

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

LUDMILLA COELHO OLIVEIRA

**A EFETIVIDADE DAS TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA E DE EVIDÊNCIA
NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UMA PERSPECTIVA DESCRITIVA**

**BRASÍLIA, DF
FEVEREIRO 2016**

LUDMILLA COELHO OLIVEIRA

**A EFETIVIDADE DAS TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA E DE EVIDÊNCIA
NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UMA PERSPECTIVA DESCRITIVA**

Monografia apresentada como parte das exigências para obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* na Escola de Direito de Brasília - EDB/IDP.

**BRASÍLIA – DF
FEVEREIRO 2016**

LUDMILLA COELHO OLIVEIRA

**A EFETIVIDADE DAS TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA E DE EVIDÊNCIA
NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UMA PERSPECTIVA DESCRITIVA**

Monografia apresentada como parte das exigências para obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* na Escola de Direito de Brasília - EDB/IDP.

Brasília-DF, 29 de fevereiro de 2015.

Professor Orientador

Dedico este trabalho, primeiramente, a Deus que me concedeu sabedoria e forças para elaborá-lo.

Ao meu pai Zilmar de Oliveira (*in memoriam*) que, com certeza, sentiria muito orgulho de ter uma filha especialista em Direito Processual Civil.

À minha mãe e às irmãs pelo amor, incentivo e apoio incondicional.

A todos que, direta ou indiretamente, fizeram parte da minha formação.

AGRADECIMENTOS

Ao meu tio, Dr. Jacó Coelho, por acreditar em mim, e conceder-me a oportunidade de estudar em uma instituição tão renomada como o Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

À minha tia Lázara Divina Coelho que me ajudou a concluir este trabalho.

Às minhas amigas Maria de Lourdes e Rafaela Barbosa que me apoiaram em um momento tão difícil da minha vida, e deram-me forças para finalizar esse curso.

RESUMO

Este trabalho analisa o atual instituto da Tutela Antecipada e da Tutela Provisória de Urgência e Evidência no Novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105, sancionado no dia 16 de março de 2015. Este Código trouxe inúmeras alterações ao instituto para proporcionar maior simplicidade e celeridade em sua utilização, sem deixar de lado o princípio da segurança jurídica. No Novo Código, o legislador adotou um procedimento menos moroso e com maior objetividade e segurança que o anterior Código de Processo Civil, com o objetivo de proporcionar uma efetividade na tutela jurisdicional pleiteada pela parte. Assim, com o novo instituto será possível estabelecer uma relação jurídica com menor risco de perecimento do direito colocado sob julgamento, e responder ao anseio do demandante, bem como respaldar o Estado-juiz no cumprimento da prestação jurisdicional. Porém, somente com a prática no dia a dia forense é que se conseguirá avaliar se as alterações atenderão ao fim a que se pretende alcançar, ou se haverá necessidade de ajustes nos procedimentos.

Palavras-chave: Efetividade. Segurança Jurídica. Tutela Provisória. Urgência. Evidência.

ABSTRACT

This assignment analyzes the current Institute of Prevent Guardianship and Urgency Prevent Guardianship and Evidence in the New Code of Civil Procedure, Law number 13.105, sanctioned on 16th March, 2015. This Code has brought many changes on institute to provide greater simplicity and celerity in use, without leaving the principle of legal security. In the New Code, the legislator adopted a less time proceeding and more objectivity and safety procedure from the previous Civil Procedure Code, in order to provide effectiveness in the judicial prevent claimed by part. Therefore, with new institute will be possible to establish a legal relationship with lower risk of perishing of the law in judgment, and respond to the applicant's desire and endorse the Judge in compliance with the judicial services. However, only with practicing on forensic day that is possible to evaluate if the changes will attend the finality or if will be need adjustments in procedures.

Keywords: Effectiveness. Legal Security. Prevent Guardianship. Urgency. Evidence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 TUTELA ANTECIPADA E A EFETIVIDADE NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL	12
1.1 Evolução Histórica.....	12
1.2 Tutela Antecipada.....	15
1.3 Fungibilidade da Tutela Antecipada.....	16
1.4 Princípio de Segurança Jurídica.....	19
2 TUTELA ANTECIPADA NO ATUAL INSTITUTO PROCESSUAL CIVIL	24
2.1 Aspectos Relevantes.....	24
2.2 Tutela de Urgência no Atual Instituto de Processo Civil.....	25
2.3 Tutela de Evidência no Atual Instituto Processual Civil.....	31
3 TUTELAS PROVISÓRIAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	35
3.1 Tutela de Urgência no Novo CPC.....	38
3.2 Tutela de Evidência no Novo CPC.....	42
CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS	48

INTRODUÇÃO

O tema deste trabalho monográfico é a Tutela Provisória. Diante de todos os estudos realizados no curso de pós-graduação em Direito Processual Civil, esse tema, especificamente, as Tutelas de Urgência e de Evidência, foi selecionado pelo interesse prático despertado. Na advocacia se lida com esse instituto diariamente. Outro fator que motivou tal investigação foi a afinidade da autora com as aulas ministradas e, concomitantemente, com a teoria apresentada.

O tema possui uma relevância política, social e acadêmica. Isto porque a tutela de direitos é de responsabilidade do Estado que deve, através da jurisdição, zelar pela justiça e bem-estar social, mantendo a ordem, e garantindo a satisfação dos direitos evidenciados em juízo. Assim, o Estado deve criar instrumentos com o intuito de que se agilize o atendimento aos anseios jurídicos do indivíduo cujo direito fora lesado, sem deixar que o bem jurídico da parte se perca devido à morosidade da justiça.

Desse modo, esse trabalho visa abordar a importância do instituto da Tutela Provisória fundada em Urgência e Evidência para a devida proteção de direitos, fator, este, de grande relevância para o bom desenvolvimento das relações sociais. Este instituto, é, portanto, responsável por garantir ao cidadão a efetividade na satisfação de seus direitos constitucionalmente tutelados, e permite um desenrolar mais célere de todo o aparato processual.

Para isso, será utilizada uma mescla de todo material de consulta: artigos científicos, doutrinas e legislação pertinentes que resultará em uma avaliação capaz de esclarecer os fatos referentes às Tutelas Provisórias fundadas em Urgência e Evidência, bem como torná-las compreensíveis de acordo com a conjuntura atual. Ao mesmo tempo, certificando sua importância e aprofundando a realidade estudada de forma a compreender os avanços que estão sendo implementados no Direito Processual Civil.

O método a ser seguido é o dedutivo que será aplicado no âmbito da pesquisa jurídico-dogmática uma vez que o presente trabalho visa analisar a coerência do sistema jurídico e de seus elementos avaliando a qualidade da tutela jurisdicional prestada, e a capacidade de se garantir a satisfação dos direitos pleiteados no instituto da Tutela de Urgência e de Evidência.

A pesquisa tem finalidade básica, objetivo exploratório e abordagem qualitativa através de pesquisa bibliográfica que consiste no uso de material já publicado e disponível em diferentes fontes. Trata-se de obras de doutrinadores afins ao tema em questão.

Dentre esses, encontram-se Didier Jr., Braga e Oliveira (2009; 2015), que abordam os conceitos e procedimentos do atual e do Novo Código de Processo Civil (CPC), com uma linguagem simples e clara proporcionando a toda a sociedade jurídica um fácil entendimento para colocar em prática as alterações realizadas no novel diploma; Marinoni (2008; 2011), que trata brilhantemente do objetivo das Tutelas Provisórias, qual seja, abrandar os males do tempo visando conceder uma tutela jurisdicional mais efetiva e eficaz para a parte evitando o perecimento do direito; e Wambier, Conceição, Ribeiro e Mello (2015), que comentam de forma sucinta e direta os artigos do Novo Código de Processo Civil permitindo uma melhor compreensão das mudanças trazidas na Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.

A Tutela Provisória representa um marco no direito brasileiro, uma vez que trouxe mais celeridade e eficácia às normas, possibilitando a satisfação do direito quando demonstrada a urgência e respeitados os respectivos requisitos legais, seja para Tutela de Urgência, ou seja, para a Tutela de Evidência.

Atendendo os anseios da sociedade atual foi sancionado no dia 16/03/2015 o Novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105. Tal norma também será abordada neste trabalho, pois trouxe inúmeras alterações ao instituto e que proporcionarão maior simplicidade e celeridade em sua utilização, sem deixar de lado o princípio da segurança jurídica.

Nesse contexto, a pesquisa se apresenta plenamente possível de ser realizada, como já foi indicado na apresentação do referencial teórico, uma vez que existem vastas contribuições acadêmicas sobre o assunto. Isso se justifica porque o Novo Código de Processo Civil foi sancionado e entrará em vigor em março de 2016. Vários juristas e doutrinadores vêm debatendo o tema que é de grande relevância para a sociedade civil e também para a sociedade jurídica.

A realização desse trabalho, portanto, consta de uma descrição e análise da efetividade dos instrumentos em destaque e da relevância das futuras alterações que ocorrerão no instituto da Tutela Provisória constante do Novo CPC. Isso acontecerá através de uma análise conceitual e contextual do objeto da pesquisa, a Tutela Provisória.

Diante da análise em questão, especificamente da Tutela de Urgência e de Evidência e dos efeitos decorrentes de sua aplicação nos novos moldes do Direito Processo Civil, avaliar-se-á a efetividade da tutela jurisdicional prestada e a capacidade de se assegurar a satisfação dos direitos pleiteados de forma justa e efetiva.

1 TUTELA ANTECIPADA E A EFETIVIDADE NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Cada vez mais a sociedade vem se desenvolvendo em ritmo acelerado necessitando de ações mais eficientes e satisfatórias por parte dos poderes públicos. Ocorre que, muitas vezes quando se leva o direito ao crivo do poder judiciário, encontra-se entraves já que tal poder não consegue acompanhar esse desenvolvimento e resolver as questões que lhe são expostas no dia a dia. E muitas vezes a demora na tramitação do processo, inevitável ou não, é capaz de inviabilizar a proteção de um direito por mais notório que seja, levando-o a se deteriorar no tempo.

Assim, devido à essas mudanças sociais contínuas, é necessário que se encontre novas formas para acelerar o processo judicial, diminuindo, ou acabando com a demora do poder judiciário, ou mesmo das partes que muitas vezes praticam atos protelatórios.

As Tutelas Antecipadas visam proporcionar a parte o resultado prático que ele procura obter através da própria tutela final. Trata-se de medida satisfativa, marcada, em regra, pela qualidade do provisório. Dentre seus objetivos está o de dar efetividade ao princípio da tempestividade à medida que distribui o ônus do tempo entre as partes, observando, para tanto, a plausibilidade do direito alegado por elas.

Por isso, as Tutelas Antecipadas se mostram tão importantes para o ordenamento jurídico, razão pela qual merece um estudo detalhado.

1.1 Evolução Histórica

De acordo, com Marinoni e Arenhart (2008), o Código de Processo Civil não foi projetado para garantir à parte a tutela preventiva. Na época do Estado de Direito de matriz liberal, o direito visava apenas proteger as liberdades e as conquistas da classe burguesa contra as decisões do Estado.

Assim, uma vez que o Estado não podia tratar de forma diferenciada as questões jurídicas ou sociais, também não lhe era permitido criar políticas públicas para determinadas classes de pessoas, ou mesmo natureza de direitos. Além disto, como as coisas eram dotadas de valor de troca, caso um indivíduo cometesse algum ilícito, entendia-se que a prestação da tutela ressarcitória era o bastante para compensar o valor dos danos e prejuízos causados. Ademais, o Estado, na economia

liberal, estava preocupado somente em preservar os mecanismos de mercado para que não houvesse alterações na imagem das pessoas, bem como nos seus bens.

Segundo Marinoni e Arenhart (2008), a tutela estatal não era admitida, pois naquela época entediam que o pagamento da indenização era suficiente para adimplir a prática de um ato ilícito, observe:

A tutela destinada a impedir a violação do direito não era admitida, não apenas porque se supunha que os direitos podiam ser adequadamente tutelados após a ocorrência do dano, mediante o pagamento da indenização, mas também porque uma tutela jurisdicional anterior à prática de qualquer ato contrário ao direito era vista como uma interferência estatal inconcebível sobre a esfera da liberdade e da autonomia do indivíduo. (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 44, 45).

Dessa maneira, verifica-se que, no direito processual clássico, não existia tutela capaz de impedir a prática de ato ilícito: seja porque o Estado entedia que não era necessária uma tutela preventiva para garantir um direito, seja porque não poderia atuar antecipadamente, ou, ainda, porque não poderia obrigar o indivíduo a realizar algo que o constrangesse somente para alcançar um não fazer. Visto que o bem jurídico era uma coisa dotada de valor de troca, e o juiz tinha seus poderes limitados para não interferir na esfera jurídica privada, não era necessário e nem deveria exercer função preventiva.

Ocorre que, com as mudanças da sociedade e do Estado, surgiram diversas situações que necessitavam de tutela rápida e eficaz. Assim, o Estado, ao assegurar os direitos fundamentais, precisou adotar novos métodos capazes de impedir sua violação, adotando ainda tutela idônea visando à remoção do ilícito para sua efetiva proteção.

Além disso, surgiu a necessidade da criação de normas que visassem uma maior celeridade de tutela dos direitos, já que apareceram 'novos direitos', e também relações jurídicas próprias da sociedade moderna, colocando em perigo o processo civil clássico.

Com o aumento da compreensão das pessoas sobre a sua titularidade de direitos, e principalmente, sua titularidade sobre novos direitos que surgiam, tornava-se necessária a criação de tutelas jurisdicionais que garantissem a celeridade e a efetividade da justiça.

Talvez o conceito que mais represente os anseios dos processualistas, e da sociedade brasileira como um todo, nesta época, seria o da efetividade. Era isso que

o processo e o Direito careciam. Desta maneira, uma das faces que poderia possibilitar um aumento daquela efetividade seria uma reforma no processo civil. Carecia-se trabalhar com um método mais teleológico, finalístico, sem abandonar a axiologia.

Como parte desse processo de repensar o direito processual, pelo viés da efetividade, vieram as ondas renovatórias do direito processual positivo. A primeira onda renovatória mostrou uma preocupação com uma melhoria quantitativa, ou seja, possibilitar que uma maior parcela da população tivesse acesso à justiça. Foram então criados os juizados de pequenas causas, os juizados especiais, e os procedimentos de conciliação, mediação ou arbitragem.

A segunda onda preocupou-se com a tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Ocorreu o desenvolvimento das ações coletivas, ações civis públicas, e a criação do Código de Defesa do Consumidor, aceitando e positivando a hipossuficiência de um dos polos, fazendo com que o direito tratasse melhor esta situação de desigualdade processual que, por muitas vezes, prevaleceu o direito do mais forte.

A terceira onda, desencadeada na década de noventa, do século passado, é a da renovação, reformulação dos Códigos de Processo que teve seus trabalhos coordenados pelos então Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro.

Visando alterar o Código vigente na época, mas sem criar um novo, foram convertidos em leis vários anteprojetos que versavam sobre diversos assuntos. Dentre essas modificações, têm-se os artigos 273, e 461, §3º do Código de Processo Civil brasileiro, introduzidos pela lei 8.952, em 1994.

O instituto da Tutela Antecipada foi introduzido com o propósito de estabelecer uma relação de equilíbrio entre os demandantes uma vez que o tempo de tramitação de um processo corre de forma mais lenta e prejudicial para a parte autora. Assim, objetivando impedir o perecimento de um direito pelo excessivo decurso de tempo, bem como evitar que o resultado final fosse ineficaz, foram realizadas essas alterações no CPC.

Carpina (2003, p. 22) entende que,

A dilação de tempo para se auferir o resultado final da prestação jurisdicional é questão inafastável à própria disposição jurídica moderna, e fundamentalmente processualística que se preocupa com

a dialética processual, ampla defesa, o respeito a prazos mínimo. (CARPENA, 2003, p. 22).

A Tutela Antecipatória contra o dano (CPC, Art. 273, I) fazia parte de alguns procedimentos especiais, porém, esse instituto em caso de abuso de defesa (CPC, Art. 273, II), não se encontrava expressamente na lei processual, mas alguns procedimentos especiais já tutelavam contra a defesa de mérito indireta infundada. Quanto à tutela da parte incontroversa do pedido (CPC, Art. 273, § 6º) não existia no sistema processual civil antes dessas alterações.

Promoveu-se a ordinarização da Tutela Antecipada satisfativa, ou seja, o que antes era privilégio de alguns procedimentos especiais tornou-se regra no sistema, não havendo mais espaço, hoje em dia, para falar-se em cautelar satisfativa.

A generalização da Tutela Antecipada satisfativa e sua criação, em 1994, são um marco histórico para evolução do direito processual civil, principalmente por ter incorporado, ao processo de conhecimento, atividade jurisdicional executiva, e deu início ao sincretismo processual que, anos depois, acabou por consolidar-se no direito brasileiro.

1.2 Tutela Antecipada

O instituto da Tutela Antecipada juntamente com as medidas cautelares podem ser classificadas dentro do nosso Direito Processual Civil como Tutelas de Urgência e de Evidência.

Essas Tutelas de Urgência visam resguardar os bens da vida que poderiam ser prejudicados pela demora do judiciário. Desta forma, sem as referidas tutelas que são fundamentadas pelas normas de direito material não haveria fruição imediata, e conseqüentemente, o provimento final seria ineficaz.

Outrossim, para atender a tal demanda, as Tutelas de Urgência são imprescindíveis. Já a Tutela Cautelar é responsável por preservar a eficiência e a utilidade do provimento final, enquanto a antecipação de tutela, por meio das medidas incidentais ou liminares, permite a parte gozar do direito subjetivo almejado, ainda que provisoriamente.

A Tutela Antecipada se diferencia da Cautelar porque esta última é dividida em medida liminar compreendendo qualquer decisão proferida pelo magistrado no despacho inicial do processo antes mesmo de ouvir o réu, e julgamento antecipado

da lide, previsto no artigo 330 do CPC, que é o julgamento final de mérito em um momento anterior, desde que preenchidos os seus requisitos.

Por meio da Tutela Antecipada, contudo, antecipa-se o próprio pedido ao autor feito na inicial, tendo natureza satisfativa, enquanto que nas medidas cautelares, concede-se uma medida de natureza assecuratória do provimento jurisdicional final ou de outro processo.

Quanto às semelhanças, ambas são espécies de Tutelas de Urgência. Assemelham-se ainda por serem também preventivas, uma vez que preservam os efeitos úteis da tutela definitiva satisfativa, e também provisórias, já que antecipam os efeitos da tutela definitiva permitindo o gozo antecipado e imediato, fundando-se em cognição sumária. De acordo com Didier Jr., Braga e Oliveira (2009, p. 458), “Ambas identificam-se por ter uma mesma finalidade, que é abrandar os males do tempo e garantir a efetividade da jurisdição (os efeitos da tutela)”.

1.3 Fungibilidade da Tutela Antecipada

Nas Tutelas de Urgência é possível a utilização da fungibilidade entre as Tutelas Antecipadas e as Cautelares, conforme prevê o artigo 273, parágrafo 7º do CPC, que foi inserido pela Lei n. 10.444 de 2002. A fungibilidade vem sendo adotada comumente pelos Tribunais, sendo caracterizada como princípio descrito na Teoria Geral dos Recursos.

Dispõe o parágrafo 7º do artigo 273 do CPC o seguinte, *litteris*:

Artigo 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: [Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13/12/1994]
[...]

§ 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. [Parágrafo incluído pela Lei nº 10.444, de 7/5/2002]

Pertinente à lição de Didier Jr., Braga e Oliveira (2009) sobre a disposição legal acima:

O que o § 7º do artigo 273 autoriza é que, formulado um pedido de tutela antecipada satisfativa, possa ser concedido um pedido de tutela antecipada cautelar, tudo no processo de conhecimento. Ou seja, admite-se que a tutela cautelar seja concedida em processo não cautelar.(...) Trata-se de uma opção legislativa pela simplificação: a

tutela antecipada no processo de conhecimento também pode servir como técnica de antecipação da tutela cautelar, além da tutela satisfativa. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 468).

Mitidiero (2014) entende que a fungibilidade das medidas cautelares é uma providência diversa daquela que deveria ter sido requerida. Veja-se:

Se a arte, pela descrição fático-jurídica, requer providência diversa daquela que seria adequada para a tutela de sua situação jurídica, pode o juiz, encontrando alegado e provado o direito àquela providência que seria a devida, prestar a tutela jurisdicional própria à posição jurídica sustentada pela parte interessada. (MITIDIERO, 2014, p. 165/166).

Assim, de acordo, com o princípio da fungibilidade, a parte autora pode requerer uma providência cautelar a título de antecipação de tutela o que não traria nenhum óbice para que ela fosse concedida pelo Magistrado, em caráter incidental. Desta forma, mesmo que não sejam preenchidas todas as condições estabelecidas em lei, o juiz pode apreciar o pedido, e apurar a existência do *fumus boni iuris*, e *periculum in mora* analisando a plausibilidade das alegações e do risco. Caso não seja tomada uma medida imediata, nesse sentido, poderá acarretar total ou parcial ineficácia do instrumento processual, e assim conceder à referida medida um caráter inominado.

Vale considerar esse interessante entendimento jurisprudencial sobre o tema:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL. PARTICIPAÇÃO EM CURSO DE FORMAÇÃO. FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA. REQUISITOS PRESENTES. NECESSIDADE DE DEFERIMENTO. 1. Estando presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, embora tenha sido requerida antecipação de tutela, a providência deve ser conhecida como medida cautelar, em observação ao princípio da fungibilidade das medidas de urgência, a teor do art. 273, § 7º do Código de Processo Civil. 2. Demonstrados os requisitos necessários à concessão da liminar, a medida de urgência vindicada deve ser concedida a fim de assegurar à parte o direito reclamado na ação por ele ajuizada, caso, ao final, obtenha sucesso na demanda. 3. Recurso provido. (TJ-DF - AGI: 20140020120440 DF 0012130-65.2014.8.07.0000, Relator: MARIO-ZAM BELMIRO, Data de Julgamento: 13/08/2014, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 21/08/2014 . p. 123)

A devida aplicação do princípio da fungibilidade encontra respaldo na própria composição das Tutelas de Urgência que se revestem de características e finalidades semelhantes, uma vez que ambas possuem um fator determinante, qual seja, a urgência.

No caso da Tutela Antecipada, ela visa à realização antecipada de um direito material em decorrência de sua visível plausibilidade que pode ser apreciada através de provas inequívocas. Já a Tutela Cautelar tem em seu âmago o intuito de garantir a efetividade do provimento principal, não importa ser ele um processo de execução ou conhecimento, e exige a apresentação dos requisitos da plausibilidade (*fumus boni iuris*, e *periculum in mora*).

Ambas as tutelas possuem peculiaridades e naturezas jurídicas distintas, todavia, são instrumentos utilizados com a pretensão de uma maior rapidez e efetividade no alcance da tutela jurisdicional.

Focando a eficácia do instituto da fungibilidade, constata-se que é possível, também, a aplicação concomitante e necessária do princípio da instrumentalidade das formas e dos atos processuais de modo a prevalecer a finalidade do ato e, não, a forma estabelecida em lei, evitando com que o Magistrado indefira uma medida de urgência requerida nos autos, causando dano irreparável ao direito do autor.

Pode-se dizer que o legislador aplica a fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias de mérito quando recebe o pedido de antecipação dos efeitos da tutela requerida pela parte autora como medida cautelar e vice-versa, desde que, presentes os respectivos pressupostos (requisitos) autorizadores da respectiva medida e, caso o juiz entenda necessário, poderá intimar a parte para adequar o pedido ao procedimento para que ele seja concedido.

Segundo Mitidiero sobre a aplicação da fungibilidade, ele diz:

Pouco importa se a parte pediu antecipadamente tutela satisfativa quando era o caso de tutela cautelar ou se formulou pedido de tutela cautelar quando seria o caso de requer tutela satisfativa – há intertrocabilidade plena entre essas formas de tutela jurisdicional à luz do art. 273, § 7º, CPC. O que interessa para sua aplicação é que a parte alegue e prove os requisitos próprios à tutela adequada para a proteção de sua esfera jurídica. (MITIDIERO, 2014, p. 166).

Para alguns doutrinadores, além dos requisitos gerais para a concessão da Tutela Cautelar (*fumus boni iuris e periculum in mora*), é necessário, também, que haja dúvida fundada e razoável quanto à sua natureza, ou seja, a fungibilidade só poderia ser aceita em hipóteses excepcionais quando subsistir fundada incerteza sobre qual seria a medida de urgência correta e adequada para o caso.

Esse não é o entendimento majoritário sobre essa questão. A maioria dos doutrinadores defende que esse pressuposto não está no texto da lei, devendo-se

facilitar a concessão de providências de urgência, até porque não está definido o que seria a dúvida razoável. Nesse sentido, entendem que deve ser evitado o formalismo processual já que o juiz está diante de uma situação de emergência. Por fim, entendem não se tratar da aplicação do princípio da fungibilidade, pois não estariam diante de um erro grosseiro, assim não seria necessário se falar em dúvida razoável, ou mesmo de outros pressupostos.

Com a consagração do artigo 273, § 7º, do CPC, reconheceu-se a necessidade de se reduzir o formalismo excessivo. Essa iniciativa valorizou os anseios por uma maior efetividade processual que, muitas vezes, via-se impedida por questões técnicas que não consideravam o caráter de urgência de determinadas situações e acabavam permitindo o perecimento do direito infringindo os valores estabelecidos, constitucionalmente, em estrita observância de regras.

Carpena (2003) entende que a fungibilidade não trás nenhum prejuízo desde que seja observado os seus requisitos autorizadores. Veja-se:

A fungibilidade não acarreta qualquer prejuízo aos institutos da tutela cautelar e da antecipatória que se mantêm incólumes em suas bases, e isto só não conseguem ver aqueles que atentaram, ainda, que a elas aplicam-se os mesmos princípios, sem que isto descaracterize cada uma, prejudique seu desenvolver ou seus requisitos autorizadores próprios. (CARPENA, 2003, p. 109).

Diante do exposto, constata-se que é imprescindível a correta aplicação da fungibilidade nas Tutelas de Urgência, garantindo assim que o interesse social na devida prestação jurisdicional e na proteção dos direitos constitucionalmente garantidos possa prevalecer alcançando sua efetividade mesmo que, para isso, tenha que se abandonar o formalismo excessivo, e valorizar a real necessidade da parte, oferecendo uma tutela digna e célebre aos direitos pleiteados.

1.4 Princípio de Segurança Jurídica

O princípio da segurança jurídica é um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, e possui ligação direta com os direitos fundamentais. Além disso, encontra-se implícito em diversos ordenamentos.

São várias as normas constitucionais onde o Estado tutela a segurança, dentre elas, pode-se citar a norma fundamental sobre a inviolabilidade da coisa julgada, do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

Já no Código de Processo Civil, há regras que tratam, por exemplo, da preclusão para que não haja ato processual fora do tempo previsto em lei. Nesse sentido também garante agilidade ao atendimento dos anseios jurídicos do indivíduo cujo direito havia sido lesado, sem, no entanto, deixar que o bem jurídico da parte se perca em virtude da morosidade da justiça.

Sabe-se que o direito de ação é compreendido como um direito à tutela diferenciada e adequada a cada caso concreto onde a própria sentença serve de instrumento capaz para atender, de forma efetiva, o direito material violado. Nessa óptica, o Estado presta a tutela à medida que ratifica a aplicação do direito positivo, garantias mínimas de participação dos envolvidos, assegurando-lhes o devido processo legal (segurança jurídica). E o princípio da inafastabilidade do direito envolve não só a possibilidade de provocar a jurisdição (tutela jurisdicional), mas em especial o direito a uma adequada prestação jurisdicional.

O princípio da segurança jurídica está intimamente ligado ao devido processo legal, pelo fato de que só atinge a uma tutela jurisdicional adequada através de um processo exauriente que garante o devido processo legal formal (ou também conhecido como procedimental, e que se satisfaz com a exigência da abertura de regular processo como condição para restrição de direitos), bem como o devido processo material (ou substancial, onde garante o contraditório e a ampla defesa, primazia da CF/88 no seu artigo 5º, inciso LV).

Dessa forma, tem-se como imprescindível que as decisões a serem tomadas, no processo, prezem pelo sentimento de justiça, equilíbrio, adequação, necessidade, e proporcionalidade em face do fim que se deseja proteger, principalmente, objetivando garantir a satisfação dos direitos pleiteados, em juízo, sem deixar que o bem jurídico da parte se perca devido à morosidade da justiça.

No mesmo sentido, o tempo de tramitação do processo passou a ser tão importante, hoje, que a tutela jurisdicional prestada fora do tempo em um litígio é considerada como ineficaz uma vez que não atendeu à finalidade da prestação jurisdicional que visava a solução da controvérsia.

Além da lentidão para resolver a lide, tem-se ainda o excesso de formalismo que privilegia, excessivamente, regras formais que determinam de que maneira o processo será conduzido em detrimento do próprio direito material que está sendo discutido. Em muitos casos, provoca o perecimento do direito em virtude da demora do judiciário.

Contudo, o tempo e o excesso de formalismo não devem, em momento algum, se tornar objeto de proteção do feito. O importante é atingir a efetividade dos direitos fundamentais, e atender os anseios da sociedade sem deixar que o direito dela se perca motivado pela lentidão da justiça.

Marinoni (1998) entende que as Tutelas de Urgência são necessárias para abrandar os males do tempo, e garantir a efetividade da jurisdição (os efeitos da tutela), observe:

A rigor, o tempo é um mal necessário para a boa tutela dos direitos. É imprescindível um lapso temporal considerável (e razoável) para que realize o devido processo legal e todos os seus consectários em sua plenitude, produzindo-se resultados justos e predispostos à imutabilidade. É garantia de segurança jurídica. Bem pensadas as coisas, o processo 'demorado' é uma conquista da sociedade: os 'poderosos' de antanho poderiam decidir *imediatamente*. (MARINONI, 1998, p. 87).

Segundo Theodoro Jr. (2010), no instituto da Tutela de Urgência estão em jogo dois grandes princípios basilares do Direito: a efetividade da tutela jurisdicional e a segurança jurídica (através do contraditório e da ampla defesa). A demora na resposta jurisdicional, às vezes, invalida toda eficácia prática das tutelas e quase sempre representa uma grave injustiça para quem depende da Justiça Estatal.

Daí a necessidade de mecanismos de aceleração do procedimento em juízo. Por outro ângulo, o litigante tem, constitucionalmente, assegurado o direito de não ser privado de seus bens e direitos sem o contraditório e a ampla defesa (segurança jurídica). Portanto, é necessário harmonizar e/ou compatibilizar a efetividade da jurisdição e a segurança jurídica e, não, fazer com que um ato anule o outro.

De acordo, com Zavascki (1995), o decurso do tempo é fundamental para a garantia do direito à segurança jurídica, mas nem sempre é compatível com a efetividade da jurisdição.

O decurso do tempo, todos o sabem, é inevitável para a garantia plena do direito à segurança jurídica, mas é, muitas vezes, incompatível com a efetividade da jurisdição, notadamente quando o risco de perecimento do direito reclama tutela urgente. Presente aí a colisão de direitos fundamentais, imperiosa será, conseqüentemente, a formulação – legislativa ou judicial - de regra para solucioná-la. (ZAVASCKI, 1995, p. 15/32).

O princípio da segurança jurídica é um direito fundamental do cidadão. Implica normalidade, estabilidade, proteção contra alterações bruscas em uma realidade

fático-jurídica. Significa a adoção pelo estado de comportamentos coerentes, estáveis, não contraditórios.

A Carta Magna vigente consagra o princípio da segurança jurídica em mais de uma oportunidade. Ainda no preâmbulo, anuncia que o Estado Democrático de Direito, de que se constitui a República Federativa do Brasil, está destinada a garantir, entre outros direitos fundamentais, a segurança. No *caput* do artigo 5º observa-se a presença da segurança jurídica ao prever que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Também no inciso XXXVI do artigo 5º da CF/88 ao dispor que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. (Constituição Federal, 1988, s./p. grifo nosso).

Assim, a segurança jurídica sendo incluída na espécie do gênero de direito fundamental ocupa lugar de relevo no ordenamento jurídico atual, estando destacada junto com o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, como postulados máximos de cumprimento inclusive pela legislação infraconstitucional.

O direito de acesso à justiça exige a preordenação de procedimentos hábeis a conferir uma tutela adequada, tempestiva e efetiva àquele que tenha procurado o Estado para garanti-lo. E o direito substancial deve, segundo Marinoni e Arenhart (2006), estar resguardado pelo princípio da segurança jurídica e pelos outros princípios basilares da Constituição Federal. Por conseguinte, o Estado tem a missão de estabelecer a justiça e a igualdade entre os povos, harmonizando as relações jurídicas. Não basta apenas invocar para si a prestação jurisdicional. É preciso garantir sua efetividade.

Assim, a relação entre segurança jurídica, celeridade processual e tutelas de urgência *a priori* se mostra controversa, mas “o desafio se renova a cada novo caso, de modo que surgem novos dados da realidade a reclamar uma constante busca de artifícios para equilibrar a celeridade, com a necessária dinâmica da relação jurídica e com a segurança que deve permear o método” (CARDOSO, 2011, p. 42), em prol de um fim comum, ou seja, uma tutela jurisdicional adequada e justa.

Dessa forma, a observância do princípio da segurança jurídica faz-se necessária em face da renovação que traz o Novo CPC, uma vez que, no meio jurídico supracitado, este é um dos princípios sobre os quais serão fundadas novas leis e normas que venham compor o Ordenamento Jurídico pátrio.

Assim, verifica-se a ligação direta entre o princípio da segurança jurídica e a Tutela Antecipada, especialmente, àquelas concedidas por meio de medida liminar na medida em que ele prevê o uso do instituto para garantir o direito ameaçado ou o resultado prático e efetivo do processo, sendo considerado como garantidor da própria jurisdição.

2 TUTELA ANTECIPADA NO ATUAL INSTITUTO PROCESSUAL CIVIL

A Constituição Federal, de 1988, consagrou o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional e determinou a constitucionalização da Tutela Preventiva, da Tutela de Urgência contra o perigo de dano, sendo cada vez mais aceita a concessão das Tutelas Cautelares e Antecipatórias.

Conforme fora mencionado, as Tutelas de Urgência são imprescindíveis para a efetivação de determinados direitos que, por uma circunstância ou outra, se encontram sujeitos à deterioração em virtude do decurso de tempo na tramitação do processo.

Já a Tutela de Evidência é imprescindível para o ordenamento jurídico. Ela permite antecipar os efeitos da tutela em razão do comportamento temerário das partes como abusos e excessos cometidos pelo réu na contestação, ou mesmo recursos protelatórios, bem como os atos ardilosos que podem ser praticados antes, ou durante a tramitação do processo.

Nessa linha de raciocínio, tais tutelas constituem instrumentos jurídicos essenciais à materialização desses direitos. Uma vez revestidos de características que revelem a probabilidade de legitimação, podem ser preliminarmente usufruída.

Ainda nesse sentido, entendeu-se que o emprego das Tutelas de Urgência possibilita a concretização de alguns princípios basilares da ordem processual pátria tais como: a celeridade, a economia, a eficiência, e a segurança jurídica. Contudo, cabe ao julgador atentar para as especificidades que o emprego de tais instrumentos exige, como por exemplo, o tipo de cognição que irá guiar a persecução dele.

As Tutelas de Urgência e de Evidência são, portanto, importantes meios de concretização de direitos, principalmente, no que se refere ao decurso de tempo para se ter uma resposta do judiciário. Sua utilização no trâmite processual é de suma importância na busca pela justiça.

2.1 Aspectos Relevantes

Antes da promulgação da Constituição Federal, de 1988, já existia no ordenamento jurídico outras normas que garantiam, em sede liminar, a satisfação do bem da vida que estava sendo perseguido. Como exemplo, tem-se o artigo 928, do

CPC, que visava garantir a proteção possessória em caráter satisfativo. Já o artigo 796, e seguintes do Código de Processo Civil, de 1973, assegurava a efetividade do resultado objetivo do processo.

O legislador, na busca por uma maior efetividade processual, instituiu os instrumentos da Tutela de Urgência, e criou as Tutelas Cautelares, previstas nos artigos 796, e seguintes do CPC, que visam resguardar a integridade processual, e garante um resultado prático e efetivo ao processo, não tendo cunho satisfativo.

De acordo com Carpenna (2003, p. 24), “o processo cautelar tem a finalidade de assegurar, garantir, o eficaz, desenvolvimento do profícuo resultado das outras duas funções (execução e cognição), e concorre, por isso, mediatamente, ao atingimento do escopo geral da jurisdição”.

Já as Tutelas Antecipadas eram alcançadas por meio de liminares em procedimentos especiais que permitiam satisfação e o alcance ao bem da vida tutelado.

O artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, de 1988, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro uma série de valores fundamentais, dentre eles a garantia a razoável duração do processo, e os meios que assegurem a celeridade de sua tramitação.

Com a criação da Lei n. 8.952, de 1994, foi instituída a Tutela Antecipada, que autorizava o Magistrado antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida, desde que se observem os requisitos estabelecidos no artigo 273, do CPC.

2.2 Tutela de Urgência no Atual Instituto de Processo Civil

O Código de Processo Civil prevê a concessão de medidas urgentes que não podem esperar a sentença final prolatada pelo Magistrado, ou seja, podem-se conceder medidas urgentes quando houver uma situação de risco ao provimento final em razão do decurso de tempo na tramitação do andamento do processo que possa causar o seu perecimento.

As medidas de urgência possuem caráter satisfativo nos casos da Tutela Antecipada, é necessária a existência de prova inequívoca e verossimilhança da alegação (art. 273, CPC). Por outro lado, as Cautelares buscam garantir o resultado

prático e útil do processo, sendo indispensável somente a existência de relevante fundamentação do pedido e o perigo da ocorrência de dano.

De acordo com Didier Jr. (2009), a tutela jurisdicional prevista no ordenamento jurídico brasileiro pode ser dividida em definitiva que pode ser satisfativa, ou não, ou provisória (satisfativa ou cautelar).

A tutela definitiva é aquela obtida com base em cognição exauriente, com profundo debate acerca do objeto do processo, garantindo-se o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. É predisposta a produzir resultados imutáveis, cristalizados pela coisa julgada material. Prestigia, sobretudo, o valor da segurança jurídica. A tutela provisória é aquela que dá eficácia imediata à tutela definitiva (satisfativa ou cautelar), permitindo sua pronta fruição. E, por ser provisória, será necessariamente substituída por uma tutela definitiva – que a confirme, revogue ou modifique. (DIDIER JR, 2009, pág. 451, e 455/456).

A Tutela Cautelar definitiva e a satisfativa visam certificar e/ou efetivar o direito material discutido, ou seja, satisfaz-se com a entrega do bem da vida almejado. Ocorre que as atividades do poder judiciário são lentas, demoradas o que dificulta a obtenção da tutela definitiva satisfativa colocando em risco o resultado útil e eficaz do processo e a própria realização do direito firmado em razão do perigo da demora do estado-juiz em proferir alguma decisão.

A Tutela Cautelar não visa à satisfação de um direito. Sua função é garantir a futura satisfação de uma pretensão cognitiva ou executiva, conservando o bem da vida. Além disso, ela não tem fim em si, e seus efeitos fáticos são temporários por ter sua eficácia limitada no tempo.

Esse tipo de tutela supõe que a situação tutelável ou a tutela pleiteada (direito material) esteja em perigo de dano, ou seja, que possa perecer, ou se tornar ineficaz devido à demora do poder judiciário.

Nesse sentido Marinoni e Arenhart, (2008) ensina que:

O perigo de dano deve ser fundado em elementos objetivos, capazes de serem expostos de forma racional, e não em meras conjecturas de ordem subjetivas. Além disto, embora o perigo de dano faça surgir uma situação de urgência, tornando insuportável a demora do processo, não há razão para identificar perigo de dano com *periculum in mora*, como se ambos tivessem o mesmo significado. O perigo de dano faz surgir o perigo na demora do processo, existindo, aí, uma relação de causa e efeito. (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 28).

A Tutela Cautelar tem por objetivo assegurar a viabilidade da realização de um direito, que não pode ser imediatamente efetivado. Esta é a diferença principal da

Tutela Antecipada que visa satisfazer um direito ainda que fundada em juízo de aparência (satisfativa sumária).

A prestação satisfativa sumária em nada se confunde com a Tutela Cautelar já que, ao antecipar os efeitos da sentença o juiz, satisfaz a pretensão da parte, e esta satisfação por estar além do assegurar, realiza missão totalmente distinta da cautelar. Na Tutela Cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado. O direito posto é que é protegido (assegurado) cautelarmente. Se não existe esse direito, no plano prático, não há direito acautelado.

Marinoni e Arenhart, (2008 p. 36), ainda defendem que “ na tutela cautelar há sempre referibilidade a uma situação substancial acautelada. Inexistindo referibilidade, não há direito acautelado, mas, sim, tutela satisfativa’.

Para que a Tutela Cautelar possa ser apreciada e admitida, é necessário e obrigatório, que estejam presentes os seus requisitos específicos. Tais requisitos costumam ser identificados e chamados pela doutrina de *fumus boni iuris e periculum in mora*.

O primeiro requisito para a concessão dessa tutela é denominado *fumus boni iuris*, também conhecido como ‘fumaça do bom direito’, que é a plausibilidade do direito substancial invocado pela parte que pretende assegurar o direito dele.

Theodoro Jr., 2009, em relação ao *fumus boni iuris*, entende que:

Para a ação cautelar, não é preciso demonstrar-se cabalmente a existência do direito material em risco, mesmo porque esse, frequentemente, é litigioso e só terá sua comprovação e declaração no processo principal. Para merecer a tutela cautelar, o direito em risco há de revelar-se apenas como o interesse que justifica o ‘direito de ação’, ou seja, o direito ao processo de mérito. (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 496).

Já Didier Jr., Braga e Oliveira, 2009, apregoam que a prova inequívoca de verossimilhança é exigida na Tutela Antecipada, enquanto na Cautelar, se exige apenas a plausibilidade. Veja-se:

A prova inequívoca de verossimilhança das alegações é exigência mais rigorosa que o *fumus boni iuris* (a fumaça do bom direito), pressuposto da tutela cautelar. Isso porque a tutela antecipada implica juízo cognitivo mais profundo do que o exigido para a tutela cautelar – malgrado seja mais superficial do que o exigido para a tutela definitiva (cognição exauriente). Enquanto a tutela antecipada exige verossimilhança fundada em prova, a cautelar só demanda mera plausibilidade/probabilidade, independente de prova. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 491).

O *fumus boni iuris* (a fumaça do bom direito) consiste em apresentar motivos aparentes, superficiais que possam pôr em risco o direito do autor caso o pedido dele não seja aceito. Ademais, é necessário que o pedido, em curso, exija resposta urgente do judiciário porque, em face da demora, poderá causar danos de difícil reparação ao autor da ação. Nesse sentido, para a propositura da Tutela Cautelar é imprescindível a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, simultaneamente. Porém, de acordo com Carpena, (2003), não basta somente alegar, é preciso que a parte autora demonstre indícios e provas para certificar suas alegações.

No entanto, a parte tem que apresentar, no mínimo, indícios daquilo que afirma para bem merecer a tutela pretendida. Vale, dizer, simples alegações não demonstram o *fumus boni iuris*, nem tampouco comportam o julgamento procedente da demanda cautelar. (CARPENA, 2003, p. 140).

Assim, o *fumus boni iuris*, o *periculum in mora* para a doutrina majoritária é requisito essencial para a concessão da cautelar já que a parte deverá demonstrar o perigo do dano caso haja demora na concessão do pedido.

Theodoro Jr. (2009), prefere tratar o *periculum in mora*, como perigo de dano grave e de difícil reparação.

O perigo de dano refere-se, portanto, ao interesse processual em obter uma justa composição do litígio, seja em favor de uma ou outra parte, o que não poderá ser alcançado caso se concretize o temido dano.

(...)

Receio fundado é o que não decorre de simples estado de espírito do requerente, que não se limita à situação subjetiva de temor ou dúvida pessoal, mas se liga a uma situação objetiva, demonstrável através de algum fato concreto.

Perigo de dano próximo ou iminente é, por sua vez, o que se relaciona com uma lesão que provavelmente deva ocorrer ainda durante o curso do processo principal, isto é, antes da solução definitiva ou de mérito. (THEODORO JR, 2009, p. 497).

O pressuposto perigo da demora está enquadrado no âmbito das Tutelas Cautelares tendo em vista que as medidas invocadas pelo autor são de caráter provisório, ou seja, caso a tutela jurisdicional não seja realizada de forma satisfatória, e em curto período de tempo, o autor da tutela corre risco iminente de sofrer danos irreparáveis ou de difícil reparação.

Santos (2006, p. 283) assegura que “o perigo da demora poderá referir-se ao pretense direito da parte, com danos da mais variada especificação, como também a ideal formação do processo, no seu objetivo de fazer justiça”.

O *periculum in mora* estará presente toda vez que o autor da medida acautelatória comprova o risco de perecimento, destruição, desvio ou mutação de pessoas, bens ou provas. Em outras palavras, basta ao autor atestar ao juiz que, se aquela providência cautelar pretendida não for garantida de imediato, o futuro provimento ou direito possivelmente tutelado no processo principal, seja este de conhecimento, ou de execução, será ineficaz.

Veja-se o entendimento jurisprudencial nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. APURAÇÃO DE IRREGULARIDADES EM LICITAÇÃO PÚBLICA. PEDIDO DE LIMINAR. COGNIÇÃO SUMÁRIA. FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA COMPROVADOS. LIMINAR DEFERIDA. 1. Agravo regimental interposto contra decisão que deferiu liminar para suspender, em relação à impetrante, os efeitos do ato indicado como coator até o julgamento deste mandado de segurança, afastando consequentemente possíveis restrições impostas à mesma no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF. 2. O 'deferimento de pedido liminar, em sede de mandado de segurança, reclama a demonstração do periculum in mora, que se traduz na urgência da prestação jurisdicional no sentido de evitar que quando do provimento final não tenha mais eficácia o pleito deduzido em juízo, bem como, a caracterização do fumus boni iuris, ou seja, que haja plausibilidade do direito alegado que se consubstancie no direito líquido e certo, comprovado de plano, que fundamenta o writ' (excerto da ementa do AgRg no MS 10.538/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 1º.8.2005, p. 301). 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no RCD no MS 21.592/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2015, DJe 17/12/2015).

Conclui-se, portanto, que o *periculum in mora* está diretamente ligado à ideia de efetividade da jurisdição ou da prestação da tutela jurisdicional definitiva.

Quanto à Tutela Antecipada (Provisória), conforme mencionado, ela concede eficácia imediata à tutela definitiva, e permite que a parte usufrua de imediato da decisão proferida. Além disso, ela é satisfativa e atributiva. Ela antecipa, de forma provisória, a satisfação de uma exigência – seja ela de caráter cognitivo ou executivo - atribuindo o bem da vida.

Marinoni e Arenhart, (2008), citam na sua obra Processo Cautelar que:

A tutela antecipatória, porém, é satisfativa do direito material, permitindo a sua realização - e não a sua segurança - mediante cognição sumária ou verossimilhança. Na verdade, a tutela antecipatória, de lado hipóteses excepcionais, tem a mesma substância da tutela final, com a única diferença de que é lastreada em verossimilhança e, por isto, não fica acobertada pela imutabilidade inerente à coisa julgada material. A tutela antecipatória é a tutela final

antecipada com base em cognição sumária. (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 61).

A Tutela Antecipada possui duas características: a sumariedade da cognição que permite ao magistrado fazer uma análise superficial do objeto da causa, levando-o a um juízo de probabilidade; e a precariedade que lhe permite poder revogá-la ou modificá-la a qualquer tempo, porém, dependendo de uma alteração do estado de fato ou de prova que deverá ser apurado na fase de instrução quando, então, poderá verificar se o fato corresponde ou, não, com os utilizados no momento da concessão da tutela.

O magistrado ao analisar o pedido de Tutela Antecipada deve considerar: o valor do bem jurídico ameaçado, a dificuldade de o autor provar sua alegação, a credibilidade da alegação de acordo com as regras de experiência, e a própria urgência descrita.

A Lei n. 8.952/1994 alterou o artigo 273, do CPC, e introduziu a antecipação de tutela em caráter genérico, ou seja, possibilitou que um pedido liminar fosse deferido sem a necessidade de se observar o rito das medidas cautelares.

Segundo o doutrinador Theodoro Jr. (2009), o referido dispositivo prevê que a Tutela Antecipada poderá ser concedida de forma total ou parcial desde que atenda os seguintes requisitos:

- a) Requerimento da parte;
- b) Produção de prova inequívoca dos fatos arrolados na inicial;
- c) Convencimento do juiz em torno da verossimilhança da alegação da parte;
- d) Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
- e) Caracterização de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu; e
- f) Possibilidade de reverter a medida antecipada, caso o resultado da ação venha a ser contrário à pretensão da parte que a requereu a antecipação satisfativa. (THEODORO JR., 2009, p. 494).

Além dos requisitos descritos acima, Theodoro Jr. menciona em sua obra que a Lei n. 10.444/2002, acrescentou o parágrafo 6º, ao artigo 273, do CPC, prevendo que, em caso de cumulação de pedidos, quando o réu só contesta um ou alguns deles, os outros passam a ser incontroversos. Nesse caso, a antecipação se torna possível, sem necessidade de demonstrar os outros requisitos habitualmente exigidos (perigo de dano grave prova inequívoca, etc.).

Conforme já exposto, as medidas de urgência apontam que existem procedimentos e requisitos similares entre elas, porém, com especificidades próprias, não podendo ser obstáculos de impedimento à boa e eficaz prestação jurisdicional, razão pela qual o instituto da fungibilidade tem essencial importância.

A inadequação formal das medidas de urgência não pode ser óbice à devida proteção do bem tutelado ou da eficácia processual. Deve ser aproveitado o requerimento feito de forma errônea desde que sejam respeitados os requisitos da tutela que de fato pleiteiam mesmo sob formalidades equivocadas para que haja uma real efetividade da tutela jurisdicional.

Ao permitir o deferimento da concessão da medida cautelar, em caráter incidental, no próprio processo de conhecimento, surgiu a possibilidade de maior desburocratização processual, visando garantir uma maior efetividade.

Diante do exposto, verifica-se que as Tutelas de Urgência, no sistema jurídico atual, possuem certas particularidades que não impedem que o pleito da parte seja admitido, independentemente, da nomenclatura adotada, deve-se apenas observar se os requisitos legais mínimos foram preenchidos para que se obtenha a proteção judicial pleiteada.

2.3 Tutela de Evidência no Atual Instituto Processual Civil

Apesar de não constar expressamente no Código de Processo Civil, de 1973, a Tutela de Evidência é regulada no artigo 273, II, que prevê:

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:

(...)

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

De acordo, com o artigo 273, II, do CPC, é possível antecipar os efeitos da tutela em razão do comportamento temerário das partes como abusos e excessos cometidos pelo réu na contestação, ou mesmo recursos protelatórios, bem como os atos arditos que podem ser praticados antes, ou durante a tramitação do processo. Veja-se jurisprudência nesse sentido.

DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPATÓRIA. DENEGADA.
MANIFESTO PROPÓSITO PROTELATÓRIO DO RÉU.

DEMONSTRADO. VIABILIDADE DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. DESPACHO REFORMADO. AGRAVO PROVIDO. 'Havendo manifesto propósito protelatório por parte do réu, fica autorizado o magistrado a conceder a antecipação da tutela, nos termos do art. 273, II do Código de Processo Civil, havendo verossimilhança nas alegações do requerente.' (TJ-PR - AI: 1721013 PR Agravo de Instrumento - 0172101-3, Relator: Maria José de Toledo Marcondes Teixeira, Data de Julgamento: 19/11/2001, Sexta Câmara Cível (extinto TA), Data de Publicação: 07/12/2001 DJ: 6019).

Assim, para que haja a concessão da tutela com base na evidência é necessário que o direito seja evidente o suficiente a fim de que não seja preciso alegar e demonstrar o dano irreparável ou de difícil reparação para a concessão da medida, mas comprovar o abuso de direito de defesa, e o manifesto proposto protelatório do réu.

De acordo com Marinoni (2011), o legislador tem o dever de viabilizar técnica antecipatória não apenas diante do perigo da demora, mas também nos casos em que a evidência do direito postulado não justifica atos protelatórios com intuito de retardar o andamento do feito.

A necessidade de tutela adequada aos direitos impõe ao legislador infraconstitucional não só o dever de viabilizar a técnica antecipatória diante do perigo da demora, isto é, nos casos em que a tutela jurisdicional deve ser prestada de forma urgente, mas também nos casos em que a evidência do direito postulado em juízo não justifica qualquer retardo na sua realização. (MARINONI, 2011, p. 113, 118).

Zavascki (1999) entende que o Magistrado deve agir de acordo com cada caso concreto para garantir o prosseguimento do feito de forma célere e sem embaraços.

O magistrado deve agir com os olhos atentos à finalidade da norma: garantir o prosseguimento do feito de forma célere, sem embaraços ardilosos. Assim, só se deve enquadrar como ato abusivo ou protelatório, aquele que consista em um empecilho ao andamento do processo, ou seja, aquele que implicar comprimento da lisura e da celeridade do processo. 'O ato, mesmo abusivo, que não impede, nem retarda, os atos processuais subsequentes não legitima a medida antecipatória.' (ZAVASCKI, 1999, p. 78).

Na opinião de Didier Jr., Braga e Oliveira, (2009), entendem que o artigo 273, II, do CPC, reconhece a tutela como sendo a lealdade e seriedade processual, e caso a parte esteja agindo com único intuito de protelar o andamento do processo o magistrado pode antecipar a tutela apenas com base na evidência do direito alegado.

Enfim, artigo 273, II, consagra modalidade de tutela de lealdade e seriedade processual. Assim, mesmo que não haja urgência (em sentido estrito) no deferimento da tutela – isto é, mesmo que se possa aguardar o fim do processo para entregar à parte o bem da vida pleiteado - , quando se observar que a parte está exercendo abusivamente o seu direito de defesa, lançando mão de argumentos e meios protelatórios, no intuito único de retardar o andamento do processo, o juiz poderá antecipar a tutela. Trata-se de tutela antecipada que se funda apenas na evidência (probabilidade) do direito alegado. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 500).

Para Mitidiero (2014), o legislador, ao instituir a tutela de evidência, tinha como objetivo distribuir entre as partes o peso que o tempo representa na tramitação do processo para que nenhuma delas pudesse ser prejudicada.

Quando o legislador instruiu a tutela antecipatória baseada em abuso do direito de defesa ou contra o manifesto protelatório do réu, seu objetivo estava em evitar que o demandante fosse prejudicado, e o demandado beneficiado em idêntica medida, pelo tempo do processo. (MITIDIERO, 2014, p. 136).

Conforme Theodoro Jr., (2009, p. 668), “no caso do inc. II, do art. 273 a antecipação, além de atender à urgência da tutela, reprime a má-fé do litigante que retarda a solução da demanda, abusando do direito de defesa ao exercê-lo com manifesto propósito protelatório”.

Fux, em seu artigo *A tutela dos Direitos Evidentes* (2000), afirma que o artigo 273, II, do CPC, privilegia a tutela de evidência ao permitir a sua concessão por meio da cognição sumária utilizando a liquidez e certeza do direito.

O Código de Processo Civil privilegia a evidência ao admitir a possibilidade de antecipação, mediante cognição sumária, utilizando-se dos conceitos de liquidez e certeza do direito, não enfrentado por uma contestação séria, autorizando o juízo ao julgamento pela verossimilhança (art. 273, II). (FUX, 2000, p. 15).

E ainda, entende que a Tutela de Evidência alcança a satisfatividade e a efetividade dos processos ao serem concedidas sem aguardar o tramite normal do processo, que muitas vezes é demorado e cheio de formalismo.

A tutela da evidência, ora proposta, é mais ampla e alcança todos os níveis de satisfatividade, processos e procedimentos, tendo como finalidade estender a tutela antecipatória a todos os direitos evidentes, pela inegável desnecessidade de aguardar-se o desenrolar de um itinerário custoso e ritualizado em busca de algo que se evidencia no limiar da causa posta em juízo. (FUX, 2000, p. 13).

Por fim, Fux conclui seu artigo afirmando que a Tutela de Evidência é uma garantia constitucional que visa a rápida solução dos litígios, e a efetividade da tutela jurisdicional.

Concluindo, poder-se-ia afirmar que a tutela da evidência, através da sumarização formal, está encartada na garantia constitucional do acesso à justiça mediante 'tutela adequada e processo devido', mercê do dever de o juiz prestar uma rápida solução dos litígios, velando pela manutenção do interesse de prosseguir o processo na busca da verdade, dispensando esse prolongamento desnecessário, à luz da efetividade, toda vez que verifique que o 'direito evidente' reclama provimento imediato. (FUX, 2000, p. 27).

Diante o exposto, pode-se concluir que a Tutela de Evidência apesar de não estar implicitamente na Constituição Federal, de 1988, é uma garantia fundamental que visa à celeridade processual, ao buscar a verdade, sem permitir que as partes pratiquem atos protelatórios que possam retardar o andamento do feito assegurando que nenhuma delas pudesse ser prejudicada.

3 TUTELAS PROVISÓRIAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Ao longo dos anos o Código Processo Civil vem sofrendo alterações a fim de se adequar à Constituição vigente e aos interesses sociais. Assim, os legisladores buscam através do Novo Código (Lei n. 13.105), que foi sancionado no dia 16/03/2015, pela Presidente da República, se adequar às necessidades atuais.

De acordo com as razões contidas no anteprojeto do Novo CPC n. 379/2009, as Tutelas Provisórias visam garantir às partes uma resposta rápida e eficaz do Estado-juiz almejando evitar o perecimento do direito pleiteado.

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

O Novo CPC tem como objetivo garantir o direito ameaçado, ou o resultado prático e efetivo do processo; estipulou a Tutela Provisória que foi subdividida em dois tipos: de Urgência e de Evidência, conforme artigo 295, parágrafo único. A primeira será concedida alicerçada no *periculum in mora*, ou seja, quando a demora do procedimento puder causar lesão grave e de difícil reparação à parte, ou quando houver um perigo de dano iminente que enseja a tutela assecuratória. E a segunda, será concedida com base em algo mais forte do que o *fumus boni iuris*, ou seja, na altíssima probabilidade de que a parte tenha razão.

Para Wambier, Conceição, Ribeiro e Mello (2015), a Tutela de Urgência serve para evitar um prejuízo grave ou irreparável durante o processo; já a Tutela de Evidência concede um direito, provavelmente, confirmando o final do processo.

A tutela de urgência está precipuamente voltada a afastar o *periculum in mora*, serve, portanto, para evitar um prejuízo grave ou irreparável enquanto dura o processo (agravamento do dano ou a frustração integral da provável decisão favorável), ao passo que a tutela de evidência baseia-se exclusivamente no alto grau de probabilidade do direito invocado, concedendo, desde já, aquilo que muito provavelmente virá ao final. (WAMBIER; CONCEIÇÃO; RIBEIRO; MELLO, 2015, p. 487).

O Novo CPC tem como escopo a concretização dos direitos fundamentais processuais civis previstos na Constituição Federal, de 1988, tendo como base o princípio da segurança jurídica, a igualdade de todos perante o Direito, o direito à participação no processo e a razoável duração do litígio.

É o que preconiza ao longo dos artigos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 9º, 10º, e 11º do Projeto de Lei do Senado (PLS) 166/2010, segundo Marinoni e Mitidiero (2010), pois não há Estado Constitucional – Estado de Direito qualificado pela forma Constitucional e pelos direitos fundamentais – sem segurança jurídica e sem igualdade perante o Direito. E confirmam ao dizer:

A segurança jurídica é essencial ao Estado Constitucional. É preciso que a ordem jurídica seja certa, estável, que os cidadãos possam a partir dela orientar suas condutas e contar, em sendo o caso, com a realização coativa. [...] A confiança legítima é a face subjetiva da segurança jurídica. Prende-se à calculabilidade e à previsibilidade dos atos dos poderes públicos. A segurança jurídica e a confiança legítima apontam, em termos de processo civil, à necessidade de proteção à coisa julgada, à adoção de um sistema de precedentes vinculativos no direito brasileiro e à necessidade de adoção de uma forma para realização dos atos processuais. (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p.16).

Verifica-se ainda na exposição de motivos que o Projeto do Novo CPC foi criado visando à simplicidade, e a celeridade processual, sem deixar de lado a segurança procedimental, ou as garantias atualmente oferecidas pelo Estado-Juiz, veja:

O Novo CPC tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo.

O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas.

Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando 'segura' a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de 'surpresas', podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta. (COMISSÃO DO ANTEPROJETO DO SENADO FEDERAL, 2010, p. 4, 9).

De acordo, com Didier Jr., Oliveira e Braga (2015), a principal finalidade das Tutelas Provisórias é evitar que os males do tempo prejudique a efetividade de tutela jurisdicional que será concedida pelo Estado-juiz garantindo o gozo antecipado e imediato dos efeitos da tutela definitiva pretendida pela parte.

A principal finalidade da tutela provisória é abrandar os males do tempo e garantir a efetividade da jurisdição (os efeitos da tutela). Serve, então, para redistribuir, em homenagem ao princípio da igualdade, o ônus do tempo do processo, conforme célebre imagem de Luiz Guilherme Marinoni. Se é inexorável que o processo demore, é preciso que o peso do tempo seja repartido entre as partes, e não somente o demandante arque com ele. (DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 567).

Apesar de terem requisitos distintos, o legislador na Exposição de Motivos do Novo CPC consignou alguns procedimentos que são aplicados em ambas as Tutelas Provisórias. Assim, de acordo com as disposições gerais, as Tutelas de Urgência e Evidência podem ser requeridas antes, ou no curso do procedimento em que se pleiteia a providência principal. Se não houver resistência quanto à concessão da liminar, o juiz, depois da efetivação da medida, extinguirá o processo, conservando-se a eficácia da medida concedida sem que a situação fique protegida pela coisa julgada. Caso a parte contrária impugne a medida, o pedido principal deve ser apresentado nos mesmos autos em que tiver sido formulado o pedido de urgência.

Cunha, no Novo CPC Anotado da OAB/RS (2015), diz que a Tutela Provisória, seja de Urgência ou da Evidência, conserva sua eficácia na pendência do processo e, salvo determinação contrária, durante a suspensão do processo. Mas pode, a qualquer tempo, ser modificada ou revogada.

O objetivo das Tutelas Provisórias é assegurar ou satisfazer, no todo ou em parte, o direito da parte. No que concerne aos instrumentos para dar efetividade às medidas provisórias, o novel diploma estabelece que o juiz pode determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da Tutela Provisória, observando, no que couber, as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença (Art. 297 do NCPC).

Utilizando o princípio da segurança jurídica, o Novo CPC prevê o uso das Tutelas Provisórias que visam garantir o direito ameaçado, ou o resultado prático e efetivo do processo, sendo considerado como garantidor da própria jurisdição.

Conclui-se que as disposições contidas no Livro IV da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, concernentes nas Tutelas Provisórias, estão divididas em Tutelas de Urgência e de Evidência, objeto de estudo que será abordado na sequência.

3.1 Tutela de Urgência no Novo CPC

Como já mencionado, objetivando combater a morosidade processual, o legislador alterou o processo cautelar no CPC de 1973, e traz no Novo Código de Processo Civil, artigo 294 e parágrafo único¹, as Tutelas Provisórias que podem fundamentar-se em de Urgência e de Evidência. Sendo que a primeira se divide em Cautelar ou Antecipada.

A Tutela de Urgência tem fundamental importância no processo civil. Essa técnica tem como alvo impedir que o tempo de tramitação normal do processo, que muitas vezes é bastante demorado, cause dano à parte que tem razão. Assim, para evitar o perecimento do seu direito a parte pode requerer, por meio dessa medida, a apreciação do seu pedido tentando impedir o efeito nocivo do tempo.

Wambier, Conceição, Ribeiro e Mello (2015), afirmam que a Tutela de Urgência possui duas espécies: a Cautelar que visa evitar que o processo siga um caminho insatisfatório que o levará à ineficácia; e a Antecipada que tem por objetivo possibilitar o gozo de um direito que provavelmente a parte terá reconhecido no final.

A tutela cautelar e a tutela antecipada, na terminologia usada pelo NCCPC são espécie do mesmo gênero (tutela de urgência) com muitos aspectos similares. Ambas estão caracterizados por uma cognição sumária, são revogáveis e provisórias e estão precipuamente vocacionadas a neutralizar os males do tempo no processo judicial, mesmo que por meio de técnicas distintas, uma preservando (cautelar) e outra satisfazendo (antecipada). (WAMBIER; CONCEIÇÃO; RIBEIRO MELLO, 2015, p. 488).

Conforme mencionado por Cunha, no Novo CPC Anotado da OAB/RS, é importante deixar claro que, seja Tutela Cautelar, seja Tutela Antecipada (satisfativa), ambas tutelam *o direito*. A diferença é que a Tutela Cautelar tem função assecuratória de um direito, caso este venha a ser reconhecido em um processo de conhecimento, assegurando sua *satisfação* no cumprimento de sentença (ou no Processo de Execução autônomo, de título executivo extrajudicial), enquanto que a Tutela Antecipada concede, antecipadamente, o provimento final, reconhecendo e satisfazendo provisoriamente o próprio direito. Na Tutela Cautelar, não há a entrega antecipada do bem da vida.

¹ Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

Didier Jr., Oliveira e Braga (2015, p. 567), citam que “em situação de urgência, o tempo necessário para a obtenção da tutela definitiva (satisfativa ou cautelar) pode colocar em risco sua efetividade. Esse é um dos males do tempo do processo”.

O Novo CPC, a partir do artigo 300, e seguintes, regulamenta a Tutela de Urgência e prevê que “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”.

Nesse sentido, de acordo, com Montenegro Filho (2015, p. 215), “a probabilidade do direito corresponde ao *fumus boni iuris*, enquanto que o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo corresponde ao *periculum in mora*”.

Ainda na opinião do autor, ele entende que o legislador ao elaborar o novel diploma buscou exigir que fosse demonstrada a situação de risco para que o judiciário possa responder de forma rápida aos anseios da parte.

O legislador infraconstitucional responsável pela elaboração do novo CPC preferiu optar pela adoção de outra técnica: apenas a tutela de urgência (que substitui a cautelar) exige a demonstração de que o autor se encontra em situação de risco, caracterizando o *periculum in mora*, e que, por isso, necessita de uma resposta jurisdicional rápida. (MONTENEGRO FILHO, 2015, p. 215).

Câmara (2015) declara que para a concessão da Tutela de Urgência é necessária a existência de uma situação de perigo devido à lentidão do processo, sendo que esse perigo pode estar relacionado diretamente ao direito material, e a efetividade do processo.

Ambas as modalidades de tutela de urgência, portanto, têm como requisito essencial de concessão à existência de uma situação de perigo de dano iminente, resultante da demora do processo (*periculum in mora*). Esse perigo pode ter por alvo a própria existência do direito material (caso em que será adequada a tutela de urgência satisfativa) ou a efetividade do processo (hipótese na qual adequada será a tutela cautelar). (CÂMARA, 2015, p. 158).

O citado autor ensina ainda que o *periculum in mora* não é requisito suficiente para a concessão da Tutela de Urgência, sendo necessária também a probabilidade de existência do direito (*fumus boni iuris*), já que ela é fundada em cognição sumária onde autoriza que o julgador decida a partir de um juízo de probabilidade.

Segundo Didier Jr., Oliveira e Braga (2015), entendem que além da plausibilidade de existência do direito o magistrado deverá considerar, também, se há

elementos que comprovem a probabilidade de ter ocorrido os fatos narrados, e quais as chances de êxito que a parte terá no processo.

A probabilidade do direito de ser provisoriamente satisfeito/realizado ou acautelado é a plausibilidade de existência desse mesmo direito. O bem conhecido *fumus boni iuris* (ou fumaça do bom direito). O magistrado precisa avaliar se há elementos que evidenciem a probabilidade de ter acontecido o que foi narrado e quais as chances de êxito do demandante (art. 300, CPC). (DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 595).

Para Wambier, Conceição, Ribeiro e Mello (2015, p. 498, 499), “quanto maior o *periculum* demonstrado, menos *fumus* se exige para a concessão da tutela pretendida, pois o que importa é a própria urgência, ou seja, a necessidade considerada em confronto com o perigo da demora na prestação jurisdicional”. De acordo com essa doutrinadora, o “*periculum* é o fiel da balança para a concessão da medida. O que importa é reprimir o dano irreparável ou de difícil reparação à parte, seja pela via direta (Tutela Satisfativa), seja pela reflexa, afastando o risco de inutilidade do processo (Tutela Cautelar)”.

Didier Jr., Oliveira e Braga (2015), citam em sua obra que o perigo de dano dever ser concreto (certo), atual, ou seja, que está na iminência de ocorrer, ou esteja acontecendo, e por fim, que seja de grande ou média intensidade e tenha aptidão para prejudicar ou impedir a fruição do direito da parte.

O legislador no novel diploma estabeleceu no capítulo das disposições gerais especificamente no artigo 300, e seus parágrafos que a Tutela de Urgência pode ser concedida liminarmente, ou após a justificação prévia, e que o magistrado pode exigir caução real ou fidejussória idônea para garantir o ressarcimento do prejuízo que a outra parte possa sofrer. E por fim, que a Tutela de Urgência antecipada não será concedida se houve perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão para que não haja qualquer prejuízo para a parte que foi imposta o cumprimento da tutela.

A Tutela de Urgência, conforme está previsto no artigo 294, parágrafo único, “pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental”. Câmara (2015) descreve os procedimentos para que a parte possa realizar seu requerimento. Veja:

O requerimento incidental não se submete a qualquer formalidade, podendo ser deduzido na própria petição inicial (ou na contestação que sirva também como petição de oferecimento da reconvenção) ou em qualquer outra petição que venha a ser apresentada nos autos. O requerimento de tutela de urgência antecedente, porém, se submete a normas específicas, já que formulado em um momento anterior

àquele em que se deduz a demanda principal. (CÂMARA, 2015, p. 161).

O autor supracitado (2015, p. 162), prossegue dizendo que a Tutela de Urgência antecipada será concedida “naqueles casos em que, surgida a situação de urgência, faz-se necessária à imediata propositura da demanda”. E ainda menciona o procedimento previsto nos artigos 303 e 304, do Novo CPC onde a parte autora deverá elaborar uma petição inicial, limitando-se ao requerimento da tutela antecipada, e somente indicando qual será o pedido final, sendo que neste caso deverá constar expressamente que se trata de uma situação de urgência.

Será empregado apenas naqueles casos em que ‘a urgência for contemporânea à propositura da ação’, hipótese em que, havendo urgência extrema, poderá o demandante limitar-se a, na petição inicial, requerer a tutela de urgência satisfativa, com a indicação do pedido de tutela final, a exposição sumária da causa, do direito que se busca realizar e da situação de perigo de dano iminente (art. 303), além do valor da causa (art. 303, § 4º). (CÂMARA, 2015, p. 162).

Em que pese o novo diploma tenha unificado os requisitos para a Tutela Cautelar e para a Tutela Antecipada, ele prevê dois procedimentos distintos para o requerimento da Tutela Cautelar ou Antecipada. Aliás, o legislador inovou ao permitir a apresentação do pedido de Tutela Antecipada de forma antecedente ao pedido principal. Essa possibilidade de requerer medida satisfativa antecipatória *antecedente* à apresentação do pedido final é certamente uma alteração bastante relevante, principalmente na prática forense.

Pelo exposto, constata-se que o legislador ao alterar a Tutela de Urgência, seja na forma cautelar ou na forma antecipada, buscou assegurar o direito pleiteado pela parte prestando uma resposta rápida e eficaz com o intuito de evitar o perecimento do direito pleiteado. Pode-se, assim, considerar que as Tutelas de Urgência, cada uma com suas especificidades e pressupostos, possibilitam ao demandante da ação a prestação jurisdicional célere e eficaz, respeitando o princípio constitucional da segurança jurídica.

3.2 Tutela de Evidência no Novo CPC

No Novo CPC foi criada uma seção própria para a chamada Tutela de Evidência. Trata-se de uma espécie de antecipação dos efeitos da tutela ligados ao pedido incontroverso, abuso de direito e matérias unicamente de direito.

Fux (1996, p. 321), diz que “há situações em que o direito invocado pela parte se mostra com um grau de probabilidade tão elevado, que se torna evidente”. E nesses casos o Estado-juiz deve conceder um tratamento diferenciado para não haver prejuízo para a parte em decorrência do tempo de tramitação do processo.

De acordo com Câmara (2015), a Tutela de Evidência é uma Tutela Provisória, mas não urgente, de natureza satisfativa, fundada em evidência, e sua concessão não depende do requisito do *periculum in mora*.

Trata-se, então, de uma tutela antecipada não urgente, isto é, de uma medida destinada a antecipar o próprio resultado prático final do processo, satisfazendo-se na prática o direito do demandante, independentemente da presença do *periculum in mora*. Está-se, aí, pois, diante de uma técnica de aceleração do resultado do processo, criada para casos em que se afigura evidente (isto é, dotada de probabilidade máxima) a existência do direito material. (CÂMARA, 2015, p. 169).

Didier Jr., Oliveira e Braga (2015, p. 617), entendem que “a evidência, é um fato jurídico processual que autoriza que se conceda uma tutela jurisdicional, mediante técnica de tutela diferenciada. A Evidência é um pressuposto fático de uma técnica processual para a obtenção da tutela”.

Na opinião de Neves (2015, p. 219), diz que “tutela de evidência independe da demonstração de perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional, em diferenciação clara e indiscutível com a tutela de urgência”.

Na Tutela de Evidência, a parte deverá comprovar suas alegações de fato e a probabilidade de acolhimento da pretensão processual, através de prova documental, não sendo necessária a demonstração de perigo.

O objetivo da Tutela de Evidência é redistribuir o ônus que advém dos males do tempo de tramitação do processo, antecipando os efeitos da tutela definitiva (satisfativa) através da concessão de uma tutela imediata, porém, provisória.

Segundo Montenegro Filho, a Tutela de Evidência não exige o preenchimento dos requisitos da Tutela de Urgência o que é, absolutamente, diferente do que é adotado no CPC, de 1973, exceto quando “um ou mais dos pedidos cumulados, ou

parcela deles, mostra-se incontroverso” (§ 6º, art. 273, do CPC/1973), ou, quando ficar caracterizado o “abuso de direito de defesas ou o manifesto propósito protelatório do réu” (inciso II, do art. 273).

Existem duas modalidades de Tutela de Evidência: a punitiva (art. 311, I), quando fica caracterizado o abuso do direito de defesa, ou o manifesto propósito protelatório da parte; e a documentada (art. 311, II a IV), quando ficar comprovado, através de prova documental, as alegações da parte que demonstram a probabilidade de acolhimento do pedido final.

O inciso I, do artigo 311, prevê que a Tutela de Evidência será concedida se “ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte”. Wambier, Conceição, Ribeiro e Mello (2015, p. 524), entendem que “defesa deve ser abusiva, excessiva, anormal, inadequada, com o propósito de frustrar e/ou atrasar a prestação jurisdicional”.

Nesse caso, o mau comportamento do réu deve ser observado não só nas peças confeccionadas. Quando ele apresenta uma defesa tecnicamente adequada, mas mesmo assim abusa do direito de defesa, ou quando interpõe apenas para protelar o feito. Não se deve esquecer a conduta do réu na defesa de seus interesses.

Didier Jr., Oliveira e Braga (2015), apontam que a Tutela de Evidência prevista no inciso I, é punitiva, e tem como objetivo garantir a igualdade substancial entre as partes.

Trata-se de uma tutela de evidência punitiva, que funciona como uma sanção para apenar aquele que age de má-fé e, sobretudo, que impõe empecilhos ao regular andamento do feito, comprometendo a celeridade e lealdade que lhe devem ser inerentes. Além de punir, seu objetivo também é garantir igualdade substancial entre as partes, impondo o peso do tempo necessário para a investigação e cognição judicial sobre aquele que abusou e cuja posição é, portanto, de menor evidência (ou probabilidade), o que acaba por estimulá-lo a contribuir para o andamento do feito. (DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 620).

No inciso II do artigo 311, está previsto que “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”. Wambier, Conceição, Ribeiro e Mello (2015) afirmam que nesse caso, “pouco importa a atitude do réu”, é necessário apurar se as alegações do autor podem ser comprovadas apenas por documentos, e, que ele o faça se a tese jurídica que envolve a questão já se encontra pacificada, seja em sede de julgamento de casos repetitivos, seja por força de súmula vinculante.

Quanto ao inciso III, permite que a Tutela de Evidência seja deferida 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”.

Nessa hipótese, Câmara (2015, p. 171) entende que “em demanda fundada em depósito voluntário, ou de depósito necessário legal, a prova documental adequada necessariamente é prova escrita”, e nos “casos de demanda fundada em depósito miserável será admitida qualquer prova documental, ainda que não seja escrita”.

Por último, tem-se o inciso IV, que estipula que “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”. De acordo com Wambier, Conceição, Ribeiro e Mello (2015, p. 525), “exige-se, portanto, de um lado, pelo autor, prova documental suficiente, idônea, para a comprovação dos fatos constitutivos por ele alegados; e, pelo réu, ausência de prova capaz de gerar dúvida razoável”.

Câmara (2015, p. 171), coaduna com esse entendimento, e complementa que “a soma dos elementos probatórios trazidos pelo autor e da falta de elementos convincentes trazidos pelo réu extrai-se a probabilidade máxima (evidência) da existência do direito substancial alegado pelo demandante”.

Na hipótese mencionada no inciso IV, do artigo 311, trata-se de situação onde o réu não junta, aos autos, provas consistentes que comprovem suas alegações diante das provas idôneas acostadas pela parte autora. Neste caso, diante da dúvida razoável o Magistrado pode conceder a Tutela de Evidência para a parte autora.

A Tutela de Evidência é sempre incidental, ou seja, é requerida dentro do processo em que se pretende, ou, que tenha sido formulado o pedido da tutela final, e independe do pagamento de custas.

Nos casos previstos nos incisos I e IV, do artigo 311, só pode ser deferida após a apreciação da contestação apresentada pelo réu uma vez que o magistrado deverá avaliar os argumentos trazidos na peça, bem como os documentos juntados.

Já nos incisos II, e III, do artigo 311, do Novo CPC, poderá ser concedida *inaudita altera parte*, ou seja, antes da apresentação da contestação e, desde que a parte autora traga aos autos prova exclusivamente documental que comprovem as alegações da petição inicial, principalmente, no que diz respeito às teses firmadas nos casos repetitivos, ou súmula vinculante, ou quando se tratar de pedido reipersecutório.

É importante ressaltar que a parte só poderá requerer a Tutela Provisória satisfativa desde que alegue e comprove uma situação de urgência, bem como uma das hipóteses previstas nos incisos do artigo 311.

De acordo, com o artigo 296, a Tutela Provisória de Evidência assim como a de Urgência, se forem concedidas, conservam sua eficácia na pendência do processo. Porém, pode ser, a qualquer tempo, revogadas ou modificadas desde que a parte prejudicada recorra da decisão através de interposição de um agravo de instrumento já que elas têm natureza de decisão interlocutória.

Câmara (2015, p. 172) esclarece que a Tutela de Evidência visa distribuir entre as partes os males que o tempo de tramitação de um processo pode causar, evitando que todo o peso recaia sobre uma delas.

Concessão inaudita altera parte da tutela de evidência é um mecanismo de distribuição do ônus do tempo do processo, que tem por objetivo evitar que toda a carga resultado da duração do processo recaia sobre um demandante que muito provavelmente tem razão. (CÂMARA, 2015, p. 172).

O Novo Código de Processo Civil está totalmente focado no objetivo de tornar mais célere e efetiva a prestação jurisdicional. Com efeito, a técnica da Tutela da Evidência é um instrumento processual que visa distribuir de forma equilibrada o tempo no processo, almejando uma maior efetividade e eficiência de uma forma menos burocrática possível visto que a parte autora não pode sofrer o ônus do tempo para ter seu direito reconhecido.

CONCLUSÃO

Diante do estudo realizado sobre: a evolução histórica, o princípio da fungibilidade e da segurança jurídica, o atual instituto da Tutela Antecipada e as alterações no livro das Tutelas Provisórias no Novo Código de Processo Civil, verificou-se que a sociedade contemporânea realmente precisava de mudanças rápidas, e foi o que o novel diploma procurou trazer.

Assim, o Senado Federal, atuando junto com o Poder Judiciário, entenderam que era o momento de se fazer alterações no CPC de 1973 uma vez que a sociedade, os operadores do Direito, os magistrados e os advogados clamavam por mudanças. Assim, visando atender os anseios de todos, os juristas buscaram elaborar um Novo CPC que privilegiasse a simplicidade, a celeridade do processo e a efetividade do resultado da ação, além do estímulo à inovação e à modernização de procedimentos que garantam o devido processo legal.

O Novo CPC almeja proporcionar uma tutela mais rápida e segura, garantindo que o Estado-Juiz conheça e coíba rapidamente o perigo, ou ameaça de lesão sobre o seu direito, bem como a efetividade e a eficácia do resultado do processo o que fortalecerá o princípio da segurança jurídica.

Como foi visto, objetivando adequar às necessidades atuais, o legislador alterou o processo cautelar do CPC de 1973, que apesar das mudanças ocorridas em 1994, não estava mais atendendo os anseios das partes, e trouxe o livro das Tutelas Provisórias visando uma resposta rápida do Poder Judiciário em situações em que a urgência decorre do risco de eficácia do processo e do eventual perecimento do próprio direito.

Conclui-se que as Tutelas Provisórias previstas no Novo Código de Processo Civil constituem instrumentos jurídicos imprescindíveis para a operacionalização do direito positivo no dia a dia forense. Pode-se considerar que as Tutelas Provisórias, cada uma com suas especificidades e pressupostos, possibilitam à parte autora a prestação jurisdicional respeitando o princípio constitucional da segurança jurídica.

O novel diploma prestigia o princípio da segurança jurídica uma vez que as decisões judiciais devem ser tomadas no processo prezando o sentimento de justiça, equilíbrio, adequação, necessidade, e proporcionalidade em face do fim que se deseje

proteger, principalmente, para garantir a satisfação dos direitos pleiteados em juízo sem deixar que o bem jurídico da parte se perca devido à morosidade da justiça.

No Novo CPC, pode-se observar que o legislador norteou-se pela simplificação, sem, contudo, deixar de lado a segurança procedimental, ou as garantias oferecidas pelo Estado-juiz ao jurisdicionado. Tem-se, então, que, para o novo CPC, bastará que a parte demonstre na Tutela de Urgência o *periculum in mora*, ou seja, quando a demora do procedimento pode causar lesão grave e de difícil reparação à parte, ou quando houve um perigo de dano iminente que enseja a Tutela de Urgência e a Tutela de Evidência deverão ser concedidas com base em algo mais forte do que o *fumus boni iuris*, ou seja, na altíssima probabilidade de que a parte tenha razão.

Quanto aos novos procedimentos estabelecidos, somente com a prática no dia a dia forense é que será possível avaliar se serão realmente efetivos, ou se será necessário algum ajuste.

Constatou-se, então, que, visando a efetividade da Tutela Jurisdicional e a segurança jurídica (através do contraditório e da ampla defesa), o legislador alterou a Tutela Provisória, pois a demora na resposta jurisdicional, às vezes, invalida toda eficácia prática das tutelas e quase sempre representa uma grave injustiça para quem depende da Justiça Estatal.

Dessa forma, se comparados o CPC em vigência com as disposições do Novo CPC, pode-se observar que o legislador adotou um procedimento menos moroso e com maior objetividade e segurança uma vez que, com a inovação referente à estabilidade dos efeitos da Tutela Cautelar deferida e com a celeridade procedimental, será possível que se estabeleça uma relação jurídica com menor risco de perecimento do direito colocado sob julgamento, respondendo ao anseio da parte autora e respaldando o Estado-juiz no cumprimento da prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*, 2010. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto>>. Acesso em: fevereiro 2016.

BRASIL. *Código de Processo Civil*, 1973. Brasília: Governo Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: março 2015.

BRASIL. *Código de Processo Civil*, 2015. Brasília: Governo Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: fevereiro 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Brasília: Governo Federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br> - Acesso em: março 2015.

BRASIL. *Exposição de Motivos do Projeto do Novo CPC* – Site do Senado Federal – www.senadofederal.gov.br. Acesso em: março 2015.

BRASIL. *Lei n. 8.952/1994*. Brasília: Governo Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8952.htm. Acesso em: janeiro 2016.

BRASIL. *Lei n. 10.444/2002*. Brasília: Governo Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10444.htm. Acesso em: janeiro 2016.

BRASIL. *Novo Código de Processo Civil Anotado* – OAB – Porto Alegre/RS, 2015. Disponível em < http://www.oabrs.org.br/novocpcanotado/novo_cpc_annotado_2015>. Acesso em: fevereiro 2016.

BRASIL. *Projeto de Lei do Senado Federal n. 166/2010*. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF>. Acesso em: janeiro 2016.

BRASIL. *Agravo de Instrumento - 0172101-3*, da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná – Paraná, PR, Publicação: 07/12/2001. Disponível em <<http://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em: fevereiro 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – *Agravo Regimental em Mandado de Segurança no RCD no MS 21.592/DF*. 1ª Seção. Publicação: 17/12/2015. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em: fevereiro 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CARDOSO, Brunno Christiano Carvalho. *O Tempo e o Processo Civil*. In: MOREIRA ALVES, Carlos Eduardo (Coord.). *Jornada de Direito Processual Civil*, 2, 2011, Brasília. Anais. Brasília: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Escola de Magistratura Federal da 1ª Região, 2011.

CARPENA, Márcio Louzada. *Do processo cautelar moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil. Teria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. V. 2, Salvador – Bahia: Editora Jus PODIVM, 2009.

_____. *Curso de Direito Processual Civil. Teria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. V. 2, 10 ed. Salvador: Editora Jus PODIVM, 2015.

FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *A tutela dos direitos evidentes*. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, ano 2, número 16, p. 23-43, abril de 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Antecipação da Tutela* 12. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da Tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 2. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Novo Código de processo civil: modificações substanciais*. São Paulo: Atlas, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015*. 2 ed. Rev. Atual. e Ampliada, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de processo civil, volume 2: execução e processo cautelar*. 10 ed. rev. e atual, São Paulo: Saraiva, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência*. 44 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: Artigo por Artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais*. Revista do Tribunal Regional Federal: 1 Região, v. 7, n. 3, p. 15- 32, jul./set. 1995.

_____. *Antecipação de Tutela*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.