificação da tutela cautelar em antecipatória (satisfativa). Essa modificação de tutelas é nomeada de *fungibilidade progressiva*.

Neste sentido, existindo a possibilidade de conversão da uma tutela cautelar em tutela antecipatória, ou seja, “daquela menos agressiva para a mais agressiva”¹¹², por que não admitir o contrário? Sendo assim, a admissibilidade de conversão de tutela provisória antecipada em caráter antecedente para uma tutela cautelar é perfeitamente possível, se

¹¹¹ CPC/15, 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.

¹¹² DIDIER JUNIOR, 2015: 616

aplicada, por analogia. FREDIE DIDIER JUNIOR, melhor explica o que ele chama de *fungibilidade regressiva*:

Se o legislador admite essa fungibilidade regressiva (da cautelar para a satisfativa), deve-se admitir, por analogia, a *fungibilidade regressiva* da satisfativa para a cautelar (da mais para a menos agressiva e rigorosa). Dessa forma, uma vez requerida tutela provisória satisfativa (antecipada) em caráter antecedente, caso o juiz entenda que sua natureza é cautelar, poderá assim recebê-la, desde que seguindo o rito para ela previsto em lei. É preciso que a decisão tenha motivação clara nesse sentido, até mesmo para que o réu saiba das consequências de sua inércia, bem mais gravosas caso o pedido seja de tutela provisória satisfativa.¹¹³

O objetivo das tutelas provisórias é garantir direitos com o melhor aproveitamento do tempo em relação ao processo. Os princípios da economia processual e da duração razoável do processo são basilares para técnicas como a fungibilidade das tutelas de urgência, como confirma LUIZ GUILHERME MARINONI:

A *fungibilidade* é uma manifestação da necessidade de *aproveitamento de atos processuais já praticados*, com o que reside nos domínios da *economia processual* e da *duração razoável do processo* (arts. 5.º, LXXVIII, da CF, e 4.º). Nessa perspectiva, sendo possível conhecer o pedido de tutela satisfativa (antecipada) como se pedido de tutela cautelar fosse (e vice-versa), *seja formulado de forma incidental, seja de maneira antecedente*, uma interpretação conforme ao direito fundamental à duração razoável do processo autoriza esse aproveitamento. Inspirado nessa mesma linha de efetiva prestação da tutela jurisdicional, tendo o Código encampado claramente uma *preferência pela prolação de decisões de mérito em detrimento de decisões meramente processuais* (arts. 317 e 488), é igualmente evidente a possibilidade de se aplicar a regra da fungibilidade entre os pedidos de tutelas provisórias da maneira mais ampla possível.¹¹⁴

A previsão de converter um procedimento em outro - aqui reconhecida a *fungibilidade de mão dupla* - é essencial para garantir um processo útil e eficaz, atrelado a possibilidade de gestão processual que é cabida ao juiz ao perceber a possibilidade de aplicação da técnica.

3.3 DA TUTELA DE EVIDÊNCIA

A tutela de evidência também é uma tutela provisória que visa a antecipação dos efeitos da tutela final, a ser obtida em decisão de mérito. Caracteriza-se pela satisfatividade do direito do requerente, porém não exige requisitos de urgência, sequer demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo.

¹¹³ DIDIER, 2015: 616-617

¹¹⁴ MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017: 222

Ressalta-se que a doutrina italiana se debruçou sobre o tema da tutela de evidência e concluiu que para definir sua natureza é necessária distinção entre verdade formal e verdade material. A teoria italiana defende que a verdade dos fatos - impressa pela ideia de evidência - está na demonstração de prova¹¹⁵. Em contrassenso, a doutrina portuguesa afirma que, “evidente é o que dispensa prova; é um simulacro de autorreferenciabilidade, pretensão de uma justificação centrada em si mesma; a evidência corresponde a uma satisfação demasiado rápida perante indicadores de mera plausibilidade [...] de alguma maneira a evidência instaura um ‘desamor ao contraditório’¹¹⁶.

No ordenamento jurídico brasileiro, o Ministro Luiz Fux, que foi também responsável pela elaboração do CPC/15, estabeleceu uma divisão das tutelas sumárias em duas espécies: i) tutelas de segurança; b) tutelas de evidência. De modo que no texto legal, fica clara essa distinção entre tutela de urgência (*situação de segurança*) e tutela de evidência (*situação de evidência*)¹¹⁷.

A duração razoável do processo é um princípio que está assegurado pela Constituição Federal, quando no seu artigo 5º estabeleceu “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Deste modo, qualquer possibilidade de morosidade do processo precisa ser combatida através de instrumentos adequados. Entretanto, nem sempre a causa para a demora processual deve ser compreendida como culpa do Estado, mas, sua causa pode ser originada por atos das próprias partes.

Assim sendo, a tutela de evidência surge como importante instrumento de combate à morosidade, mas, também de punitividade àquele que der causa à demora, antecipando decisão daquele que possa ter sido prejudicado. Insta salientar que a lei não delimita a legitimidade de requerimento da tutela de evidência, portanto, ela poderá ser requerida por qualquer das partes.

O deferimento de tutela de evidência independe de pagamento de caução, visto que tem natureza provisória e por ser obtida em cognição sumária e pode ser revogada a qualquer tempo. Os riscos de impossibilidade de reparação, em caso de reversão da tutela de

¹¹⁵ TARUFFO, 2002: 23 a 25

¹¹⁶ MARTINS, 2010: 1 a 8

¹¹⁷ FUX, 2004: 57

evidência, deverão ser ponderados pelo juiz, que decidirá acerca de pagamento ou não de caução. Ressalta-se ainda, que poderá ser deferida *inaldita altera parte* ou com oitiva da parte contrária, logo, o pedido poderá ser através de petição inicial ou incidental durante o curso do processo.

Apesar de não exigir os requisitos de urgência é garantida a fungibilidade entre as tutelas provisórias. Portanto, ainda que o requerimento da parte tenha sido no sentido de obter tutela de urgência, mas, os requisitos da tutela de evidência estão presentes, com base no artigo 305 do CPC/15, será aplicada a extensividade de interpretação ao dispositivo e se converterá a tutela de urgência em tutela de evidência.

As possibilidades de concessão de tutela de evidência estão previstas no artigo 311 do CPC/15 e seu deferimento se dará conforme as possibilidades descritas no rol dos incisos I a IV.

3.3.1 TUTELA DE EVIDÊNCIA QUANDO CARACTERIZADO ABUSO DO DIREITO DE DEFESA OU MANIFESTO PROPÓSITO PROTETATÓRIO DA PARTE

A concessão de tutela de evidência é dada quando caracterizado abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte; sendo previsto no inciso I do artigo 311 que deverá ser aplicado como instrumento punitivo contra a parte comportar-se de maneira irregular propositalmente.

Neste mesmo sentido, o réu sofrerá o ônus pela inconsistência de sua defesa. O autor produzirá em petição inicial os argumentos para ter seu direito tutelado e o réu apresentará contestação para combater qualquer inveracidade nas alegações do autor. Quando essa defesa se mostra frágil ou inverossímil diante da robustez das alegações do autor, é dever do juiz, deferir tutela de evidência - se obviamente requerida pelo autor - com base em abuso de direito de defesa ou manifesto protelatório da parte, neste caso, do réu, como afirma LUIZ GUILHERME MARINONI:

Nessa linha, o art. 311, I, deve ser lido como uma *regra aberta* que permite a antecipação da tutela sem urgência em toda e qualquer situação em que a defesa do réu se mostre *frágil* diante da *robustez* dos argumentos do autor – e da prova por ele produzida – na petição inicial. Em suma: toda vez que houver apresentação de *defesa inconsistente*. Trata -se, portanto, de uma importante técnica processual voltada à atípica concretização do princípio da igualdade e da paridade de armas

entre os litigantes (arts. 5.º, I, da CF/1988, e 7.º do CPC) – destinada, portanto, a colocar em evidência o *lado oculto* do processo, aquele que não pode ser visto pelo processualista que olha apenas para o plano normativo: o fato de que a resistência indevida no processo não pode ser *fonte de vantagens econômicas para quem por detrás dela se esconde*, mormente quando o autor depende economicamente do bem da vida, hipótese em que o desprezo pelo tempo do processo e o conseguinte fortalecimento da posição do réu acentua a desigualdade entre as partes, *transformando o princípio da igualdade em uma abstração irritante*.¹¹⁸

Assim sendo, a previsão do inciso I do artigo 311, deverá ser entendida como instrumento punitivo. Caracterizada a má-fé, ou qualquer comportamento ardiso da parte para impedir o devido transcorrer processual, inclusive, obscurecer fatos, esta [a parte] sofrerá o ônus pela sua deslealdade. FREDIE DIDIER JUNIOR, elencou alguns exemplos que autorizam a concessão da tutela de evidência punitiva:

- a) a reiterada retenção dos autos por tempo delongado; b) fornecimento de endereços inexatos a fim de embaraçar intimações; c) prestar informações erradas; d) embaraçar a produção de provas – pericial, testemunhal, inspeção judicial etc.
- e) “pode igualmente revelar-se pelo confronto com sua atitude em “outro processo”, onde havia sustentado determinados fundamentos de fato ou de direito; todavia, no processo conexo, adota argumentação antagônica, sem justificar devidamente tal descompasso; f) invocar uma tese bisonha ou oposta à orientação dominante nos tribunais superiores etc. g) alienação de bens necessários à satisfação do demandante; g) repetir requerimento antes indeferido etc.

Como se pode observar, a faceta punitiva da tutela de evidência tem amplitude que vai desde coibir comportamentos que causam danos processuais, até nas questões que combatem falsas alegações dificultam a busca pela verdade do processo ou visam confundir o juiz na formação da convicção dos fatos, que, por sua vez, resultará em decisão final de mérito.

3.3.2 TUTELA DE EVIDÊNCIA FUNDADA EM PROVA DOCUMENTAL E PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

O inciso II do artigo 311 do CPC/15, possibilita a concessão de tutela de evidência quando “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”. Duas vertentes precisam ser analisadas neste caso: uma remete-se à apresentação de prova documental e a outra a prévia existência de decisão judicial.

¹¹⁸ MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017: 235-236

As alegações, que podem ser documentalmente provadas e já tiveram sua causa de pedir analisada por tribunais superiores, contemplam o bojo normativo que ensejará na concessão de tutela, como afirmado por FREDIE DIDIER JUNIOR:

A parte que postula com base em fatos provados por documentos e que sejam semelhantes àqueles que ensejaram a criação de tese jurídica vinculante em tribunal superior – tese esta invocada como fundamento normativo de sua postulação -, encontra-se em estado de evidência.¹¹⁹

Desta maneira, a análise dos precedentes judiciais deve ser feita extensivamente, ou seja, não se restringirá somente em decisões obtidas nos incidentes de resolução de demanda repetitivas ou súmulas do STJ e STF, mas podem ser obtidas por demonstração sistemática de decisões de outros Tribunais Superiores, conforme demonstra de LUIZ GUILHERME MARINONI, ao criticar a falta de previsão do legislador:

O art. 311, II, revela um equívoco de orientação em que incidiu o legislador a respeito do tema dos *precedentes* e que também na tutela da evidência se manifesta. O que demonstra a inconsistência da defesa do réu não é o fato de a tese do autor encontrar -se fundamentada em “julgamento de casos repetitivos” (leia -se, incidente de resolução de demandas repetitivas, arts. 976 e ss., e recursos repetitivos, arts. 1.036 e ss.) ou em “súmula vinculante”. É o fato de se encontrar fundamentado em *precedente* do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em *jurisprudência* formada nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas. O que o art. 311, II, autoriza, portanto, é a “tutela da evidência” no caso de haver *precedente* do STF ou do STJ ou *jurisprudência* firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais. Esses precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não ter adequadamente suas razões retratadas em súmulas vinculantes.¹²⁰

Essa modalidade de concessão de tutela de evidência está fundamentada na teoria dos precedentes obrigatórios, que vem sendo reforçada pelo neoprocessualismo¹²¹ e traz como pano de fundo a constitucionalização do processo e a importância dos princípios. Apesar do juízo de ponderação, com a apresentação de novas teses, ter se tornado função essencial do juiz, ainda é importante o respeito pela jurisprudência, que ainda são fonte inexorável de direito. O juiz deve sempre observar sua vinculação aos precedentes e evitar decisões temerárias, que colocam em fragilidade seu papel de representante do Estado.

¹¹⁹ DIDIER JUNIOR, 2015: 625

¹²⁰ MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017: 393

¹²¹ TEIXEIRA, ALVES e MELO, 2018: 211

3.3.3 TUTELA DE EVIDÊNCIA EM CASO DE PEDIDO REIPERSECUTÓRIO

Conforme previsão do inciso III do artigo 311 do CPC/15, será concedida tutela de evidência quando “se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa”.

O Código Civil Brasileiro prevê nos artigos 627 a 647 as condições de contrato de depósito, que tem sua natureza essencial na obrigação do depositário em guardar objeto móvel até que o depositante o reclame. Ao depositário, recai o ônus de zelar pela coisa até sua devolução.

Essa modalidade de concessão de tutela de evidência está basicamente fundamentada na existência prévia do contrato de depósito. Que tendo sua devida apresentação em juízo, terá decretada a ordem de entrega do objeto, sob pena de multa. Cumpre, porém, ressaltar que existe a possibilidade de outras medidas que tornem eficaz o cumprimento da ordem de devolução, a exemplo, o juiz pode decretar busca e apreensão ou outra medida equivalente. A simplicidade de compreensão desta possibilidade de tutela foi assim comentada por LUIZ GUILHERME MARINONI:

A hipótese do inc. III consiste em permitir tutela antecipada com base no contrato de depósito – trata -se de hipótese que veio para tomar o lugar do procedimento especial de depósito previsto no direito anterior. Estando devidamente provado o depósito, tem o juiz de determinar a entrega da coisa.¹²²

3.3.4 TUTELA DE EVIDÊNCIA EM CASO DE PROVA DOCUMENTAL ADEQUADA PELO AUTOR E AUSÊNCIA DE PROVA RAZOÁVEL PELO RÉU

A última das hipóteses previstas para concessão do pedido de tutela de evidência está na previsão do inciso IV do artigo 311 do CPC/15. Neste sentido, será deferida a tutela de evidência quando “a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável”.

O tempo para produção da prova deve ser um ônus a ser suportado pelo réu, dessa maneira, a dinâmica do ônus probatório deixa de ser do autor que já apresenta a prova

¹²² MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017: 212

documental, neste caso, o contrato de depósito, como explicitado por LUIZ GUILHERME MARINONI:

A hipótese do inciso IV é a hipótese clássica em que o tempo para produção da prova deve ser suportado pelo réu – e não pelo autor que já se desincumbiu de seu ônus probatório documental. Embora não tenha sido previsto textualmente pelo art. 311, também é possível antecipação da tutela fundada na evidência quando o autor alega e prova o fato constitutivo de seu direito e o réu opõe defesa indireta sem oferecer prova documental, protestando pela produção de prova oral ou prova pericial.¹²³

Ao autor cabe a demonstração de verossimilhança dos fatos alegados, que se realizada pela apresentação de prova documental e não refutada - pela outra parte - por outra prova documental, os fatos serão constitutivos e restará demonstrada a evidência. A dúvida razoável, resultante da ineficiência do réu em contrapor provas com outras provas, acarretará deferimento da tutela de evidência. Neste mesmo sentido, defende CÁSSIO SCARPINELLA BUENO:

[...] a ausência de “prova capaz de gerar dúvida razoável” a cargo do réu em contraposição à “prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor” é fator que enseja, a um só tempo, a concessão da tutela da evidência, mas também ao julgamento antecipado do mérito, nos precisos termos do inciso I do art. 355. Fosse a prova do réu capaz de comprometer a “suficiência” da prova documental dos fatos constitutivos do direito do autor, e a hipótese não seria nem da tutela da evidência e, tampouco, do julgamento antecipado do mérito. É que, neste caso, na exata medida em que o magistrado duvida do fato constitutivo do direito do autor diante das provas trazidas pelo réu, há necessidade de identificar o ponto controvertido e determinar a produção da prova que o permita julgar.¹²⁴

Essa tutela de evidência, quando deferida, será de natureza antecipatória do mérito, ou seja, satisfativa, posto que, seu arcabolo probatório está baseado em provas que foram oportunizadas sua refutabilidade pelo réu, e este não procedeu de modo adequado ou suficiente, o que torna, portanto, a tutela definitiva.

¹²³ MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017: 212

¹²⁴ BUENO, 2016: 238

CAPÍTULO 4. DIREITO COMPARADO

O procedimento das tutelas antecipatórias não foi inventado pela processualística brasileira. Mas, foi inspirado por diversos outros sistemas legais que ao longo de séculos aprimoram o processo civil¹²⁵.

Neste sentido, ter uma compreensão - ainda que perfunctória - de como outros sistemas legais internacionais utilizam a técnica, ajudará na expansão da eficácia do instituto. Ainda, é preciso reconhecer que o Brasil hoje tem um ordenamento jurídico robusto, é também, devido as diferentes influências externas que recebeu.

No que tange à matéria da técnica antecipatória, é imprescindível citarmos a influência europeia, principalmente, Itália, Portugal e Alemanha.

4.1 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ITALIANO

Na Itália, a denominação de tutela cautelar tem o mesmo sentido da tutela de urgência do CPC/15 brasileiro. Apesar da nomenclatura, a estrutura de aplicação do instrumento é a mesma. O que para o ordenamento do Brasil é inserido como espécie de tutela provisória - que tem fundamento urgente e cognição sumária - para os italianos a tutela cautelar corresponde a uma espécie de tutela jurisdicional. O ordenamento jurídico brasileiro resolveu, à grosso modo, essa situação se valendo da fungibilidade das tutelas.

Cumprido destacar que a lei processual italiana não tem um regramento próprio no que tange à concessão de tutela antecipada. A análise da tutela de urgência passa pelo crivo do juiz que precisa valer-se da análise do *poder geral de cautela*¹²⁶, que possui previsão no artigo 700 do CPC italiano¹²⁷. Deste modo, não existem requisitos específicos para a concessão da tutela antecipada, porém, existem para concessão da tutela cautelar.

¹²⁵ A disciplina do direito brasileiro encontra ao que tudo indica inspiração nos procedimentos “*de référé*” (artigos 485 a 492) e “*sur requête*” (artigos 493 a 498) do direito francês e nos “*provvedimenti d’urgenza*” com “*strumentalità attenuata*” do direito italiano (artigo 669-octies, *Codice di Procedura Civile*). Do “*procédure sur requête*” o direito brasileiro importou a ausência do contraditório (nem o “*procédure de référé*”, nem os “*provvedimenti d’urgenza*” prescindem do direito ao contraditório prévio). A eficácia que procurou outorgar à decisão estável depois de transcorrido em branco o prazo previsto para o exaurimento da cognição, contudo, não tem paralelo no direito francês e no direito italiano. (MITIDIERO, 2017: 22)

¹²⁶ Chama-se atenção para o a doutrina de CHIOVENDA que melhor desenvolveu o tema.

¹²⁷ CPC Italiano, art. 700. Foras dos casos nas precedentes seções deste capítulo, quem tenha motivo de temer que durante o tempo necessário para fazer valer o seu direito na via ordinária, este esteja ameaçado por um prejuízo eminente e irreparável, pode pedir com recurso ao juiz os provimentos de urgência, que apareçam, segundo as circunstâncias, mais idôneos à assegurar provisoriamente os efeitos da decisão sobre o mérito.

A tutela cautelar no direito italiano fundamenta-se sob o viés constitucional que garante acesso ao judiciário. A legislação ordinária processual prevê no rol do artigo 669 as possibilidades típicas da concessão da medida. Dentre outras questões, está também a previsão da estabilização da tutela provisória antecedente - cognição sumária - similar ao que está previsto no artigo 304 do CPC/15 brasileiro, como detalha DANIEL MITIDIERO:

No direito italiano, dentro do capítulo destinado aos *procedimenti cautelari*, a técnica antecipatória tem sua expressão atípica nos *provvedimenti d'urgenza* (art. 700, Codice di Procedura Civile). Tipicamente, o legislador prevê técnica antecipatória para a concessão de tutela cautelar mediante sequestro *giudiziario* (arts. 669 sexies e 670) e sequestro conservativo (arts. 669 sexies e 671) e para tutela satisfativa urgente mediante denuncia *di nuova opera e di danno temuto* (arts. 669 sexies e 688). Ainda, o legislador italiano prevê técnica antecipatória para assecuração e realização antecipada da prova (*istruzione preventiva*, arts. 669 sexies, 692 a 699).¹²⁸

Assim como no direito brasileiro, os provimentos de urgência também possuem grande importância na dinâmica processual italiana. A técnica antecipatória, apesar de não ter disposição taxativa em lei, é reconhecida majoritariamente pela doutrina, que é classificada como tutela provisória atípica. Neste mesmo sentido, também discorreu DANIEL MITIDIERO:

A doutrina é unânime em assinalar a possibilidade de o juiz, por meio dos *provvedimenti d'urgenza*, satisfazer desde logo o direito ameaçado ou violado ou simplesmente assegurar a sua concretização futura. Por igual, não há discussão a respeito da provisoriedade (*provvisorietà*) do provimento e da sumariedade da cognição (*sommarietà della cognizione*) a esse subjacente. Trata-se de tutela provisória atípica contra o perigo na demora (*periculum in mora*) compreendido ora como perigo na tardança (*pericolo di tardività*), ora como perigo de infrutuosidade (*pericolo di infruttuosità*) da tutela jurisdicional.¹²⁹

Cabe por fim ressaltar, que a legislação italiana se preocupou em desenvolver instrumentos para solucionar as dificuldades encontradas pelo ônus do tempo processual. Assim como o ordenamento jurídico brasileiro, previu técnicas antecipatórias e acautelatórias. A instrumentalização do procedimento para reconhecer o mérito em cognição é uma realidade que está presente no dia a dia dos tribunais italianos, que encontram os mesmos problemas da temporariedade que a maioria dos sistemas legais também encontram mundo a fora.

¹²⁸ MITIDIERO, 2013: 26

¹²⁹ MITIDIERO, 2013: 26

4.2 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ALEMÃO

O Código de Processo Civil alemão (*Zivilprozessordnung*) possui no § 940¹³⁰ previsão de concessão de tutela provisória como provimento de urgência sempre que necessário, quando presentes os requisitos de risco de dano pelo decurso do tempo e qualquer lesão ou ameaça à direitos, seja para deferimento de tutela satisfativa ou cautelar.

Salienta-se que, para a concessão de tutela cautelar, o pressuposto da urgência é imprescindível, contrariamente, ao disposto no ordenamento jurídico brasileiro, que afasta o perigo de dano desde o revogado CPC/73 no inciso II do artigo 273 e que ainda manteve no vigente artigo 311 do CPC¹³¹.

Cabe observar que o pedido de tutela de urgência no procedimento alemão se dará em processo autônomo, separado dos autos do processo principal, como ocorria no CPC/73 brasileiro. Não obstante o procedimento ser apartado, é possível o requerimento de pretensão de mérito cumulada com pedido provisório antecipatório ou acautelatório.

Sobre a tutela cautelar no direito alemão, reitera RITA LYNCE DE FARIA em sua obra:

A tutela cautelar deve constituir simultaneamente um *minus* e um *aliud* relativamente à tutela de mérito [...] assim também estas providências antecipatórias da decisão material seriam um *aliud*, no sentido de que a respetiva função é instrumental e não material, sendo, por isso, o conteúdo de ambas necessariamente diferente. É um *minus*, no sentido de que através delas não se pode o requerente obter mais, nem igual, ao que lhe seria possível por via da ação principal, ou seja, não pode lograr a satisfação dos seus interesses, tal como resultaria da providência definitiva. No limite, ainda que, através da tutela cautelar, se antecipe aquilo que o autor obteria por via da ação principal, esta satisfação é sempre minimizada pela ausência da definitividade própria das decisões daquela ação. O que faz com que a tutela cautelar, mesmo que antecipatória, nunca antecipe totalmente a decisão de cognição plena.¹³²

Assim como no Brasil, o direito alemão permite a técnica antecipatória prévia ao contraditório concedida em decisão interlocutória a fim de proteger direitos, sejam para a eficácia do mérito ou o acautelamento de medidas que permitirão, em cognição sumária,

¹³⁰ ZPO: § 940. Provimento de urgência sobre o regulamento de uma situação provisória. Os provimentos de urgência são admissíveis com o fim de regular uma situação provisória sobre determinada relação jurídica controvertida quando este regulamento for necessário, em particular nos casos de relações jurídicas que duram no tempo para prevenir prejuízos consideráveis ou para impedir a ameaça de violência ou para outros motivos.

¹³¹ Requisitos presentes na ZPO: perigo agudo e graves prejuízos. (BENEDUZI, 2015: 151)

¹³² FARIA, 2016: 468-469

diminuir o ônus do tempo no processo, seja pela presença da plausibilidade do direito ou do perigo da demora.

4.3 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PORTUGUÊS

A legislação processual civil portuguesa, assim como a brasileira, previu no ordenamento infraconstitucional a garantia de se obter em prazo razoável resolução para os conflitos que são levados a juízo¹³³. Essa previsão legal importou na criação de instrumentos para dirimir o ônus do tempo no processo. Neste sentido, na promulgação do texto que deu origem a um novo Código de Processo Civil em 2013, estão previstas medidas provisórias e conservatórias que se inserem nas *providências cautelares*.

Os procedimentos cautelares estão dispostos topograficamente entre os artigos 362.º a 409.º do CPC e objetivam evitar danos derivados do *periculum in mora* e se instrumentalizam para garantir a efetividade da ação. Inserido neste rol, estão as providências cautelares que possuem o condão de proteger direitos que possam vir a sofrer lesão no decurso do processo a fim de assegurar a efetividade na tutela definitiva que será condida em oportunidade posterior. Dessa forma, sua natureza não é a de antecipar os efeitos da tutela satisfativa, mas, de acautelar direitos para que a tutela final possa existir de modo pleno, como explica o Professor MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA:

A função das providências cautelares é a de tutelar, de forma provisória, uma determinada situação jurídica que se encontra em perigo pela falta de uma tutela imediata. É realmente a necessidade desta tutela que justifica o decretamento de uma providência cautelar. A iminência da violação da situação jurídica é apenas um dos indícios possíveis da necessidade da tutela cautelar, dado que nem todas as providências cautelares pressupõem a iminência dessa violação: pense-se, por exemplo, nos alimentos provisórios (que são devidos antes do reconhecimento do direito a alimentos) ou no arbitramento de reparação provisória (que é devida antes de ser reconhecido ao requerente qualquer direito de indemnização). A justificação que se encontra no art. 362.º, n.º 1, para as providências cautelares – o fundado receio de lesão grave e dificilmente reparável de um direito – tem de ser entendida, não em função de qualquer potencial violação, mas em função da demora na tutela definitiva desse direito.¹³⁴

¹³³ ARTIGO 2.º Garantia de acesso aos tribunais

1 - A proteção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar.

¹³⁴ SOUSA, 2013: 1

A tutela provisória será decretada sumariamente quando presente o *fumus boni iuris* e servirá para acautelar o resultado útil da ação sem a necessidade do decurso temporal em compor a lide. Não existe, entretanto, disposição em lei para garantir de forma abrangente e geral a antecipação da tutela satisfativa, portanto, seus requisitos são os mesmos das providências cautelares.

Para além dos pressupostos que tem matriz italiana o *fumus boni iuris e periculum in mora* a doutrina portuguesa ainda insere dois outros secundários: adequação e proporcionalidade. Neste sentido, discorreu RITA LYNCE DE FARIA:

A *adequação* atua num momento subsequente à decisão de procedência cautelar, o momento de escolha da medida mais adequada a afastar o perigo receado. A providência decretada terá de ser a que desempenhe eficazmente aquela finalidade. Não estando o juiz, no domínio cautelar e ao contrário do que constitui regra no processo civil, limitado pelo pedido formulado pelo requerente, a adequação adquire importância decisiva, sobretudo no momento da apreciação da providência cautelar requerida e eventual substituição, pelo juiz, da providência a conceder. No caso da *proporcionalidade* entre o benefício concedido e o prejuízo causado com a decretação da providência, esta funciona como um pressuposto negativo, ou seja, a sua não verificação impede a concessão da tutela cautelar. Nestes termos, não constitui facto essencial à procedência do pedido cautelar do requerente, constituindo antes exceção peremptória cujo ónus da prova pertence ao requerido.¹³⁵

Conclui-se, neste sentido, que no direito português as providências cautelares possuem um papel instrumental na realização do direito. Cumprem um papel neutro ao instrumentalizar a técnica processual para resolver o entrave do ónus do tempo e garantem um estado de coisas no trâmite da ação. Constituem-se, portanto, em direito instrumental do direito e produzem uma duração razoável do processo para no fim se alcançar os efeitos de uma tutela jurisdicional efetiva.

¹³⁵ FARIA, 2016: 109-110

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O intuito deste trabalho foi desenvolver um estudo sobre o instituto da antecipação da tutela e sem deixar de mencionar as demais modalidades de tutela provisória existentes no direito brasileiro. Nosso objetivo era concluir que o instrumento de antecipação da tutela, nos moldes que é aplicado hoje, cumpre um papel de remédio processual ao minorar as dificuldades encontradas pelo ônus do tempo no processo.

Desde que o Estado trouxe para si a obrigação de tutelar direitos, esbarrou em problemas relacionados à efetividade de sua prestação, seja pela interpretação normativa ou mesmo pelo próprio trâmite dos meios adequados para a garantia destes direitos, que já algum tempo são prestados pelo conjunto de procedimentos que formam o processo.

Antes de existir como um direito autônomo, o direito processual civil era uma coisa das partes, ou seja, tutelava-se pelo direito privado que não garantia instrumentos que hoje são basilares para a promoção do império do direito, guardião da essência do tecido social e mantenedor do equilíbrio, seja por dirimir ou regular conflitos diante dos embates do dia a dia.

Neste sentido, a lei evoluiu ao ponto de se autoprotoger através de meios principiológicos e constitucionais, onde o entendimento do tecido legal não cumpre função meramente positivista, mas necessita de espectros que vão desde uma análise interpretativa da norma até fundamentos sociais e filosóficos que se moldam à necessidade de cada caso. A convergência normativa é uma necessidade para o direito processual moderno, em que regras e princípios chocam-se quando colocados em rota de colisão, a fim de chegarem a um resultado casuístico em que prevalecerá a regra ou princípio que tiver maior peso, sem que necessariamente, um anule o outro do mundo legal.

Neste embate, as garantias fundamentais precisam ser protegidas e necessitam prevalecer quando trazidas à tona. Por esta razão, o princípio da duração razoável do processo precisa se validar quando a efetividade do processo é colocada no contrapeso da exauriência procedimental e cabe a balança da justiça decidir para que lado penderá. É certo que um processo que não é efetivo de nada serve. As pretensões levadas à juízo precisam de solução, que, por sua vez, precisa ser efetiva e não meramente formal.

Nesta perspectiva, surgem os instrumentos processuais de efetividade processual. Hoje, a antecipação da tutela é instrumento inexorável do procedimento contencioso

brasileiro. Sua existência é mais que necessária, mas essencial para que a justiça brasileira possa cumprir a efetividade dos processos que abarrotam os tribunais. Ainda assim, com diversos instrumentos que visam resguardar o tempo do processo, desde os procedimentos de execução provisória, juizados especiais, procedimentos monitórios, até os de satisfatividade sumária do direito, a demora na solução das pretensões judiciais ainda é uma realidade.

O Brasil não é solitário nessa angústia. Diversos sistemas legais adotam os meios de antecipação da tutela ou mesmo de acautelamento do direito - através das tutelas cautelares - para diminuir as barreiras existentes pelo decurso temporal. Cumpre, entretanto, salientar, que os princípios basilares da relação processual - contraditório e ampla defesa - são flexibilizados no tempo, mas, jamais se ausentarão da relação processual. O tempo é flexionado para trazer decisão satisfativa ou acautelatória no intuito de proteger direitos, antecipando o mérito ou garantindo que não ocorra dano ao processo.

O mais importante doutrinador italiano acerca desta matéria é PIERO CALAMANDREI, citado algumas vezes neste trabalho. Sua visão do processo garantiu que o instrumento antecipatório ou acautelatório tomasse forma dentro do processo civil, não só da Itália, mas de diversos outros países, como Portugal e Brasil. Para o autor, a pressa poderia representar em diminuição da qualidade, num choque entre fazer depressa, mas fazer mal ou fazer bem, porém fazer tarde, a efetividade de fazer depressa deve se sobrepor:

Quer dizer, a necessidade de fazer *depressa* está em conflito com a necessidade de fazer *bem*. As providências cautelares vêm resolver o conflito, conciliando o quanto possível o interesse da *celeridade* com o interesse da *ponderação*. Entre o fazer depressa, com risco de fazer mal, e o fazer bem, mas muito tarde, as providências cautelares propõem-se sobretudo fazer depressa, dando ensejo a que o problema da justiça intrínseca da decisão seja resolvida com calma e reflexão, mediante as formas ordinárias; permitem que o processo principal funcione devagar e com segurança, porque preparam as coisas para que a decisão definitiva, quando vier a ser tomada, tenha a mesma eficácia prática que se fosse proferida instantaneamente.¹³⁶

Ao analisar os instrumentos antecipatórios ou mesmo os acautelatórios, tenciono a concordar com CALAMANDREI, que prefere uma justiça que se apressa do que uma justiça que falha. Como popularmente dito “feito é melhor que perfeito”, uma justiça que serve seu propósito é uma justiça eficaz.

¹³⁶ CALAMANDREI, 1983: 20

Cabe por fim ressaltar, que após o estudo das tutelas provisórias, que incluem a tutela de urgência e tutela de evidência e suas respectivas classificações que se desdobram em tutela satisfativa e tutela cautelar que podem ser requeridas em caráter antecipado ou antecedente, fica claro que desde seu nascimento na forma existente no Código Buzaid até a sua modificação legal e com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, é possível concluir que cumprem um objetivo de remediar o ônus do tempo processual e, portanto, servem como instrumento de garantia do princípio da razoável duração do processo. Apesar de não ser o único instrumento existente, a antecipação da tutela é meio eficaz de garantir satisfativamente direitos que no fim será sempre importará para a justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alemanha. (2005). *Zivilprozessordnung* (Código de Processo Civil). Berlim: *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*.

Alexy, R. (2008). *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros.

Araújo, A. P. de (2002). Da Antecipação da Tutela. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, vol. 41, 27-54 [Data de acesso: 10/06/2019]. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1227> .

Ávila, H. (2005). *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros.

Baptista da Silva, Ovídio Araújo (1986). *Do Processo Cautelar*. 2ª ed. Porto Alegre: Lejur.

Bedaque, J. R. dos S. (1998). *Tutela Cautelar e Antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros.

Beneduzi, R. (2015). *Introdução ao Processo Civil Alemão*. Salvador: Juspodium.

Brasil. Lei nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, jan 2015. [Data de acesso: 07/07/2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm.

Brasil. Lei nº 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973. *Institui o Código de Processo Civil*. Brasília, DF, jan 1973. [Data de acesso: 10/06/2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm .

Brasil. Lei nº 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995. *Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências*. Brasília, DF, set 1995. [Data de acesso: 10/06/2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm .

Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 5 out 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 482*. Brasília, DF, DJ 03/07/1990. Disponível em: <http://bit.ly/2XIr3Xy> .

Bueno, C. S. (2016). *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2016*. São Paulo: Saraiva.

Cademartori, L. V. (2005). Os casos difíceis e a discricionariedade judicial: uma abordagem a partir das teorias de Herbert Hart e Ronald Dworkin. *Novos Estudos Jurídicos*, vol. 10(1), 215-228 [Data de acesso: 10/06/2019]. Disponível em: <http://bit.ly/2G7U5Vq> .

Calamandrei, P. (1983). *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. In: *Opere giuridiche*. Vol. IX, Napoli: Morano Editore.

- Calamandrei, P. (2000). *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Campinas: Servanda.
- Canotilho, J. J. G. (2018). *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina.
- Canotilho, J. J. G. 1993 *Direito constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina.
- Carnelutti, Francisco, 1944. *Sistema de derecho procesal civil*. Vol. III. Buenos Aires: Uteha.
- Chiovenda, Giuseppe, 1965. *Instituições de direito processual civil*. 2ª ed. Vol 1, São Paulo: Saraiva
- Didier Jr., Fredie; Braga, P. S.; Oliveira, R. A. de (2015). *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10ª ed. Vol 2. Salvador: Jus Podivm.
- Dinamarco, C. R.; Lopes, B. V. C. (2017). *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros .
- Dworkin, R.(2007) . *Levando os direitos a sério*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes.
- Faria, L. M. de (2009). Entendendo os Princípios Através de Ronald Dworkin. *Revista Jurídica UNIGRAN*, vol. 11(22), 31-43 [Data de acesso: 10/06/2019]. Disponível em: https://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/22/artigos/artigo03.pdf
- Faria, R. L. de (2016). *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português: Um difícil equilíbrio entre a Urgência e a Irreversibilidade*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- Fux, L. (2004) . *Curso de Direito Processual Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense.
- Galuppo, M. C. (1999). Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o seu modo de aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 143(36), 139 [Data de acesso: 10/06/2019]. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/514>
- Itália. Lei nº 1443, DE 28 DE OUTUBRO DE 1940. *Codice di procedura civile*. Roma, out 1940. [Data de acesso: 10/06/2019]. Disponível em: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.regio:1940-10-28;1443!vig=>
- Marinoni, L. G. (2013). *Da Tutela Cautelar à Tutela Antecipatória*. [Data de acesso: 10/06/2019]. Disponível em: <http://bit.ly/30pbn8n>
- Marinoni, L. G. (2017). Antecipação de tutela e medidas cautelares: tutela de emergência. *Revista Síntese*, nº 253, páginas 42-43.
- Marinoni, L. G.; Arenhart, S. C.; Mitideiro, D. (2015). *Novo Curso de Processo Civil*. 2ª ed. V. 01. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Marinoni, L. G.; Arenhart, S. C.; Mitidiero, D. (2017). *Novo Curso de Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Martins, R. C. (2010). *O ponto cego do direito – the brasilian lessons*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris.

Mesquita, M. L. de A. (2013). *Revista de Legislação e Jurisprudência*. Nº 134. A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno Processo Civil. Anotação. Acórdão de 8 de Julho de 2010. Tribunal da Relação do Porto.

Mitidiero, Daniel, 2017. *Antecipação da Tutela: Da Cautelar à Técnica Antecipatória*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais

Mitidiero, Daniel. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. A técnica Antecipatória na Perspectiva do Direito Comparado. Ano 10, n. 57, nov/dez 2013.

Nery Júnior, N. (2004). *Atualidades Sobre o Processo Civil*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Nery júnior, Nelson. 2009, *Princípios de Processo Civil na Constituição Federal*. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Organização dos estados americanos (1969). *Convenção Americana de Direitos Humanos*. (“Pacto de San José de Costa Rica”). San José, Costa Rica, nov 1969. [Data de acesso: 10/06/2019]. Disponível em: <http://bit.ly/2NLNuXf> .

Perino, Marcello do Amaral e PERINO, Alessandra Teixeira Miguel, 2007. *Direito Processual Civil. Execução e Cautelar*. São Paulo: Rideel

Pontes de miranda, Francisco Cavalcanti, 1959. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VIII. Rio de Janeiro: Forense.

Portugal. Lei nº 41, DE 26 DE JUNHO DE 2013. *Código de Processo Civil*. Lisboa, jun 2013. [Data de acesso: 10/06/2019]. Disponível em: <http://bit.ly/2JqdzGV> .

Reale, M. (1996). *Filosofia do Direito*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva.

Rodrigues, H. W.; Lamy, E. A. (2018). *Teoria Geral do Processo*. 5ª ed. São Paulo: Atlas.

Senado federal. Anteprojeto do novo código de processo civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf> . Acessado em 14/05/2019.

Souza, M. T. (2013). *As providências cautelares e a inversão do contencioso*. Disponível em: https://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/pcn_ma_25215.pdf.

Souza, A. C. (2016). *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência*. São Paulo: Almedina.

Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta.

Teixeira, S. T.; Alves, V. C. S. F.; Melo, D. G. (2019). Tutela provisória da evidência e sua aplicabilidade prática. *Revista de informação legislativa*, v. 56, n. 221, p. 195-222, jan./mar. 2019 [Data de acesso: 04/07/2019] Disponível em: <http://bit.ly/2XW89vf>.

Theodoro júnior, H. (1991). *A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no direito processual civil*. V.665. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Theodoro júnior, Humberto, 1999. *O processo civil no limiar do novo século*. 1ª ed. São Paulo: Forense.

Theodoro júnior, Humberto, 2007. *Curso de Direito Processual Civil*. 41ª, Vol.2, ed. Rio de Janeiro: Forense.

Valim, P. R. L. (2017). Espectro Histórico da Evolução Jurídica sobre o Instituto da Tutela Antecipada. *Revista Jus Navigandi*, [Data de acesso: 10/06/2019]. Disponível em: <http://bit.ly/2XFfZdC>.

Watanabe, K. (1987). *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais.