



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:
TUTELAS DE URGÊNCIA E ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Acadêmico
Bruno Condini

Orientador
João Leonel Machado Pereira

Florianópolis
2009.

BRUNO CONDINI

**REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:
TUTELAS DE URGÊNCIA E ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Graduação em Direito, da
Universidade Federal de Santa Catarina.

Área de Concentração: Direito Processual
Civil

Orientador: Prof. João Leonel Machado Pereira

Florianópolis

2009



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

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada Reforma do código de processo civil: tutelas de urgência e estabilização da tutela antecipada, elaborada pelo acadêmico Bruno Condini e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo designados, obteve aprovação com nota 9 (nove), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 03/07/2009.

Prof. João Leonel Machado Pereira

Universidade Federal de Santa Catarina - Orientador

Prof. Henrique Barros Souto Maior Baião

Universidade Federal de Santa Catarina – Titular da Banca

Prof. Rafael Peteffi da Silva

Universidade Federal de Santa Catarina – Titular da Banca

RESUMO:

Este trabalho analisa as propostas de reforma do Código de Processo Civil apresentadas pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, tanto a cargo da Comissão de Reforma, quanto o esboço de reformulação de autoria do Professor Athos Gusmão Carneiro. Seu objeto central é o estudo do atual sistema das tutelas de urgência, cautelares e antecipatórias, a partir da legislação em vigor, bem como dos referidos anteprojetos e do direito comparado.

PALAVRAS-CHAVE:

Reforma – Processo – Civil - Tutela – Urgência

ABSTRACT:

This paper analyzes the reform proposals of the Code of Civil Procedure made by the Brazilian Institute of Procedural Law, both for the Commission for Reform, as the draft revision of the author Professor Athos Gusmão Carneiro. Its central object is the study of the current system of guardianship emergency, precautionary and anticipatory, from the legislation in force, and those drafts and comparative law.

KEYWORDS:

Renew – Process – Civil - Tutelage – Urgency

SUMÁRIO

| | | |
|----------|---|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO..... | 7 |
| 2 | CAPÍTULO I: TEORIA GERAL DAS TUTELAS DE URGÊNCIA..... | 8 |
| 2.1 | TIPOS DE PROCESSO – CONCEITO E FINALIDADE | 8 |
| 2.2 | VISÃO UNITÁRIA DAS TUTELAS DE URGÊNCIA – DISTINÇÃO ENTRE MEDIDAS ANTECIPATÓRIAS E CAUTELARES..... | 10 |
| 2.3 | MEDIDAS DE URGÊNCIA - PECULIARIDADES..... | 16 |
| 2.3.1 | Medidas cautelares..... | 17 |
| 2.3.2 | Medidas antecipatórias..... | 25 |
| 3 | CAPÍTULO II: PROPOSTAS DE REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – TUTELAS DE URGÊNCIA E ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA. | 31 |
| 3.1 | ANTEPROJETO DE ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA..... | 31 |
| 3.2 | ANTEPROJETO DAS TUTELAS DIFERENCIADAS DE URGÊNCIA | 36 |
| 4 | CAPÍTULO III: ASPECTOS TÉCNICOS E PRÁTICOS DA REFORMA DO PROCESSO CAUTELAR E DA TUTELA ANTECIPADA | 50 |
| 5 | CONCLUSÃO..... | 68 |
| 6 | BIBLIOGRAFIA | 70 |

1 INTRODUÇÃO

Tendo em vista os esforços do Instituto Brasileiro de Direito Processual a fim de possibilitar a concretização da reformulação da disciplina das tutelas de urgência do Código de Processo Civil, com a redação dos anteprojetos de estabilização da tutela antecipada e das tutelas de urgência, propõe-se o presente estudo.

A partir da análise da legislação em vigor, do direito comparado, dos anteprojetos acima referidos, das exigências da prática forense delineadas pela doutrina bem como de uma teoria geral das tutelas de urgência, pontuando os aspectos fundamentais da tutela antecipada e das medidas cautelares, busca-se o desenvolvimento do tema, com a delimitação das principais alterações propostas e sua repercussão no mundo jurídico.

Inicialmente, na linha da doutrina processual pátria, o primeiro capítulo da monografia versa sobre a teoria de base da visão unitária das tutelas urgentes, destacando o conceito, as características e propriedades, a classificação, as espécies, o procedimento, as hipóteses de aplicação, as diferenciações e identidades relativas às antecipações dos efeitos da tutela e às medidas cautelares.

No segundo capítulo, é descrito de forma pormenorizada cada elemento normativo constante dos anteprojetos de estabilização da tutela antecipada e das tutelas de urgência, comparativamente ao que dispõe atualmente o art. 273 e o Livro III do Código de Processo Civil, destacando-se os efeitos de cada norma procedimental, especialmente as alterações pretendidas.

Por fim, no terceiro e último capítulo a reforma em discussão é analisada sob diversas óticas. O tema é situado historicamente, como mais uma etapa de um processo pelo qual passa a legislação processual de urgência, desde o Código de Processo Civil de 1939, passando pelas alterações ocorridas em 1994 e 2002. Também há espaço à análise do tema de acordo com os institutos de direito comparado, como a *référé* francesa e belga, os *provvedimenti d'urgenza* italiano e a legislação processual portuguesa, considerando-se as semelhanças, diferenças e efeitos de cada ordenamento estrangeiro comparativamente à reforma proposta. Ainda no capítulo derradeiro, são pontuados os objetivos, perspectivas e os princípios norteadores da reforma, como resposta à hodierna crise que vivencia o judiciário.

Vejamos o conteúdo do estudo.

2 CAPÍTULO I: TEORIA GERAL DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

Antes de analisarmos o conteúdo e os feitos da reforma do processo cautelar e do instituto da antecipação dos efeitos da tutela, atualmente em discussão, cumpre fixar o marco a partir do qual são definidas estas espécies de provimento jurisdicional, abordando dentro de uma “Teoria Geral das Tutelas de Urgência” os conceitos, características, espécies, requisitos de concessão, prerrogativas e peculiaridades destas formas de exercício da jurisdição.

Importante ressaltar que, pela própria natureza de um trabalho de conclusão de curso de graduação, não se pretende inovar sobre o tema, nem mesmo expor um completo esboço acerca da teoria fundamental das tutelas de urgência, mas analisar basicamente e de acordo com a doutrina processual, as prerrogativas e princípios intimamente ligados ao tema central do trabalho.

2.1 TIPOS DE PROCESSO – CONCEITO E FINALIDADE

Primordial para a compreensão do tema, a distinção entre as espécies de manifestação da jurisdição adotada pelo Código de Processo Civil brasileiro, segundo a finalidade das tutelas que cada uma tem como objeto.

O Código de processo Civil de 1973 dividiu a disciplina de suas matérias em quatro livros, dos quais, para o presente estudo, interessam particularmente os três primeiros, quais sejam, o “Livro I” intitulado “Do Processo de Conhecimento”, o “Livro II” denominado “Do Processo de Execução” e o “Livro III”, chamado de “Processo Cautelar”.

A tutela inerente ao processo de conhecimento¹ tem como finalidade, mediante cognição plena e exauriente, substancializada pelo esgotamento dos meios de conhecimento da situação fática à qual se subsume o direito, conferir certeza e segurança jurídica ao julgador, de modo que possa emitir a declaração que satisfaça a pretensão postulada, seja com efeito de firmar a existência da situação, constituir nova situação ou condenar o réu da demanda a cumprir determinada obrigação, com base na situação comprovada.

¹ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo curso de direito processual civil*, 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

Caracteriza-se, portanto, pela longa instrução probatória, que propicia ao juiz, a convicção inequívoca para declarar o direito aplicável à situação conhecida, formando o título executivo judicial.

Por sua vez, o processo de execução² pressupõe o descumprimento de uma obrigação formalmente estabelecida em documento com força de título executivo, seja ele judicial ou extrajudicial.

Em regra, não há conflito acerca da situação fática originária da obrigação, mas, nas palavras de Gonçalves³, “*uma crise de inadimplemento, em que o devedor não quer cumprir, voluntariamente, a obrigação, consubstanciada em título executivo*”. Nestes casos, a finalidade do exercício da jurisdição, restringe-se a compelir, forçadamente o devedor ao cumprimento do conteúdo normativo do título executivo.

Já o processo cautelar⁴, diferentemente do processo de conhecimento e de execução, tem como finalidade a proteção de um direito objeto de um processo de rito ordinário, que, em razão da iminência de dano, não comporta o longo e demorado procedimento de cognição exauriente e plena, ou mesmo a longa espera que exige a concretização dos meios executórios até o total adimplemento da pretensão, sob pena de perecimento do direito sobre o qual se postula a cautela.

Assim, a tutela jurisdicional concedida em processo cautelar é pautada pela cognição sumária da situação acautelada, mediante juízo de plausibilidade ou aparência de direito, baseado na existência de *fumus boni iuris e periculum in mora*, o que demanda a adoção de um procedimento célere e simplificado.

É na necessidade de existência de um meio de tutela jurisdicional rápida e eficiente que se justifica o processo cautelar⁵, sendo pelo mesmo motivo que se diferencia das outras formas de tutela jurisdicional, quais sejam a de conhecimento e a de execução.

Contudo, como se depreende da redação do art. 796 do Código de Processo Civil, o processo cautelar não é um fim em si mesmo, pois apesar da autonomia procedimental que detém, “é sempre dependente” do processo principal ao qual está vinculado.

Isto porque, esta forma de exercício da jurisdição, têm como finalidade, assegurar a tutela objeto de um processo de conhecimento ou de execução, em razão da ameaça de dano

² GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil**, 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

³ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil**, 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

⁵ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil**, 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

maior por circunstancia da demora do provimento jurisdicional ordinário⁶, e não prestar a tutela definitiva que a parte almeja.

É por isso, que se costuma conferir às tutelas de urgência cautelares um caráter instrumental, na medida em que se prestam a assegurar, a preservar o fim último de um processo principal. É estritamente para isso que existe um procedimento cautelar, para em caso de urgência e fundado receio de dano, tornar seguro o bem da vida objeto do processo de conhecimento ou execução, seja garantindo a produção ou integridade de uma prova, de um crédito ou de um direito subjetivo qualquer⁷, através das medidas específicas nomeadas pelo Código, ou como decorrência do poder geral cautelar que detém o órgão jurisdicional.

Portanto, pode-se afirmar que o processo cautelar tem como peculiares características o fato de ser um procedimento jurisdicional de tutela de urgência pautado pela instrumentalidade⁸, na medida em que assegura um direito objeto da tutela principal, de forma provisória e acessória, mediante cognição sumária, calcada em um juízo de plausibilidade fática e aparência de direito⁹, presentes os requisitos fundamentais do “perigo da demora” e da “fumaça do bom direito”.

2.2 VISÃO UNITÁRIA DAS TUTELAS DE URGÊNCIA – DISTINÇÃO ENTRE MEDIDAS ANTECIPATÓRIAS E CAUTELARES

É por se tratarem de procedimentos que visam a afastar os riscos de perecimento do direito objeto da demanda principal de conhecimento ou execução, que tanto as medidas cautelares propriamente ditas como as medidas antecipatórias dos efeitos da tutela são classificadas pela moderna doutrina processual¹⁰ como espécies do gênero Tutelas de Urgência.

⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

¹⁰ A exemplo de Luiz Guilherme Marinoni, Ovídio Batista da Silva, Humberto Theodoro Jr. E Marcus Vinícius Rios Gonçalves, dentre outros.

Prova da identidade entre as duas espécies de tutela de urgência é a existência de medidas nitidamente satisfativas¹¹, rotuladas pelo Livro III do Código de Processo Civil como cautelares, a exemplo dos alimentos provisionais, regulados pelos arts. 852, 853 e 854, do CPC, ou das “medidas provisionais” de direito de família, referíveis à tutela definitiva da ação de separação judicial, constantes dos incisos II, III, VI e VII do artigo 888 do mesmo diploma legal, ou ainda a previsão irreversível de demolição de prédio, integrante do inciso VIII deste artigo.

Contudo, trata-se de institutos processuais diferenciados. Luiz Guilherme Marinoni¹², afirma que os caracteres da provisoriedade e da cognição sumária não são suficientes para conferir natureza cautelar aos provimentos antecipatórios:

Não é possível que admitamos que todas as tutelas sumárias são cautelares, pois nesta hipótese estaremos desnaturando a própria função da tutela cautelar, que visa apenas assegurar a possibilidade de realização do direito. A tutela cautelar não pode assumir uma estrutura que comprometa sua função, sob pena de se transformar em simples tutela de cognição sumária, ou como bem observam Satta e Verde, “il provvedimento urgente in urgenza di provvedimento”.

E referindo-se aos clássicos mestres Pontes de Miranda e Ovídio Baptista, Marinoni¹³ complementa:

Essa distinção entre provvedimento urgente e urgenza di provvedimento já havia sido revelada, embora em outras palavras, por Pontes de Miranda. Pontes de Miranda diferenciou, em seus comentários ao Código de Processo Civil de 1939, o arresto preventivo e o arresto execução para segurança, daí surgindo os conceitos de “segurança da execução” e “execução para segurança”, tomados e desenvolvidos por Ovídio Baptista, na parte introdutória dos seus magníficos Comentários ao Código de Processo Civil. Concluiu Ovídio, nesta obra, que quando se antecipa execução, satisfaz-se por antecipação, atende-se, desde logo, a pretensão, o que significa mais do que dar-lhe simples proteção cautelar.

Apesar de haver inúmeras diferenças entre as espécie de tutela de urgência ora tratadas, a exemplo do procedimento inerente a cada uma, a disciplina em Livros diferentes

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

do Código de Processo Civil, a referibilidade ao direito material acautelado¹⁴, que é da natureza das medidas cautelares e praticamente inexistente nas medidas antecipatórias, os requisitos de concessão que mostram-se muito mais criteriosos¹⁵ quando se trata de antecipar os efeitos da tutela definitiva, o importante marco divisório entre uma e outra é, sem dúvida, o efeito prático da concessão da medida.

Nesta linha, as medidas cautelares propriamente ditas, conforme já salientado, têm caráter eminentemente assecuratório e preventivo do direito objeto do processo principal, sendo que, uma vez deferidas, irão assegurar a integridade do bem da vida posto em litígio, contudo, sem que a parte possa de pronto dele desfrutar¹⁶. Nítido, portanto, o caráter instrumental que possui, pois se refere em última análise, à conservação de outro processo.

De outro modo, as antecipações dos efeitos da tutela são provimentos de ordem satisfativa do direito tutelado no processo, pois sendo concedidas, a parte beneficiada desde logo irá gozar, ainda que de forma provisória, das prerrogativas do bem da vida sobre o qual pretende a tutela definitiva¹⁷.

Têm, assim, caráter efetivo, concretizador do direito litigioso. Mais que assegurar a discussão dialética jurisdicional, provê à parte postulante o direito que esta pretende concretizar, desde a iminência da situação de perigo.

Veja-se que em determinados casos, a medida antecipatória poderá também resguardar uma situação de dano iminente. É o caso da concessão de tutela antecipada para retirar ou prevenir inscrição em órgãos de proteção ao crédito, diante da iminência de restrição comercial por parte do postulante.

É verdade que em parte destes casos, com a concessão da medida, é garantido o fim último do processo, de forma instrumental, já que a elisão tardia da referida restrição creditícia poderia inutilizar a própria tutela definitiva requerida. Porém, ainda que assegure a demanda, a carga de efetividade máxima do provimento não é garantir, mas antecipar parte da pretensão, ainda que acabe por resguardar a integridade do processo.

Ilustrativamente, imagine-se o caso de um empresário que possui restrição mercantil, que propõe ação judicial pretendendo a revisão de um contrato bancário com cláusula manifestamente abusiva e geradora do inadimplemento que ocasionou a restrição de

¹⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

crédito. A manutenção da eficácia da referida cláusula poderá, comprovando-se os prejuízos causados pela restrição de crédito, tornar irreversível o revés econômico do comerciante.

Com a demora exigida pela plena cognição da lide, a revisão contratual poderá perder seu objeto, mas ao impossibilitar a restrição creditícia, o juízo confere de plano os efeitos que o empresário busca com a ação, ou seja, ter acesso ao mercado e negociações na praça, a fim de investir em seu ramo e recuperar a empresa.

Atente-se, porém, que as medidas antecipatórias vão além dos casos de proteção do dano iminente, prestando-se a outras finalidades, como evitar e punir abuso de direito de defesa ou propósito protelatório do réu, ou ainda “limpar a demanda” com a efetivação ao autor, dos direitos não mais litigiosos ou controvertidos, antes da sentença terminativa.

Estas simples características são suficientes para concluirmos que os requisitos para a concessão de medidas antecipatórias devem ser mais rigorosos que os exigidos para o deferimento de uma medida cautelar, em função do grau de efetividade e da repercussão na vida e patrimônio de ambas as partes, que um e outro provimento possuem.

Embora tanto a concretização de um provimento antecipatório quanto assecuratório, pressuponham, em regra, a demonstração do perigo de dano iminente e da aparência de direito que legitime a segurança, há nítida diferença no grau de evidência da subsunção de tais requisitos ao caso concreto, porquanto a medida do art. 273, do CPC pressupõe prova inequívoca da verossimilhança das alegações, enquanto que, a medida cautelar requer apenas um juízo de plausibilidade e aparência de direito.

Sobre este grau de certeza legado pelo *fumus boni iuris* cautelar, convém transcrever esclarecedora lição de Ovídio A. Baptista da Silva¹⁸:

“o juízo de probabilidade do direito para cuja proteção se invoca a tutela assegurativa (cautelar) é não apenas pressuposto, mas igualmente exigência desta espécie jurisdicional. Com efeito, a proteção não apenas pressupõe a simples aparência do direito a ser protegido, mas exige que ele não se mostre ao julgador como uma realidade evidente e indiscutível. Quer dizer, a tutela cautelar justifica-se porque o juiz não tem meios de averiguar, na premência de tempo determinada pela urgência, se o direito realmente existe.”

Parece-nos correto afirmar que o efeito circunstancial de antecipar direito litigioso a uma das partes, que só seria realizado ao final do processo, pelas sérias conseqüências que representa ao equilíbrio da lide, apesar da possibilidade de revogação da medida a qualquer tempo na maioria dos casos, revela a necessidade de exigir-se um nível mais concreto de

¹⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

instrução probatória, se comparado à “fumaça” de direito, requisito da proteção cautelar¹⁹. Isso pode ser notado com mais intensidade quando se tem em mente que a tutela cautelar concedida, irá assegurar o bem do processo a ambas as partes, inclusive, sendo necessário, mediante procedimento de justificação prévia e oferecimento de caução idônea pelo requerente.

Não obstante, contrapõe Alcides A. Munhoz da Cunha²⁰, que entende não haver distinção de graus de convencimento entre a prova inequívoca da verossimilhança das alegações e o juízo pautado no *fumus boni iuris* cautelar. Obtempera que a prova inequívoca de verossimilhança não é uma espécie de *fumus* qualificado, nem representa um grau mais elevado de convicção acerca da titularidade do direito subjetivo postulado, concluindo que:

Essas proposições partem do pressuposto equivocado de que há uma única espécie de tutela antecipada, a qual se exerce mediante cognição sumária sobre os interesses privilegiados como se já fossem direitos (e não apenas *fumus*), tal o grau mais qualificado da verossimilhança.

E continua a linha de raciocínio concluindo que:

A análise sobre a diversidade de fundamentos para as antecipações permite verificar, todavia, que os interesses verossímeis (privilegiados em dadas situações) serão tutelados em diversos planos, ora como direitos certos, ora como direitos presumidos ou, ainda, como *fumus* simplesmente (...). O juízo de verossimilhança será tecnicamente diferente em cada uma das situações, devido à vinculação a diferentes pressupostos e à especificidade dos fins.

Ademais, independentemente das divergências doutrinárias, a diferenciação entre medidas cautelares e antecipações de tutela está plenamente caracterizada em nosso ordenamento, apesar da perda de sua importância após a entrada em vigor da Lei nº 10.444 de 07 de maio de 2002, que positivou o princípio da fungibilidade entre as medidas satisfativas e assecuratórias, segundo o qual, o requerimento de uma medida cautelar ou antecipatória pela outra, desde que presentes os requisitos da medida cabível, não prejudica a concessão da tutela de urgência²¹.

Superada parece estar a antiga divergência acerca da aplicabilidade do princípio da fungibilidade apenas no caso de requerimento de tutela cautelar a título de tutela antecipada, nos exatos termos do § 7º, do art. 273, do CPC, justamente pela amplitude de

19 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

20 MUNHOZ DA CUNHA, Alcides A. Antecipação e antecipações: dez anos de tutela antecipada ou de antecipações de tutela. Artigo in: MARINONI, Luiz Guilherme, coordenador. Estudos de direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

21 GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil**, 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006

efeitos da concessão de uma medida satisfativa, de modo que, tendo em vista a maturidade dos operadores jurídicos e a larga utilização das antecipações de tutela, a maximização interpretativa do dispositivo, nos termos da presente reforma que preza pela instrumentalidade e eficiência processuais, permite a concessão da medida satisfativa se requerida como cautelar²², desde que presentes os respectivos pressupostos e não seja o caso de erro grosseiro²³.

Não é o nome que se dá ao pedido de urgência que o define e sim a necessidade do caso concreto posto ao Juízo, que irá avaliar a presença dos pressupostos de deferimento, ressalvado o caso de erro grosseiro.

Assim, estando presentes os requisitos da “prova inequívoca” da “verossimilhança da alegação” o “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” ou o “abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu”, sendo reversível a medida, ou ainda, independentemente dos outros requisitos, quando um ou mais dos pedidos forem incontroversos, poderá ser deferido o requerimento de antecipação dos efeitos da tutela, nos moldes do art. 273 do Código de Processo Civil, desde que a medida urgente cabível não tenha nítido caráter cautelar.

Do mesmo modo, será concedida a tutela cautelar caso configurado o fundado receio de lesão grave e de difícil reparação ao direito litigioso, conforme pressupõe o art. 798 do Código de Processo Civil, pressupostos estes definidos por Humberto Theodoro Jr.²⁴, como sendo:

- I - Um dano potencial, um risco que corre o processo principal de não ser útil ao interesse demonstrado pela parte, em razão do periculum in mora, risco esse que deve ser objetivamente apurável.
- II – A plausibilidade do direito substancial invocado por quem pretenda segurança, ou seja, o *fumus boni iuris*.

Demonstrada claramente as diferenças entre as tutelas de urgência cautelares e antecipatórias, não devem ser confundidas entre si, a exceção dos casos limítrofes entre a satisfação e a segurança do direito objeto da tutela definitiva, apesar da aplicação prática do princípio da fungibilidade e de prestarem-se à tutela de situações urgentes.

²² SOUZA, Eduardo de Mello e. **Tutela cautelar: retorno às origens**. Artigo in: MARINONI, Luiz Guilherme, coordenador. Estudos de direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

Visto isso, passamos à análise mais atenta das peculiaridades de cada uma das espécies de tutela de urgência.

2.3 MEDIDAS DE URGÊNCIA - PECULIARIDADES

Começaremos pela descrição analítica do processo cautelar, do qual amadureceu em nosso ordenamento o conceito de tutela de urgência e a necessidade de desenvolvimento dos institutos a ela inerentes, bem como proporcionou o desenvolvimento de uma cultura processual sobre as tutelas de urgência.

Notadamente, Ovídio Baptista²⁵ destaca que o alcance que possuem hoje as tutelas urgentes na prática forense cotidiana decorre da evolução da eficácia do ordenamento cautelar brasileiro, desde a pouquíssima repercussão prática e utilização no meio jurisdicional que possuía no Código de Processo Civil de 1939, até o atual estágio de utilidade e generalização, com a adoção de medidas urgentes interinais ao processo de conhecimento de rito ordinário e a possibilidade de antecipar provisoriamente o provimento final.

O mesmo autor²⁶ chama a atenção para o que define como duas causas principais da expansão das tutelas de urgência no direito brasileiro, com o advento do Código de Processo Civil de 1973, quais sejam, a posição de destaque que possui o processo cautelar, com um Livro inteiro a ele dedicado, contendo cerca de 100 artigos, contra apenas 13 do Código de Processo Civil de 1939, e, a secção do exercício e manifestação da jurisdição em 3 espécies de processo apartadas, quais sejam, o processo de conhecimento, de execução e o processo cautelar. A respeito deste segundo motivo, assevera que:

o legislador de 1973 introduziu em nosso direito o instituto conhecido como “processo de conhecimento”, com sua vocação genética para o procedimento ordinário, com o objetivo principal de retirar dele todas as formas e manifestações de atividade jurisdicional executivas, que passaram a integrar, em livro especial, o processo de execução, no qual o Código unificou todos os meios admitidos pelo legislador como executórios²⁷.

²⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

²⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

²⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Conclui, afirmando que, este esvaziamento de meios executórios característicos do processo de conhecimento, tem o condão de ordinarizá-lo, pois *não havendo atividades de cognição e execução na mesma demanda, não haverá, jamais, a possibilidade de quebrar-se a ordinariedade, com a emissão de uma sentença liminar*²⁸.

Como consequência lógica, sempre que uma situação demandasse a utilização de uma medida de urgência, em se tratando de processo de conhecimento, seria necessário a proposição de uma nova ação, procedimentalmente autônoma, mas sempre dependente do processo principal, ao menos dentro dos vinte anos que separam o Código de 1973 da Lei nº 8.952 de 1994, quando inaugurado em nosso ordenamento processual, a previsão genérica de antecipação dos efeitos da tutela.

Posto o intróito, vejamos as espécies de tutela de urgência que a este trabalho interessam, ou seja, as medidas assecuratórias e antecipatórias.

2.3.1 Medidas cautelares

O processo cautelar está disciplinado pelo Livro III do Código de Processo Civil, sob a forma das medidas cautelares inominadas, baseadas no poder geral de cautela do juiz, e das medidas cautelares nominadas²⁹, previstas especificamente pelo legislador, quais sejam, o arresto, o seqüestro, a caução, a busca e apreensão, a medida de exibição, de produção antecipada de provas, os alimentos provisionais, o arrolamento de bens, a justificação, os protestos, notificações e interpelações, a homologação de penhor legal, a posse em nome do nascituro, o atentado, o protesto e apreensão de títulos, e as medidas referíveis a separação judicial, a menores e a interdição e demolição de prédios.

Sendo o propósito do presente estudo analisar as características fundamentais e basilares das tutelas de urgência, mas sem perder de foco a reforma iminente que leva em conta as medidas antecipatórias e assecuratórias, daremos mais atenção aos aspectos gerais,

²⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

²⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

as prerrogativas e essencialidades ligadas à tutela de urgência cautelar, privilegiando as medidas inominadas.

A justificativa da existência das tutelas cautelares nos sistemas jurídico-processuais, bem como a sua finalidade, objetivos e funções já foram devidamente abordadas no início deste capítulo. Por este motivo, iremos direto à análise das características do processo cautelar, dos requisitos de concessão das medidas a ele inerentes e das demais peculiaridades que envolvem esta forma de manifestação da prerrogativa jurisdicional.

Primeiramente, convém distinguir conceitualmente processo, ação e medida cautelar.

Anota Humberto Theodoro Jr.³⁰, que *o processo é o método de atuar a jurisdição e ação é o direito da parte de fazer atuar o processo*.

O processo cautelar³¹ consiste na unidade da relação posta em juízo, representando o conjunto das manifestações jurisdicionais relativas a uma determinada lide, sejam elas decisórias, postulatórias, instrutórias ou de mero expediente. Como consequência o processo cautelar representa o gênero, o todo, o universo que pode ser composto por várias ações ou medidas cautelares.

Já a ação cautelar³², representa o direito, a garantia legal que permite ao cidadão o acesso à justiça, a provocação do Estado para que exerça o monopólio da tutela de direitos. É o preceito jurídico que legitima e propicia a busca pela concretização da proteção jurisdicional ao bem da vida litigioso.

Por sua vez, a medida cautelar³³ é a própria realização do direito pretendido, de forma assecuratória, ou seja, é a concessão do direito subjetivo, o meio pelo qual ele é concretizado, a providência tomada pelo ente competente para elidir o risco de dano, o *periculum in mora*, é a medida protetiva do bem da vida.

Concluindo, podemos dizer que, enquanto o processo é o meio, o instrumento, a ação é o direito, a garantia que legitima e possibilita a realização da proteção, sendo a medida cautelar a própria realização do direito postulado através da ação no processo, o ato que afasta do bem da vida, o perigo iminente³⁴.

Definido este aspecto conceitual, vejamos as características do processo cautelar.

³⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

³¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

³² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

³³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

³⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

Os autores são praticamente unânimes ao definir as características que conferem natureza cautelar a um processo judicial. São elas: a provisoriedade, a acessoriedade, a autonomia e a revogabilidade. De forma complementar, alguns acrescentam ainda a urgência, a sumariedade da cognição, a inexistência de coisa julgada material, a fungibilidade, a instrumentalidade e a referibilidade³⁵.

Como as medidas cautelares prestam-se a assegurar, proteger uma situação de risco iminente, sua eficácia perdura apenas no interregno no qual haja necessidade de garantia do bem da vida litigioso. Assim, extinta a causa originária do perigo, não havendo mais riscos ao direito sob tutela, o provimento cautelar perde seu objeto, podendo por isso ser desconstituído pelo juízo da causa, a qualquer tempo.

No caso de perdurar o estado de ameaça ao bem sobre o qual se pretende a tutela jurisdicional, não sendo elidido o risco de dano, cessará a eficácia da medida tão somente com o advento da sentença terminativa e definitiva no processo principal, que soluciona a lide e presta a tutela jurisdicional por completo ao detentor do direito, que daí em diante será o responsável pela proteção do bem da vida, não mais litigioso. Esta a característica da revogabilidade³⁶, prevista de forma genérica pelo art. 807 do CPC.

A acessoriedade ou subsidiariedade³⁷ do processo cautelar se depreende da redação do art. 796 do CPC, ao estabelecer a dependência desta espécie processual relativamente a um processo principal, de execução ou conhecimento. Isso quer dizer que o processo cautelar só existe se houver um outro processo ao qual ele se refere, pois como já observado, a finalidade cautelar é o amparo jurisdicional de uma situação urgente, mediante a concessão da medida liminar, possível somente a partir de cognição sumária, incompatível com o procedimento ordinário seguido pelos processos regidos pelo Livro I e II do CPC.

A única exceção à regra da subsidiariedade são as medidas cautelares assecuratórias de prova³⁸, pois produzida a prova, não é necessária a propositura da ação principal no prazo de 30 dias. Esta questão será oportunamente aprofundada, quando tratarmos da classificação das medidas cautelares.

A acessoriedade ou dependência do processo cautelar ao processo principal pode ser vista também sob o foco da referibilidade³⁹. Ela consiste na referência que a medida de

³⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

³⁶ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil**, 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

³⁷ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil**, 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

³⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

³⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

proteção cautelar possui, com relação ao direito material objeto da tutela no processo principal. É a própria razão de ser da existência de determinada medida cautelar, pois foi criada para a garantia de um direito material litigioso. Como exemplo, a medida cautelar de arresto, referível a um direito subjetivo de crédito que se pretende concretizar, mas que poderá perecer antes do fim da demanda, diante do fundado receio de que o devedor dissipe seu patrimônio, fraudando a execução, e, por conseguinte, importe na ineficiência do próprio processo.

Neste sentido, podemos afirmar que quanto maior a referibilidade de uma medida urgente ao direito material litigioso, mais cautelar é a natureza do provimento, pois maior será o intuito de assegurar o direito e menor o grau de satisfatividade da tutela. É por isso, uma das formas de diferenciar uma tutela cautelar de uma tutela antecipatória, inclusive, em determinados casos, vendo-se os estreitos limites que separam a satisfação antecipada da asseguaração do direito.

Conjuntamente à acessoriedade, podemos analisar o caráter da instrumentalidade cautelar. Além de ser um meio de resguardar direitos materiais, o processo cautelar, ao proteger o bem da vida sobre o qual se pretende a tutela principal, esta a garantir o fim útil do processo.

Humberto Theodoro Jr.⁴⁰, citando Gian Antonio Micheli, esclarece que:

É instrumental a função cautelar, porque não se liga à declaração de direito, nem promove a eventual realização dele; e só atende, provisória e emergencialmente, a uma necessidade de segurança, perante uma situação que se impõe como relevante para a futura atuação jurisdicional definitiva.

Outra característica diz respeito à provisoriedade⁴¹. Já dissemos que o processo cautelar não é um fim em si mesmo, mas uma tutela jurisdicional de conservação, tanto de um direito como do próprio processo principal. A tutela cautelar apenas preenche a lacuna que a ordinariade legou ao processo de conhecimento, provendo de forma transitória, uma situação urgente, até que, exaurido o conhecimento ou os meios executórios, possa-se extinguir a cautela, mediante uma sentença satisfativa, definitiva e terminativa da lide.

A autonomia entre processo principal e cautelar também já foi abordada preliminarmente. Referimo-nos que corresponde ao rito, ao procedimento autônomo que segue o processo cautelar. E não poderia ser diferente. Ao exigir um provimento urgente e tendo como objeto um direito na iminência de perecimento, adotando por isso a forma de

⁴⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

cognição sumária, pautada na aparência de direito, não há como observar as exigências da ordinariedade⁴². Enfim, trata-se de uma “nova” relação processual, que apesar de dependente de outra relação processual, possui objeto distinto, comportando nova autuação, sentenciamento liminar sem a audiência da parte contrária caso necessário, nova citação, instrução diferenciada, exercício do contraditório, prestação de garantias pelas partes, etc..

As características da urgência, da sumariedade da cognição, e da fungibilidade já foram analisadas quando introdutoriamente especificamos a visão unitária das tutelas de urgência e as diferenças entre provimentos assecuratórios e antecipatórios, sendo desnecessário maiores delongas sobre o tema.

Relativamente à qualidade da sentença cautelar, que não produz coisa julgada material, importante pontuarmos algumas considerações.

A coisa julgada é o predicativo de imutabilidade conferido a uma sentença da qual não caiba mais recurso. Divide-se em coisa julgada formal e coisa julgada material. A primeira identifica-se com o efeito definitivo e inalterável da sentença no que pertine à relação processual sobre a qual se decidiu, ou seja, a sentença tem força de lei entre as partes, nos limites da relação litigiosa tutelada, sendo por isso interno ao processo. Já a segunda, projeta os efeitos da sentença para fora da relação processual, impossibilitando o ajuizamento de ação idêntica, com os mesmos fatos, fundamentos e elementos⁴³.

Uma sentença cautelar da qual não caibam mais recursos não poderá ser modificada no próprio processo cautelar em que foi decidida, o que não impede que em outra relação processual seja alterada ou novamente intentada, como por exemplo, no próprio processo ao qual é referível.

As causas de tal restrição são os critérios usados para a formação do convencimento do juízo, pois a sentença cautelar é fundamentada em cognição sumária, no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*. Não pode ter a prerrogativa da definitividade, uma sentença que, posta a relação litigiosa e constatada a existência de uma pretensão resistida, não exaure as possibilidades de conhecimento da lide, emitindo juízo de valor com base na aparência de direito, legitimada por uma situação de urgência, que pode cessar a qualquer momento ou voltar a ocorrer.

⁴¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

⁴² SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

⁴³ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil**, 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

Vistas as características delineadoras do processo cautelar e como já mencionadas as especificidades dos requisitos para sua concessão, quais sejam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, em especial no item 1.2, desnecessário repeti-lo.

Acrescentamos somente, a existência de um aspecto que não é bem um requisito, mas antes um critério de valoração da situação de urgência e dos efeitos da concessão da medida cautelar para as partes interessadas no bem da vida sob tutela. Estamos a falar do critério axiológico da razoabilidade⁴⁴, da adequação entre meios e fins.

Este critério consiste em avaliar quais os prejuízos prováveis que a concessão da medida acarretará. Se ao revés de garantir o direito de um, não estará violando arbitrariamente o direito de outro, e neste caso, sendo inafastável a concessão ou a lesão a direitos, concretizando-se a medida de forma parcial, como medir o *quantum* de sua extensão, para que distribua de forma proporcional os prejuízos inevitáveis⁴⁵.

Parece-nos tratar-se de um critério que levando em conta o grau de evidência do direito, bem como da situação fática que se apresenta ao julgador, mede a proporção e repercussão patrimonial e extrapatrimonial da efetivação da medida. É o que ocorre em determinadas situações, em que, mesmo presentes critério absolutamente objetivos como provas cabais e inequívocas, por razões de ordem política e social, como por exemplo no caso da possível falência de uma empresa ou por circunstância de uma crise econômica, se relativizam normas jurídicas fechadas e de alta densidade normativa que legitimariam uma alta condenação, com base na tópica e em princípios fundamentais, concedendo-se ao lesado apenas parte dos direitos violados, minimizando a condenação.

Contudo, apesar da ampla discussão que envolve o tema, estaríamos fugindo do objeto deste trabalho, razão esta por que passamos a discorrer sobre algumas peculiaridades relativas às medidas assecuratórias.

Dentre elas, interessa-nos, a classificação quanto à finalidade e o objeto do provimento, creditada por Humberto Theodoro Jr.⁴⁶ a Ramiro Podetti, que as divide *em medidas para assegurar bens, pessoas ou provas*.

As cautelares que asseguram bens são aquelas que têm como finalidade, assegurar a solvabilidade do devedor em sede de execução judicial ou preservar a integridade do bem da vida objeto do processo. As medidas assecuratórias de pessoas referem-se à *guarda provisória*

⁴⁴ MUNHOZ DA CUNHA, Alcides A. Antecipação e antecipações: dez anos de tutela antecipada ou de antecipações de tutela. Artigo in: MARINONI, Luiz Guilherme, coordenador. Estudos de direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

⁴⁵ MUNHOZ DA CUNHA, Alcides A. Antecipação e antecipações: dez anos de tutela antecipada ou de antecipações de tutela. Artigo in: MARINONI, Luiz Guilherme, coordenador. Estudos de direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

e à *satisfação das necessidades urgentes* dos indivíduos. Por derradeiro, as *medidas para assegurar provas* compreendem a realização antecipada de provas que servirão de fundamento para uma futura ação.

Nesse contexto, importa ressaltar que o nosso Código de Processo Civil, apesar de denominar o Livro III como “Do Processo Cautelar”, nele inseriu medidas não cautelares, e, portanto, que não visam a assegurar um direito, apenas se submetendo ao procedimento cautelar. Como exemplo, citamos as medida do art. 888, incisos II e VIII, que pretendem antecipadamente ao provimento definitivo, a interdição e demolição de prédio para resguardar saúde e segurança, ou a entrega dos bens pessoais do cônjuge em vias de separação. Note-se que nestes casos não se está a assegurar o bem, mas antecipar o provimento.

Nitidamente por não haver espaço para medidas antecipatórias à época do legislador de 1973, dada a pequena repercussão prática das tutelas de urgência no exercício da jurisdição pátria, mas ciente o idealizador de nosso atual código processual da identidade que liga as medidas antecipatórias e assecuratórias, optou como no caso do exemplo citado, por manter as poucas antecipações dos efeitos da tutela, no Livro comum às cautelares⁴⁷.

Ainda no que toca a classificação das espécies cautelares, temos o critério segundo o tempo de deferimento.

O art. 796, do CPC prevê a possibilidade de proposição da ação cautelar *antes ou no curso do processo principal*.

De sua leitura depreende-se a classificação das medidas cautelares em preparatórias e incidentais, e dentro da mesma divisão, temos as medidas cautelares autônomas.

Preparatórias⁴⁸ são as medidas cautelares propostas antes do ajuizamento da ação principal, para possibilitar a existência desta e conseqüentemente o provimento definitivo que se pretende. Seguem o regime ditado pelo art. 806, do CPC, devendo ser intentada a ação à qual se referem, no prazo de 30 dias da efetivação da medida.

As cautelares incidentais⁴⁹ são aquelas requeridas durante o curso do processo principal, sendo consideradas seus incidentes e atuadas em apenso, consoante dispõe o art. 809, do CPC, com prosseguimento concomitante.

⁴⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

⁴⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

⁴⁸ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil**, 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁴⁹ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil**, 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

Dentro do mesmo critério, há as medidas cautelares autônomas⁵⁰. A autonomia aqui tratada não se refere à independência procedimental, mas à desnecessidade de propositura imediata da demanda principal, no prazo do artigo 806 do CPC, mitigando-se a norma geral do inciso I, do art. 808, do CPC, que torna a medida cautelar preparatória ineficaz, caso não proposta a ação principal no prazo de 30 dias.

Identificam-se com esta ordem classificatória, as medidas assecuratórias de prova. A cautelaridade do provimento consiste em resguardar a produção de uma determinada prova, em iminente situação de ameaça, não podendo aguardar o momento da instrução processual ordinária, sob pena de perecimento. Contudo, nestes casos, apenas se pretende proteger a realização da prova, não havendo interesse processual imediato ao requerente, na proposição da ação principal. Pode muito bem o requerente, garantida a prova, esperar o momento que entender oportuno para o ajuizamento da ação principal, ou mesmo não ter interesse em propô-la. Por isso autônoma, pois não necessariamente será intentada a ação principal no prazo de 30 dias da efetivação da medida assecuratória da prova⁵¹.

Há espaço ainda para tratarmos das cautelares ditas *ex officio*. São as medidas assecuratórias originárias da interpretação sistêmica e combinada dos arts. 798 e 807 do CPC, compreendendo o poder geral de cautela do juiz, e a revogabilidade, ou neste caso, modificabilidade das cautelares. Também pode ser concedida caso expressamente permitida pela legislação, nos termos do art. 797, do CPC⁵².

Trata-se de uma quebra racional do princípio dispositivo, diante da possibilidade de revogação da medida a qualquer tempo e da sujeição da decisão a recurso, mesmo que rompendo com a total imparcialidade jurisdicional, justificando-se pela situação de extrema urgência.

É esta uma situação clara de aplicação do princípio da razoabilidade. Além disso, já salientamos que a garantia que representa a concessão de uma medida cautelar, não prejudica nenhuma das partes, pois apenas assegura, garante, protege, conserva o bem litigioso, sendo antes uma vantagem a ambas.

⁵⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

⁵¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

⁵² SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Por oportuno salientamos o caráter incidental das medidas cautelares *ex officio*⁵³, já que por óbvio, não pode o órgão julgador propor uma ação preparatória, sem que a lide principal esteja posta diante de si, e dela surja a situação de perigo.

Como exemplo, tem-se a possibilidade de o magistrado exigir caução para a concessão de medida cautelar *inaudita altera parte* (art. 804, do CPC) ou a ordem constante do art. 653 que determina o arresto de bens do devedor, não sendo encontrado para a citação, dentre outros⁵⁴.

Não restam dúvidas de que o assunto demanda maior aprofundamento e discussão, contudo este trabalho tem como foco a reforma cautelar iminente, tendo espaço aqui, apenas os aspectos centrais e indispensáveis para a sua compreensão e diálogo.

2.3.2 Medidas antecipatórias

Como visto, as antecipações dos efeitos da tutela são medidas de urgência, que proporcionam a satisfação provisória do bem da vida litigioso, requeridas incidental e interinamente nos próprios autos do processo de conhecimento, inclusive de forma liminar⁵⁵.

Sua previsão genérica consta do art. 273, do CPC, introduzida no ordenamento processual brasileiro apenas em 1994, apesar de constar como possibilidade específica sob o rótulo de medidas cautelares, seguindo o rito do Livro III, a exemplo dos alimentos provisionais (arts. 852 e ss.) e da medida de interdição ou demolição de prédio (art. 888, VIII).

Foram colocadas no Capítulo I, do Título VII, do Livro I do Código de Processo Civil, que trata *do processo de conhecimento e do procedimento*, por razões pertinentes à época, conforme salienta Ovídio Baptista⁵⁶.

A primeira, pois não se arraigara na prática forense uma cultura das tutelas de urgência, consagrada somente em 2002, com o advento do princípio da fungibilidade,

⁵³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

⁵⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

⁵⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

positivado no § 7º, da norma geral antecipatória. A diferenciação entre as tutelas provisórias satisfativas e assecuratórias não estava suficientemente amadurecida, sendo comum a confusão, por parte dos operadores jurídicos, da tutela urgente cabível em um e noutro caso. Contudo, justamente em razão desta confusão inicial, já era possível afirmar a existência de uma identidade finalística desta espécie de tutela jurisdicional.

Outro fator foi o fato de representar a “quebra” com o mito da ordinariedade, possibilitando-se a partir de então, a concessão de liminares internamente ao processo de conhecimento, orientado pelo rito ordinário, dotando este de meios executórios desde o início da demanda.

Assim, para o legislador de 1994, seja pelo *locus* processual das tutelas antecipatórias, pensadas como incidentes do processo e para servir às insuficiências da morosidade ordinária, seja pela incipiência e o ideal de formação de uma cultura das tutelas urgentes, delimitando-se claramente suas diferenças e propriedades, através da adoção de procedimentos diferenciados para cada uma, melhor foi a separação dos institutos em Livros distintos do Código de Processo Civil.

Apesar da regulamentação apartada das medidas cautelares e antecipatórias, parece-nos correto afirmar que elas guardam maior semelhança entre si, se considerarmos, em comparação, a natureza ordinária do processo de conhecimento e a inserção do art. 273 em seu bojo.

Para constatar a veracidade deste entendimento, basta reportarmo-nos às deduções que os operadores jurídicos realizavam a partir do ordenamento jurídico, antes da vigência da Lei nº 8.952/94, a fim de operacionalizar a concessão de medidas satisfativas quando evidentemente necessárias ao requerente, recorrendo ao procedimento do Livro III do CPC⁵⁷.

Especificamente, o que se fazia era uma interpretação teleológica do art. 798, que positivou o Poder Geral de Cautela no código processual. Com base nele, “criou-se” a chamada medida cautelar antecipatória. O fundamento do pedido era que, o julgador, através de procedimento autônomo e processo dependente, baseado no *fundado receio de que uma das parte, antes do julgamento da lide, causasse ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação*, concedesse a *medida provisória* que além de assegurar o direito, antecipasse não só o provimento, mas também seus efeitos práticos, ou seja executórios⁵⁸. Apesar da

⁵⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

⁵⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

incontestável desnaturação do processo cautelar que esta espécie de prática acarretava, não havia outro meio, legalmente previsto, para o pleito de medidas antecipatórias genéricas, entre 1973 e 1994.

Com a alteração do art. 273 do CPC em 1994, a lacuna legislativa fora resolvida, abrindo-se agora um grande campo de experimentação prática e teórica acerca das tutelas urgentes.

Até 2002 muito se falou acerca da diferenciação entre as medidas de cunho cautelar e antecipatório, principalmente no que diz respeito à oportunidade de aplicação de cada uma de acordo com o caso concreto apresentado. Após o princípio da fungibilidade fazer parte da realidade normativa, e a adição de novos requisitos de concessão e diretrizes diferenciadas ao procedimento, a discussão voltou-se para o lado da efetivação das tutelas emergenciais.

Vejamos os aspectos principais que envolvem os requisitos de concessão e as respectivas normas procedimentais de efetivação das medidas antecipatórias.

A antecipação dos efeitos da tutela definitiva exige que o requerente faça prova sumária e inequívoca da verossimilhança de suas alegações, enquadrando a situação, em uma das hipóteses normativas do art. 273, do CPC, quais sejam, o *fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação* (inciso I), o *abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu* (inciso II), mostrar-se o pedido ou parcela dele incontroversos (parágrafo 6º), desde que seja reversível o provimento (parágrafo 2º).

O demandante ao requerer a tutela do art. 273, deverá, em regra, comprovar por meios lícitos e de forma suficientemente convincente, a existência de uma situação de risco iminente, que de outro modo não poderá ser elidida senão pela antecipação do objeto da sentença definitiva.

Independentemente da discussão de tratar-se ou não de grau qualificado de *fumus boni iuris*, a prova inequívoca deverá conferir ao magistrado, elementos capazes de demonstrar que as alegações pautadas na urgência provavelmente e salvo prova desconstitutiva em contrário, sejam verdadeiras. Não se exige a certeza sobre a situação fática, pois se assim fosse já poderia ser emitido o juízo definitivo. Necessário sim, o forte indício, de que no caso concreto a antecipação dos efeitos da tutela seja o meios mais apto a afastar o risco de dano⁵⁹.

⁵⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Este *quantum* de convicção representado pela prova inequívoca, não é examinado separadamente dos demais elementos que compõe o litígio, mas pelo contrário, exige do julgador uma difícil ponderação dos valores em jogo, pois dificilmente será possível a produção de prova, *in initio litis*, que exima de erro a decisão judicial realizada com base na cognição sumária⁶⁰.

É por este motivo, que a aplicação do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade *lato senso*⁶¹ são critérios intimamente ligados aos provimentos de urgência. Em outras palavras, não pode o julgador, a não ser que demonstrados de forma incontestável os requisitos de concessão, ou seja, levando-se em consideração a adequação entre os meios (antecipação do bem da vida litigioso) e os fins (elisão de eventual situação de urgência) e a repercussão patrimonial e extrapatrimonial aos direitos das partes, principalmente para o demandado.

Neste norte inegável a utilização, em muitos casos, da equidade e do bom senso como critérios de solução dos casos difíceis e limiares entre o resguardo de um direito e a violação de outro. Esta questão mostra-se mais latente quando a discussão envolve a restrição da norma do § 2º, do art. 273 do CPC.

Apesar da reserva com que é tratado o assunto, diante da tamanha excepcionalidade que representa a antecipação irreversível, inclusive de efeitos executivos, do julgamento final, a doutrina praticamente pacificou o entendimento de que a interpretação gramatical da regra importará em certos casos, no perecimento do direito sob tutela e, portanto, do próprio processo. Esta situação fica mais visível quando tratar-se de irreversibilidade recíproca⁶², ou seja, quando o indeferimento da medida antecipatória naquele momento, importe necessariamente a impossibilidade de posterior tutela da situação, sendo uma das partes lesada de qualquer forma.

São casos excepcionais, mas presentes no dia-a-dia dos tribunais, graças à formação de uma cultura das tutelas de urgência em franca expansão, que demandarão grande esforço por parte dos operadores jurídicos, bem como do legislador reformista a fim de resguardar o ideal da justiça, a harmonia do sistema normativo e a efetividade do processo.

Outro caso de antecipação da tutela é a caracterização de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Aqui, a prova da situação emerge dos

⁶⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

⁶¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

próprios autos, podendo ser, contudo, complementada pelo requerente. Consiste, basicamente, na atitude do réu em procrastinar a solução do processo, ao procurar, com base no direito ao contraditório, mas sem justos fundamentos, opor-se à concessão e efetivação da tutela objeto da lide⁶³.

Este requisito funda-se na idéia de que, ao tomar atitudes que claramente representam obstáculos à realização da justiça e da finalidade estatal de tutela de conflitos intesubjetivos, o réu, de forma tácita⁶⁴, confessa a procedência do pleito autoral. Trata-se de confissão lógica, que produz efeitos apenas provisórios, pautada na prática de atos contrários e que destituem de seriedade e procedência a defesa produzida, presumindo-se que o réu busca de todas as formas evitar a solução da lide.

Como formas típicas desta antecipação, Gonçalves⁶⁵ cita a apresentação de defesa sem fundamento, contra disposição literal da lei, ou ainda, baseada em provas obtidas por meios ilícitos ou inidôneos.

Por fim, o último pressuposto trazido pela norma do art. 273 do CPC refere-se à existência de pedidos, incontroversos, seja em parte seja na sua totalidade.

A justificativa para a inserção desta espécie é simples. Ao deixar de contestar parte dos pedidos do autor, o réu torna incontroversos os fatos que legitimam a postulação, conferindo-lhes a veracidade processual e saneando o processo nos limites das alegações. Sendo assim, não há a necessidade de produção prova acerca de tais fatos, bastando ao julgador, a concretização antecipada do direito da parte.

Importante frisar a lição de H. Theodoro Jr.⁶⁶, que afirma a necessidade de *existir independência jurídica entre os pedidos não impugnados e os contestados*. Um pedido apesar de incontroverso, mas que por decorrência da impugnação do réu a outro pedido ao qual esteja aquele vinculado, ainda faz parte do contraditório jurisdicional e não poderá, pelo fundamento do § 6º, ser antecipado.

Resta, normativamente, a análise das regras procedimentais integrantes do art. 273, do CPC.

Nos moldes do § 1º, do art. 273 do CPC, como decorrência constitucional, analisado o requerimento e constatada a procedência das alegações, o juiz emitirá seu parecer,

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

⁶⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

⁶⁵ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil**, 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁶⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, página 546.

que como qualquer decisão judicial, de caráter incidental, e, portanto interlocutória, devera ser fundamentada.

Mesmo que fundamentada a decisão, sendo efetivada a medida, o provimento antecipatório, segue a regra cautelar da revogabilidade, conforme anota o § 4º, do art. 273, do CPC. Isto pelo fato de ser um julgado com efeitos provisórios e fundado em cognição sumária. Afastado o risco ou comprovada em determinado momento da instrução a inexistência da situação ou a desnecessidade da antecipação, perde sua razão de ser a medida urgente.

Importante ainda, um breve comentário sobre a alteração do art. 273, do CPC, realizada pela Lei nº 10.444/02, que acrescentou nova diretriz procedimental de efetivação às tutelas antecipatórias.

O § 3º do artigo citado reporta a concretização da medida aos artigos, 588, 461, § 4º e 5º e 461-A, que tratam da concessão da tutela específica pelo juiz e dos meios de concretização da medida em caso de oposição do réu, bem como da execução provisória da sentença.

Em suma, este dispositivo reflete a idéia de que a decisão antecipatória poderá ser cumprida de forma plena, indo não só até a constrição que assegure a posterior execução, mas além, realizando o direito do requerente, inclusive com a fixação de multa ao réu em caso de atraso ou não cumprimento da ordem, ou ainda mediante a utilização das *medidas necessárias*, como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, inclusive com a requisição de força policial.

Portanto, é nítido o comprometimento da norma e da doutrina que versa sobre a antecipação dos efeitos da tutela, com a efetividade e instrumentalidade da medida incidental⁶⁷, tanto ao julgador como ao requerente, que possuem inúmeros meios processuais para ver, não só assegurado, mas também antecipado de forma plena e concreta o direito objeto da decisão definitiva, e exigindo o caso concreto, restituir o *status quo ante* ou adequar a tutela provisórias às alterações da situação fática, mediante a revogação ou modificação.

Um último enfoque seria acerca da fungibilidade entre as medidas cautelares e antecipatórias, constante do § 7º do artigo em análise, porém suficientemente explorada no tópico antecedente, sendo desnecessária a repetição do tema.

Passemos agora ao estudo dos anteprojetos de reforma da legislação das tutelas de urgência.

⁶⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

3 CAPÍTULO II: PROPOSTAS DE REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – TUTELAS DE URGÊNCIA E ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA.

Este capítulo tem como objeto central a descrição do conteúdo apresentado pelos anteprojetos de lei existentes acerca da reforma do Código de Processo Civil – CPC, atualmente em discussão e que versam sobre as medidas cautelares e antecipatórias.

São eles: o anteprojeto elaborado pela Comissão de Reforma do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP, composta por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, José Roberto dos Santos Bedaque e Luiz Guilherme Marinoni, intitulado “Anteprojeto de Lei de Estabilização da Tutela Antecipada”, e o “esboço de reformulação legislativa” de autoria do Prof. Athos Gusmão Carneiro, que leva o nome de “Tutela de Urgência, Medidas Antecipatórias e Cautelares”, sendo conhecido como o anteprojeto das tutelas diferenciadas.

Vejam os conteúdos normativos de cada um deles.

3.1 ANTEPROJETO DE ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

O anteprojeto elaborado pela Comissão de Reforma do IBDP, propõe mudanças a serem inseridas na disciplina do artigo 273 do Código de Processo Civil, quais sejam, a nova redação dos 4º e 5º parágrafos do art. 273, bem como a criação dos artigos 273 – A, 273 – B, 273 – C e 273 – D.

A primeira novidade do anteprojeto, constante do art. 273 – A, diz respeito à positivação no ordenamento da possibilidade de requerimento da antecipação dos efeitos da tutela em *procedimento antecedente*, antes do ajuizamento da ação que objetiva a tutela definitiva, além da previsão já existente de postulação da medida na *pendência* do processo.

Com isso, torna-se possível, antes da propositura da ação que visa ao provimento definitivo, a formulação de pedido de antecipação dos efeitos da tutela e o seu deferimento pelo juízo, desde que presentes os requisitos de concessão.

Coube a este respeito, uma referência feita pelos autores do anteprojeto quando da exposição de motivos, essencialmente no que tange a origem desta modificação, remetendo

aos estudos de Kazuo Watanabe, reduzidos na obra “*Da cognição no processo civil*”, onde o autor demonstra a utilidade e os aspectos da *ação de cognição sumária autônoma*.

Desta forma, não mais seria necessário subverter conceitos distintos a fim de procedimentalizar exigências que emergem dos conflitos interpessoais colocados sob a tutela do judiciário, como pretenderam alguns juristas no passado com a chamada “ação cautelar satisfativa”.

Apesar da minimização da questão após a consagração do princípio da fungibilidade entre tutelas antecipatórias e cautelares, como exposto no primeiro capítulo, as medidas cautelares não têm como característica a satisfação da pretensão principal da ação, mas apenas a garantia, a prevenção a segurança do direito ou bem da vida litigioso.

Por esta razão, sua utilização como meio para a postulação de provimentos antecipatórios anteriormente ao ajuizamento da ação que visa ao provimento definitivo, somente se justifica pela inexistência de procedimento próprio, ainda que importe no desvirtuamento de institutos diferentes.

O art. 273 – B, reforça a identidade jurisdicional existente entre medidas antecipatórias e cautelares, notadamente caracterizadas pela urgência e sumariedade da cognição do caso concreto, remetendo à utilização do procedimento previsto no Livro III, Título Único, Capítulo I, do CPC, que trata das disposições gerais inerentes ao processo e procedimento cautelares, notadamente das medidas inominadas.

Essa previsão deixa claro que o procedimento antecipatório antecedente seguiria os princípios e diretrizes utilizadas pelas medidas cautelares antecedentes, como o caso das medidas preparatórias ou assecuratórias de prova autônomas. Em outras palavras, o *caput* da norma em comento, ao remeter à utilização subsidiária das regras da parte geral do Livro III do CPC, ratifica a técnica da ação cautelar satisfativa, positivando-a em nosso ordenamento sob o enfoque do procedimento antecipatório antecedente.

De acordo com o parágrafo primeiro do art. 273 – B, sendo concedida a pretensão antecipatória em *procedimento antecedente*, caberia à parte sucumbente o interesse processual na proposição da ação que visa à tutela definitiva, de modo que não exercida tal prerrogativa, a decisão interlocutória de concessão da tutela antecipada em *procedimento antecedente* precluiria, tornando-se sentença definitiva, formando o título executivo e estando apta a ser cumprida judicialmente nos termos do art. 475 – I e seguintes do CPC.

Assim é que, consoante as alíneas “a” e “b” do parágrafo primeiro do art. 273 – B, se a decisão antecedente conceder totalmente a tutela antecipada, caberia ao réu propor a ação

visando à sentença de mérito. Sendo parcial a antecipação, caberia ao autor o ajuizamento da ação para *satisfação integral da pretensão*.

Apesar de nada dizer a respeito, no caso de concessão parcial da tutela antecipada, e o desinteresse do autor no ajuizamento da ação para a continuidade do processo quanto aos pedidos não concedidos, caberá ao réu, por dedução lógica da sistemática procedimental, o interesse em propor a ação a fim de desconstituir a tutela antecipada parcialmente deferida.

Na seqüência, o parágrafo segundo do mesmo artigo do anteprojeto adverte que não sendo ajuizada a ação pela parte sucumbente na decisão de concessão do pedido de antecipação de tutela, parcial ou total, esta *adquirirá força de coisa julgada*, dentro de seus próprios limites.

Portanto, no caso de prestação positiva por parte do juízo quanto à pretensão do autor, que em procedimento antecedente requer a concessão de tutela antecipada, seja total ou parcial, abdicando a parte sucumbente do direito à ação de rito ordinário a fim de exaurir o conhecimento sobre a demanda, no prazo de 30 dias, a lide estará solucionada, conforme os parâmetros estabelecidos na decisão, extinguindo-se a atividade cognitiva do juízo, restando apenas a execução da medida, que deixa neste caso, de ser antecipatória, passando a definitiva do mérito.

O art. 273 – C é nada mais que um desdobramento dos parágrafos 1º e 2º do art. 273 – B, com a simples adaptação de seu conteúdo para o caso de concessão da tutela antecipada *no curso do processo*, ou seja, quando formulado o requerimento de antecipação dos efeitos da tutela juntamente com a petição inicial de rito ordinário, ou na pendência do processo.

Foi inclusive mantido o prazo preclusivo da decisão (30 dias), com a diferença elementar de que em razão da pendência do processo que segue o rito ordinário, necessário à parte sucumbente, tão só o protocolo de petição requerendo o prosseguimento do feito, a fim de revestir com a segurança e certeza jurídicas da cognição ordinarizada, a sentença que dirimir o conflito.

Seguindo a mesma lógica e redação do artigo antecedente, o Parágrafo Único do art. 273 – C frisa o efeito preclusivo da decisão antecipatória em caso de não postulado o prosseguimento do feito, recaindo sobre o provimento o manto da coisa julgada.

Na seqüência, o art. 273 – D prevê que, proposta a ação no caso do parágrafo 1º do art. 273 – B, ou feito o requerimento de prosseguimento do feito, consoante prescreve o art. 273 – C, a futura extinção do processo sem o julgamento do mérito (art. 267, do CPC), não prejudicará a medida antecipatória, que manterá sua eficácia, desde que o fundamento da

sentença terminativa não seja a carência de ação e neste caso sejam compatíveis os efeitos da extinção do processo e a manutenção da tutela antecipada.

Com isso, amplia-se sobremaneira a significância do procedimento e da decisão antecipatória, pois mesmo no caso do manifesto interesse da parte sucumbente na prolação da decisão definitiva, com a plena instrução e cognição do feito pelo rito ordinário, se na decisão final, o magistrado extinguir o processo sem o julgamento de mérito, o provimento temporário terá sua eficácia mantida.

Neste contexto importa notar que as causas de extinção do processo sem julgamento de mérito são matérias de defesa, aproveitando, portanto, ao réu. Contudo, no caso sob análise, a aplicação do art. 267, do CPC pelo juiz, quando da decisão final, beneficiará ao autor que terá mantido o efeito da decisão que antecipou os efeitos da sentença, ou seja, convertendo-o, praticamente, em provimento definitivo, apesar da possibilidade de novo ajuizamento da demanda pelo sucumbente, nos termos do art. 268, 301, § 1º e 2º e 471, inciso I, todos do CPC.

Como acima mencionado, a redação dos parágrafos 4º e 5º do art. 273 do CPC foi adaptada à nova sistêmica procedimental da tutela antecipada prevista pelo anteprojeto da Comissão de Reforma do IBDP.

O parágrafo 4º regula a possibilidade de modificação ou revogação da medida antecipatória, desde que realizada de forma fundamentada e não estando preclusa a decisão que a concedeu, em expressa remissão ao parágrafo 1º do art. 273 – B e ao art. 273 – C.

Isso quer dizer, que a decisão que concedeu a tutela antecipada, somente poderá ser alterada ou revogada dentro do prazo de 30 dias de sua intimação às partes, bem como, se a parte sucumbente intentar a ação ordinária ou requerer o prosseguimento do processo, casos em que a lide terá continuidade.

A seu turno, o parágrafo 5º do art. 273 acrescenta à disciplina das tutelas antecipadas, a possibilidade de concessão da medida sem a oitiva da parte contrária. Requisita o deferimento à demonstração do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, em casos de *extrema urgência* ou na hipótese em que sendo citado o réu, este puder tornar ineficaz o provimento.

Nítida a abertura interpretativa da norma, que sob os requisitos da *extrema urgência* ou da inconveniência prática da citação do réu para a efetivação da medida, abre campo à discricionariedade do magistrado, que terá que amparar-se em critérios de bom senso, razoabilidade e proporcionalidade, sendo fundamental as peculiaridades de cada caso.

Esta a redação do anteprojeto proposto pela comissão do IBDP.

Vejam os aspectos mais importantes ressaltados pela Comissão de Reforma na exposição de motivos da reformulação legislativa proposta.

De início os autores do anteprojeto justificam o objetivo da proposta, que procura *tornar definitivo e suficiente o comando estabelecido por ocasião da decisão antecipatória*.

Ressaltam a prevalência de razões de ordem prática sobre as exigências teóricas, em clara menção a tentativa de conferir maior celeridade e efetividade aos processos judiciais, legando às partes a decisão sobre a continuidade da demanda nos moldes tradicionais de rito ordinário e plena cognição da causa, em caso de existência de pedidos de antecipação da tutela.

Pontuam que reside na conduta omissiva da parte sucumbente na decisão antecipatória o ponto central da estabilização do provimento urgente, considerado como a aceitação tanto do pedido como da decisão concessiva da tutela antecipada, similarmente ao que ocorre com uma decisão não recorrida, ou, ao que poderíamos chamar de uma conciliação tácita, restando solucionado o conflito e coberta pela eficácia da coisa julgada a decisão antecipatória, apta a ser executada.

Como forte argumento da lógica reformista, citam as observações de Edoardo Ricci, em alentado artigo publicado na Revista de Direito Processual da editora Gênesis, sob o título *“A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano”*, onde o autor defende a identidade entre provimentos antecipatórios e monitorios. Da mesma forma, lembram de Ovídio Baptista da Silva, que antes da recepção da ação monitoria pelo ordenamento brasileiro caracterizava as liminares antecipatórias como modalidades de processo monitorio, no artigo *“A antecipação da tutela na recente reforma processual”*.

Basicamente, pretendem a adoção pelo procedimento antecipatório, dos efeitos que detém o mandado de citação monitorio, que não impugnado, constitui o título executivo e estabiliza a tutela diferenciada, considerando-se convertido em mandado executivo, conforme consigna o art. 1.102 – C, do CPC.

Não exercido o ônus de instauração da ação de rito ordinário ou requerido o prosseguimento da ação pelo sucumbente na decisão antecipatória, conforme tratar-se de requerimento em procedimento antecedente ou junto ao processo principal, passar-se-á direto à execução do provimento, agora, na qualidade de tutela definitiva.

Também como argumento em prol da reforma, os autores fazem menção ao direito comparado, especificamente ao direito italiano, onde a legislação vigente contempla a possibilidade de estabilização da tutela de urgência em várias situações. Citam que mesmo nos casos não abrangidos pela lei, a doutrina, utilizando-se da interpretação sistêmica do

ordenamento, estende a aplicação dos efeitos da estabilização da tutela antecipada, de acordo com cada caso concreto.

Encerram a exposição de motivos, com referência ao art. 23 do decreto legislativo nº 5, de 17/01/2003, que disciplina o processo societário, como marco legal do modelo de estabilização da tutela antecipada proposto.

Pela breve descrição das normas que compõe o anteprojeto de reforma da disciplina procedimental inerente à antecipação de tutela, podemos observar a busca de um modelo de combate à crise do judiciário.

Doutro modo, inequívoco, que apesar de privilegiar a celeridade e a instrumentalidade, o contraditório e a ampla defesa são resguardados às partes, principalmente ao réu, resguardando-se o equilíbrio da balança processual do devido processo legal, justo e eficiente.

Este o esboço do anteprojeto apresentado pela Comissão de Reforma do IBDP, referente à estabilização da tutela antecipada. Passemos à análise da reformulação proposta pelo Prof. Athos Gusmão Carneiro.

3.2 ANTEPROJETO DAS TUTELAS DIFERENCIADAS DE URGÊNCIA

O anteprojeto do Professor Athos Gusmão Carneiro, Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça, Presidente do Conselho do Instituto Brasileiro de Direito Processual e advogado, versa sobre as tutelas de urgência cautelares e antecipatórias.

Convém ressaltar deste o início, conforme expressamente esclarece o autor do anteprojeto, que o mesmo surge por força e em meio aos estudos, discussões e propostas de reforma do Código de Processo Civil, com origem nos debates realizados nas Jornadas do IBDP, em Foz do Iguaçu, no mês de agosto de 2003, especialmente a cargo da Comissão de Reforma do mesmo instituto.

Reafirma o objetivo mor da reforma, que na senda das recentes alterações do Código de Processo Civil, priorizaram a simplificação procedimental, a maior eficiência da lei processual e sua readequação à realidade forense.

Para atingir tal finalidade, entende necessária a reformulação e reestruturação do Livro III, do CPC, que passaria a vigorar sob a epígrafe “Da Tutela de Urgência”, sendo

dividido em dois Títulos, quais sejam, o primeiro com a alcunha “Das medidas cautelares e antecipatórias”, e o segundo denominado “Dos processos de urgência”.

O Título I, foi reorganizado da seguinte forma: Capítulo I – Das Disposições Gerais (acerca das medidas antecipatórias e cautelares); Capítulo II – Das Medidas Cautelares (especificamente as inominadas); Capítulo III – Das Medidas de Urgência Específicas (versando basicamente sobre as cautelares nominadas); Capítulo IV – Das medidas Antecipatórias, subdividido em Seção I – Das Medidas Antecipatórias em Geral, e Seção II – Dos Alimentos Provisórios.

Por sua vez, o Título II, tem no Capítulo I, a disciplina das tutelas de urgência que envolvam direitos personalíssimos onde o provimento antecipatório é praticamente irreversível, denominado “Dos Direitos Personalíssimos”. A sua vez, o Capítulo II – Das Outras Medidas de Urgência, trata em suma, do conteúdo atualmente constante do art. 888, do CPC, que trata de medidas de urgência, antecipatórias em sua maioria.

Derradeiramente, ao final do anteprojeto, são alteradas as redações de alguns dispositivos do Código de Processo Civil, pertencentes aos Livros I e II, a fim de adaptar seu conteúdo ao novo Livro III objeto da reforma, quais sejam, os artigos 270 e 273 do procedimento cognitivo e os artigos 732, 733 e 735 relativos ao processo de execução.

Importante notar desde já que o Professor Athos Gusmão Carneiro, com o que chama de mero esboço para discussões sobre a reforma, pretende além das mudanças substanciais e específicas da legislação cautelar e antecipatória, disciplinar estes institutos de forma conjunta, tendo em vista pertencerem ao gênero das tutelas de urgência.

Vejamos, pois as mais relevantes alterações propostas pelo anteprojeto.

O art. 796, do CPC passa a prever a possibilidade de requerimento de medidas antecipatórias não só durante o tramite do processo, mas tal qual ocorre com as medidas cautelares, também antes mesmo do ajuizamento da ação que visa ao provimento definitivo.

Por ser um aspecto já constante do anteprojeto de estabilização da tutela antecipada, já analisado, desnecessário maiores comentários sobre o tema.

O artigo reformista em comento vincula as medidas cautelares e antecipatórias ao processo principal, sejam antecedentes ou requeridas no curso do processo. Com isso, continua vigente o princípio da autonomia cautelar relativamente ao processo principal, pois a independência procedimental é requisito imprescindível para diferenciar a tutela definitiva de um provimento urgente.

Ora, é elementar que as tutelas de urgência não comportam o longo e demorado trâmite ordinário que o provimento definitivo exige, de modo que a cognição da demanda deverá sempre ocorrer de forma sumária.

Por isso, entende-se que o objetivo da norma revela-se na tentativa de determinar a tramitação concomitante da medida de urgência cautelar com o processo principal, tal qual ocorre hoje com a tutela antecipada, extinguindo a necessidade de autos distintos.

Desta forma, todos os atos processuais serão realizados nos autos do processo de rito ordinário. No caso de procedimento antecedente, cautelar ou antecipatório, quando ajuizado o processo principal, aqueles, neste serão unificados, e, por óbvio, em caso de requerimento de medida cautelar ou antecipatória cumulativamente aos pedidos da petição inicial, ou no curso da demanda, haverá desde o início um único caderno processual.

Esta regra excetua-se apenas em algumas hipóteses.

A primeira delas dá-se quando o réu requer a substituição do provimento cautelar já deferido por caução ou garantia menos gravosa, conforme redação do Parágrafo Único, do art. 805 do anteprojeto, situação na qual o pedido de alteração poderá ser processado em autos apensos se demandar produção de provas.

Não é diferente com os pedidos de modificação ou revogação das medidas cautelares incidentais (art. 809).

O mesmo acontece na hipótese de processo cautelar antecedente no qual já havia sido designada audiência, sobrevindo o ajuizado do processo principal, ao qual ficará apenso (art. 806 - A). Nestes casos, será o juiz quem decidirá acerca da conveniência da manutenção do processo antecedente em autos apartados, até que seja realizada a audiência.

Ainda no art. 796, agora em seu Parágrafo Único, está presente o princípio da fungibilidade entre requerimentos cautelares e antecipatórios, nos moldes do atual § 7º, do art. 273, do CPC, acrescentando-se à sua redação, conforme já entende a doutrina, a inaplicabilidade em caso de erro grosseiro ou má-fé do postulante.

O art. 797 do CPC, que, prevê a concessão de cautelares de ofício pelo juiz, sem a audiência das partes, nos casos excepcionais autorizados em lei, tem seu conteúdo alterado, de modo que pelo anteprojeto, em casos de urgência e a fim de evitar dano grave, o magistrado poderá dispensar a oitiva da parte requerida. Com isso, ao menos no texto da lei, deixaria de existir a cautelar *ex officio*, restando apenas a cautelar *inaudita altera parte*.

O art. 798 do CPC tem sua redação referendada pelo anteprojeto, sendo apenas acrescentado um Parágrafo Único que reitera a aplicação do princípio da fungibilidade entre as tutelas urgentes quando postuladas equivocadamente, a exceção de erro grosseiro.

Também é mantida a disciplina do art. 799, que refere-se aos meios de evitar danos pela concessão de medidas cautelares, agora urgentes, a exemplo da caução e da busca e apreensão.

Quanto a regra de competência do art. 800, o anteprojeto preserva o conteúdo do *caput*, aditando-o no que se refere à previsão de requerimento da tutela urgente antecedente, que além de poder ser postulada ao juízo competente para conhecer a causa, alternativamente e sem firmar prevenção, poderá pleitear a medida ao juízo da localidade onde ocorrer o fato danoso ou no local do bem objeto da lide ou da prova.

O § 1º do anteprojeto, aproveita toda a idéia do Parágrafo Único do art. 800, do CPC, exigindo, além da interposição, o recebimento do recurso pelo tribunal para que este seja o juízo competente para o requerimento da medida urgente. Antes do recebimento do recurso pelo tribunal, a medida antecipatória ou cautelar será postulada junto ao juízo recorrido, consoante o § 2º. E por fim, no caso do § 2º, sendo o tribunal o juízo *a quo*, da decisão que apreciar o pedido de urgência caberá agravo interno, no prazo de cinco dias, ao colegiado prolator do acórdão recorrido, nos termos do § 3º.

Analisadas as disposições gerais acerca das medidas antecipatórias e cautelares constante do anteprojeto, vejamos o Capítulo II, que trata da medidas cautelares inominadas.

O art. 801 do anteprojeto é igual ao atual, com diferença apenas na técnica legislativa, sendo suprimidos os incisos que modelam a petição inicial cautelar, e acrescentando-se o parágrafo 1º e 2º, que tratam de aspectos atinentes ao valor da causa, especificamente quando a medida se referir a direito personalíssimo ou de valor econômico incerto, além da sua correção pelo juiz e da impugnação pela parte contrária.

O art. 802 do anteprojeto versa sobre a citação e altera o prazo pra contestar, de 5 para 10 dias, tempo este que será também o termo para que o juiz decida no caso de revelia do requerido, em atenção ao Parágrafo Único do mesmo artigo.

Consoante o art. 803, contestado o pleito cautelar e havendo provas a produzir, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, na qual, como novidade, tentará conciliar as partes e solucionar de forma consensual a lide. O mesmo artigo determina que produzidas as provas disponíveis, o julgador decidirá de imediato, cabendo às partes a impugnação por meio de agravo de instrumento.

A concessão liminar da tutela cautelar continua prevista no art. 804, que além de considerar a provável ineficácia da medida em caso de citação do réu como requisito, poderá ser deferida em caso de manifesta urgência. Outra novidade é a exigência de caução, por parte do requerente, como condição de concessão da cautelar que possa afetar o erário público.

Também o art. 805 mantém a redação do Código de 1973, introduzindo um Parágrafo Único, já comentado acima, no qual é previsto o oferecimento de contracautela pelo réu a fim de substituir a medida cautelar por garantia menos gravosa, que, demandando produção de prova poderá ser processada em autos apensos.

A data de 30 dias para a proposição da ação principal segue no art. 806 do Código Processual, sendo contada a partir *da juntada* aos autos do mandado ou documento que comprove a integral efetivação da medida. A não propositura revoga instantaneamente a cautelar, extinguindo-se o processo.

Parte importante da reforma, e que bem reflete seus objetivos, é a criação do art. 806 – A, que diante do ajuizamento do processo principal, determina o apensamento do processo antecedente, passando a serem realizados naqueles autos os atos processuais subseqüentes.

A revogabilidade e mutabilidade das cautelares a qualquer tempo pelo juízo permanecem no art. 807 do CPC, bem como sua eficácia no período de suspensão do processo ou ainda enquanto necessária para tutelar os interesses protegidos.

O art. 808 traz as situações de cessação da eficácia das medidas cautelares, ficando no inciso I, a exigência de propositura do processo principal no prazo do art. 806, regra inaplicável no caso de processo cautelar de antecipação de prova, por força do Parágrafo Único aditado pela reforma. O inciso II continua tratando da ineficácia da medida cautelar em caso de não efetivação da mesma por ato ou omissão do requerente, alterando apenas o prazo de 30 para 15 dias. Apesar da redação alterada, o inciso III mantém a essência, ditando a revogação da cautelar se o processo for extinto sem resolução do mérito, ou quando improcedente o pedido, exceto quando ressalvado na sentença a eficácia da medida até o trânsito em julgado.

Tal qual o art. 806 – A, o art. 809 também reflete os ideais da reforma, determinando que as cautelares requeridas incidentalmente à causa principal, ai sejam postuladas e decididas, ressalvado o caso de pedido de modificação ou revogação da cautelar, autuado em apenso.

Da mesma forma que a maior parte dos artigos, o 810 permanece fiel à proposição do legislador de 1973, lecionando que o indeferimento da cautelar não interfere na propositura e julgamento da ação principal, excetuados os casos em que tal indeferimento se deu por conta da declaração de decadência do direito, de prescrição da pretensão ou, como nova possibilidade do processo cautelar, compôs a lide conciliando as partes.

A responsabilidade do requerente pelos prejuízos que decorram da efetivação da medida cautelar é reforçada no anteprojeto, que além dos casos de sentença definitiva desfavorável, ausência de citação do requerido, cessação de eficácia da medida, e declaração de decadência e prescrição, acrescenta mais um inciso ao art. 811, enquadrando também a litigância de má-fé. No Parágrafo Único, seguindo a lógica sistêmica da reforma, vincula-se aos autos principais a fixação da indenização, diferentemente da atual previsão, que manda liquidar a indenização nos autos do processo cautelar.

O artigo 812 restou inalterado, prevendo a aplicação subsidiária do Capítulo II às medidas cautelares específicas, no que couber.

Este o Capítulo II do anteprojeto das tutelas de urgência.

Por razões de ordem técnica, tendo em vista o objetivo do presente estudo, direcionado à análise e discussão dos aspectos principiológicos que formam a teoria geral das tutelas de urgência, cautelares e antecipatórias, passaremos à descrição do Capítulo IV do Livro III do Anteprojeto, que regula as medidas antecipatórias.

A Seção I, do Capítulo VI trata das medidas antecipatórias em geral, tendo em seu art. 881 – A, a repetição de parte do conteúdo do art. 273 do CPC. Refere-se à possibilidade de concessão, liminar ou no curso do processo, da tutela antecipada, diante da prova inequívoca da verossimilhança das alegações e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou ainda se caracterizado o abuso do direito de defesa. Também mantida a previsão de concessão da medida em caso de existência de pedidos incontroversos.

O caput do art. 881 – B, apesar de alterar consideravelmente a disciplina da antecipação de tutela nos casos de irreversibilidade dos efeitos da medida, permitindo a concessão apenas nos casos de irreversibilidade recíproca ou se o indeferimento acarretar o perecimento do direito objeto da lide, mediante critérios de prudência e proporcionalidade, tem seu conteúdo amplamente discutido e aceito pela doutrina.

É claro que, mesmo que irreversível a medida, diante de situações limítrofes entre a concessão e o perecimento do direito, deverá o julgador analisar as peculiaridades do caso, a repercussão de sua decisão a cada uma das partes e decidir da melhor forma, inclusive concedendo a antecipação se sua necessidade decorrer do conjunto dos autos.

No §1º, do art. 881 – B repete-se a redação do § 3º do CPC, remetendo à disciplina da efetivação da antecipação da tutela aos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º e 461 – A.

Por sua vez, o § 2º reproduz o conteúdo do § 4º do art. 273, do CPC, que dispõe sobre a revisão da decisão que deferiu a medida antecipatória mediante nova decisão

fundamentada, ressalvando a hipótese normativa do art. 881 – D da reforma, a ser tratado logo adiante e que disciplina a estabilização da tutela antecipada.

O § 3º do art. ora comentado refere-se à concessão da medida *inaudita altera parte*, tendo como base o atual art. 804, do CPC e pressupondo a manifesta urgência ou a inconveniência de prévia citação do réu, caso este tenha a condição de tornar a medida ineficaz.

Por fim, o § 4º de forma redundante ao ordenamento jurídico vincula a decisão antecipatória à clara e precisa fundamentação, nos termos do § 1º do art. 273 do CPC.

O art. 881 – C prevê a aplicação subsidiária das normas do capítulo II do anteprojeto, que contém a disciplina processual das medidas cautelares, às medidas antecipatórias.

Novíssima alteração procedimental na regulamentação da tutela antecipada o conteúdo do art. 881 – D do anteprojeto.

Semelhantemente ao anteprojeto da Comissão do IBDP, prevê o ônus de proposição da ação principal que visa ao provimento definitivo à parte sucumbente na decisão antecipatória em processo antecedente, seja o autor quando concedida parcialmente a medida, seja o réu quando totalmente procedente o pedido antecipatório.

O artigo restringe tal previsão ao caso de não impugnação do pedido pelo requerido e não sendo ficta a citação. Diante dos profundos efeitos desta redação, é majorado o prazo para proposição da ação que visa ao provimento definitivo, que na cautelar antecedente é de 30 dias, para 60 dias, sob pena de preclusão e revestimento do caráter de coisa julgada pela decisão antecipatória, que, nunca é demais lembrar, passará a definitiva e apta a ser executada, nos seus estritos termos.

Em caso de impugnação do pedido antecipatório antecedente pelo réu, deverá o autor, de qualquer forma, propor a ação que vise ao provimento definitivo, no prazo de 30 dias, contados da juntada de documento que comprove a integral efetivação da medida, sob pena de perda da eficácia da decisão concessiva da tutela antecipada (art. 881 – E).

São estas as principais proposições relativas às medidas antecipatórias.

Vejamos, agora, as pequenas e específicas reformulações idealizadas pelo Professor Athos Gusmão Carneiro.

Saliente-se desde já, que tanto as o Capítulo III, que trata das medidas de urgência específicas, notadamente das cautelares nominadas, quanto a Seção II, do Capítulo IV que desloca os alimentos provisionais para o capítulo das medidas antecipatórias, além do Capítulo II, do Título II, do Livro III do anteprojeto, que modifica o art. 888 do CPC, por

conterem alterações menos significativas, voltadas mais à atualização conceitual da lei e a sua readequação às disposições gerais da reforma, serão breves e superficialmente descritos e analisados.

Vejamos as alterações propostas pelo Capítulo III, do Livro III do Anteprojeto, que versa sobre as medidas de urgência específicas.

A Seção I, do Capítulo III do anteprojeto dedica-se ao arresto. O primeiro artigo mescla o conteúdo constante dos arts. 813 e 814 do CPC, versando sobre a disciplina geral do instituto, com a simplificação da redação, sem, contudo, alterar a matéria de fundo inerente a esta cautelar nominada.

Continuam sendo pressupostos da medida a prova da existência do crédito, seja pela apresentação de documento ou pela existência de sentença líquida ou ilíquida, tendo como objeto uma relação obrigacional expressa ou conversível em dinheiro. A situação de perigo e a iminência da perda da garantia patrimonial do crédito também deverão ser comprovadas, ainda que de forma sumária.

A comprovação de tais pressupostos independerá de justificação prévia quando o requerente for entidade de direito público ou prestar caução idônea, ou ainda, como novidade do anteprojeto, quando fundar-se o justo receio em fatos e circunstâncias notórios ou comprovados documentalmente.

Importante frisar que a redação do atual inciso I, do art. 816 do CPC refere-se ao requerente como sendo a União, os Estados ou Municípios, além de remeter aos casos expressamente previstos em lei. Com isso, a reforma ampliaria a benesse de inexistência de justificação prévia a todas as entidades de direito público, não só da administração direta mas também indireta, como autarquias e fundações públicas.

O art. 816 do anteprojeto menciona expressamente a apreensão do bem como medida de efetivação do aresto, em nítido desdobramento do art. 821 do CPC, que remete às disposições da penhora.

Em caso de aresto de bens imóveis, o Parágrafo Único do art. 816 determina que o requerente providencie a averbação junto ao registro imobiliário.

No que concerne à extinção do arresto, suas hipóteses são generalizadas para os casos de extinção da dívida ou substituição por caução idônea.

No mais é mantida a disciplina atual do Código Processual.

Na seqüência, é introduzida a Seção I – A ao Capítulo III, que cria como medida cautelar nominada a Indisponibilidade de Bens, antes possível com base no art. 798 do CPC e

no poder geral de cautela, sendo comprovados os requisitos gerais do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Basicamente, os arts. 821 – A e 821 – B colocam a indisponibilidade de bens como medida cautelar subsidiária do arresto, já que aquela terá lugar quando não suficientemente demonstrados os requisitos de concessão deste. Também terá lugar quando não for necessária a efetivação do arresto, podendo o juízo limitar-se a restringir o poder do proprietário/devedor de dispor de seus bens, ainda que mantido na posse e uso sob a condição de que preste a caução equivalente.

Relativamente ao seqüestro, apenas são acrescentados como passíveis de oneração, o bem que presumivelmente constitua proveito de ato ilícito praticado pelo requerido e os aquestos nas ações de dissolução de união estável. Naturalmente a primeira decorre da prática forense, sendo a segunda, mera decorrência do inciso II do art. 822, do CPC, como atualização redacional no que diz respeito aos casos de união estável.

Na caução, a mudança legal diz respeito à determinação do valor a ser pago pelo requerente, que passa a ser liminarmente determinado pelo juízo, de forma a evitar discussões quanto a este ponto, que atualmente é valorado pelo requerente e sujeito a impugnação pelo requerido.

As Seções IV e V do CPC, que regulam respectivamente a Busca e Apreensão e a Exibição de coisas e documentos mantêm-se inalteradas.

Já quanto à cautelar de Produção Antecipada de Provas, é resolvida a celeuma da interrupção da prescrição, prevendo o Parágrafo Único do Art. 826, que a proposição da medida não interrompe o fluxo do prazo relativo ao direito à ação principal. Procedimentalmente, tratando-se de perícia, poderá o juiz determinar audiência para esclarecimentos, tanto pelo perito como pelos assistentes técnicos.

A Seção VII do CPC que trata dos alimentos provisionais, sob o nome de provisórios, passa ao Capítulo VI do anteprojeto, que trata das medidas antecipatórias dos efeitos da tutela.

Por decorrência da atual disposição do código e em face das poucas alterações da disciplina, será aqui descrita, juntamente com as medidas cautelares específicas, apesar do nítido caráter antecipatório. Por decorrência, são revogados os artigos 852, 853 e 854 do Código Processual.

Inicia com o art. 881 – F, substituto do atual art. 852 do CPC, acrescentando às hipóteses de concessão da medida, os casos de ação de suspensão e perda do poder familiar (inciso IV), investigação de paternidade quando procedente em 1º grau ou existindo prova

técnica de reconhecido valor probatório (inciso III) e nas ações de indenização por ato ilícito, quando ajuizada pelo dependente e tendo o objeto resultado da morte ou incapacidade do prestador de alimentos.

Oportuno anotar que as previsões da medida nas ações de alimentos, desquite e anulação de casamento são mantidas, com a atualização dos casos e expressões do Inciso I, do art. 852, do CPC. Assim, são acrescentados os termos separação judicial, divórcio, nulidade do casamento e dissolução de união estável. Também é suprimido o texto do atual inciso III que remete aos demais casos previstos em lei.

O art. 881 – G tão somente adapta a redação do art. 853 à reforma, nos casos de proposição da medida incidentalmente ou na pendência de recurso no tribunal, hipóteses nas quais, como visto, competente será o respectivo relator.

O requerimento da medida de urgência alimentar mantém-se nos moldes do *caput* do art. 854, do CPC, a teor do *caput*, do art. 881 – H do anteprojeto. Nova é a previsão do parágrafo 1º deste último, que prescreve expressamente a inexistência de trânsito em julgado da decisão relativa aos alimentos, agora provisórios, que poderá ser revista e modificada a qualquer tempo.

Por fim, o art. 881 – I trás ao Código de Processo Civil as formas de cumprimento da decisão antecipatória dos alimentos provisórios ao alimentante, sejam eles: a) desconto em folha de pagamento do devedor; b) desconto de rendimentos do devedor; c) intimação do devedor para cumprir ou justificar a impossibilidade de cumprimento da decisão, sob pena de prisão civil, que passa do prazo de até 3 meses para no máximo 60 dias; d) expedição de mandado de penhora e avaliação de bens do devedor.

Na Seção VIII, permanece o arrolamento de bens. São alteradas as disposições sobre o auto descritivo dos bens, que passará a ser lavrado pelo depositário e assinado pelo serventuário e pelo possuidor/proprietário, ou alternativamente por duas testemunhas. Prevê ainda que no caso da existência de dinheiro ou bens de grande valor, serão depositados, em conta judicial ou local seguro.

A cautelar de justificação, pertencente à Seção IX, passaria a ser homologada e não mais julgada pelo juízo, sendo os autos processuais entregues ao requerente no prazo de 48 horas e não em 5 dias.

Também é mantida a redação atual das Seções X, XI e XII, do Capítulo I, do Livro III do CPC.

A cautelar de atentado poderá ser determinada de ofício pelo juiz, e no caso de requerimento da parte, tramitará em apenso aos autos principais, e não mais em autos

apartados. Proposta incidentalmente será conhecida pelo tribunal no caso de pendência de recurso, diferentemente da regra do atual art. 880, Parágrafo Único.

A Seção XIV que trata do Protesto e da Apreensão de Títulos, por uma questão de utilidade processual é revogada.

As “outras medidas provisionais” constantes da Seção XV, do Capítulo II, do Livro III, do CPC que continha o art. 888, à semelhança dos alimentos provisionais, foram deslocadas em outro local do código. Passariam, de acordo com o anteprojeto, ao Capítulo II, do Título II, do Livro III, sob a alcunha de “outras medidas de urgência”.

O art. 888 autoriza ao juiz, que em decisão incidental ou em processo antecedente, autônomo ou preparatório, determine: a entrega de bens de uso pessoal dos cônjuges, companheiros, ou dos filhos (art. 888, II, do CPC); a guarda provisória dos filhos quando da separação, divórcio, nulidade ou anulação de casamento ou dissolução de união estável (art. 888, III, do CPC); a mudança de residência do menor autorizado judicialmente a contrair casamento (art. 888, IV, do CPC); a mudança de residência e designação de guardião do menor ou incapaz castigado imoderadamente ou induzido à prática de atos contrários à lei ou os bons costumes (art. 888, V, do CPC); a guarda e educação dos filhos e as regras do direito de visita (art. 888, VII do CPC); obras de conservação em bem litigioso ou apreendido judicialmente (art. 888, I, do CPC); a interdição ou demolição de prédio a fim de salvaguardar a segurança (art. 888, VIII, do CPC); o afastamento temporário de um dos cônjuges de sua residência e a assistência mútua durante o processo (semelhante ao art. 888, VI, do CPC); a alienação de bens litigiosos ou apreendidos judicialmente quando perecíveis ou de difícil conservação; a suspensão do cumprimento de deliberações sociais; e outras medidas previstas em lei.

Notem que apesar da extensão do artigo, apenas as quatro últimas previsões trazem novidades de fundo consideráveis.

O art. 889, que encerra o Capítulo, repetindo a redação do art. 899 *caput* e Parágrafo Único, do CPC, prevê a aplicação subsidiária, às medidas do art. 888, das normas contidas nos arts. 801 a 804, referentes às medidas cautelares.

Esgotando o Título II do Livro III do anteprojeto, temos o Capítulo I, que por inovação, no art. 881 – I disciplina os processos que versam sobre direitos de caráter personalíssimo.

Nestes casos, quando deferida a liminar incidental urgente com eficácia satisfativa irreversível, poderá o magistrado sentenciar no processo, contudo, sem a resolução do mérito. Requerendo o autor o seguimento do processo, e o réu, citado, não opondo resposta ou

reconhecendo a procedência do pedido, a decisão produzirá efeito de coisa julgada. Apresentada resposta, o processo seguirá o rito ordinário.

Resta-nos por fim, discorrer sobre o art. 3º do anteprojeto, que altera dispositivos esparsos do CPC, a fim de readequá-los à nova redação e sistemática do Livro III idealizado, quais sejam, os artigos 270, 273, 732, 733 e 735.

O art. 270, que dispõe sobre as disciplinas constantes do Código de Processo Civil, nomeando seus quatro livros, por obvio altera apenas a alcunha do Livro III, passando a constar “tutela de urgência”.

O art. 273 é todo alterado, passando a prever genericamente a possibilidade de concessão de medidas antecipatórias e cautelares, antecedentes ou incidentais ao processo principal, além de reafirmar o principio da fungibilidade entre as medidas de urgência.

Os dispositivos do Capítulo V, do Título I, do Livro II, do CPC, que tratam da execução de prestação alimentícia, também são remodelados de forma a readequarem-se às alterações reformistas.

O art. 732 que remetia a execução da sentença condenatória em prestação alimentícia ao Capítulo IV, do Título I, do Livro II do CPC, que, por sua vez, regulamenta a execução por quantia certa contra devedor solvente, passa a referir-se ao Capítulo X, do Título VIII, do Livro I, do CPC, que trata do cumprimento de sentença.

Por decorrência técnica, são alteradas expressões como embargos à execução por impugnação ao cumprimento, bem como, citar por intimar o devedor. Também o tempo máximo da prisão civil por descumprimento da obrigação alimentícia é alterado de 90 para 60 dias comparativamente ao atual art. 733 do CPC.

Por derradeiro, o art. 735 que prevê a aplicação da disciplina da execução por quantia certa contra devedor solvente em caso de não pagamento dos alimentos provisórios, agora remeteria ao art. 881 – I do anteprojeto, que se refere às formas de cumprimento da decisão concessiva da medida antecipatória de alimentos provisórios.

Com a redação atual, sendo aprovada, a reforma proposta entraria em vigor dentro de três meses a contar da data de publicação.

Estas as principais alterações redacionais e organizacionais do Livro III do Código de Processo Civil, restando ao objeto desta parte do estudo a breve descrição das alegações do autor do anteprojeto que justificam a reforma idealizada.

Preliminarmente, em sua exposição de motivos, o autor ressalva os fatores determinantes que justificam a elaboração do anteprojeto.

O primeiro diz respeito ao atual momento de discussões e reformas do Código de Processo Civil, em especial as que envolvem a antecipação dos efeitos da tutela a cargo da Comissão de Reforma do IBDP.

Por segundo sublinha não mais existirem os motivos que levaram o legislador de 1973 a resguardar um processo autônomo, ao lado do processo de conhecimento e execução, às medidas cautelares, quanto mais após a inserção da tutela antecipada, com rito sumário e requisitos mais complexos, como medida incidental ao processo de rito ordinário.

Na seqüência, destaca a importância dos princípios da eficiência e instrumentalidade processual, tanto característicos das tutelas de urgência cautelares e satisfativas, como mentores das atuais reformas.

Menciona o descompasso da legislação cautelar com a atual realidade forense, principalmente após a Lei nº 8.952/94 que alterou a redação do art. 273, do CPC, frisando a incongruência da exigência de um processo em apartado para possibilitar o requerimento de medida urgente cautelar no curso do processo principal.

Lembra que sentenciado o requerimento cautelar, normalmente o processo acessório é deixado de lado, sendo apenas declarado prejudicado ou substituído, conforme seja improcedente ou procedente a sentença definitiva, quanto ao objeto do pedido urgente.

Pontua a importante questão do requerimento de tutela antecipada em procedimento antecedente ao processo que visa ao provimento definitivo, matéria não regulamentada pelo Código de Processo Civil, sendo objeto de desvirtuamento da distinção básica entre medidas cautelares e satisfativas, como a proposição das chamadas medidas cautelares antecipatórias.

Faz referência também às adaptações do CPC ao ideal da reforma, além da atualização de conceitos ultrapassados existentes no Livro III, como o caso do desquite e da união estável.

Como exemplos, cita a questão envolvendo a competência para o ajuizamento do procedimento urgente antecedente também no foro da situação dos bens objeto da lide ou da prova, sem firmar prevenção, mantendo-se a competência para o ajuizamento da ação que visa ao provimento definitivo.

Trata também da competência para ajuizamento da medida urgente em caso de pendência de recurso, casos nos quais será formulado o requerimento ao juiz *a quo* até o recebimento do recurso pelo Tribunal e ao juízo *ad quem* após o recebimento.

Inova ainda com a possibilidade de conciliação da própria lide, em se tratando de processo antecedente.

Esclarece que ajuizado o processo principal, os autos do procedimento antecedente serão a ele apensados e nele realizados todos os atos processuais posteriores, tal qual ocorre com os provimentos antecipatórios, atualmente só incidentais.

Exemplifica os casos que justificam a extinção do processo sem o julgamento do mérito, quando concedida tutela antecipada irreversível que tenha como objeto direito personalíssimo, como sendo: autorização para transfusão de sangue contra a vontade dos parentes do paciente; realização de aborto para a preservação da vida da gestante; levantamentos por ordem judicial de depósitos bancários bloqueados quando tal privação importar em prejuízo ao sustento ou a tratamento de saúde do autor.

Sobre as cautelares específicas, refere-se às modificações dos pressupostos de concessão do arresto e à simplificação e atualização da redação legislativa.

Fala ainda, da redistribuição das matérias, amplamente comentada ao longo deste capítulo, separando as medidas cautelares das satisfativas, tanto nominadas quanto inominadas.

Por fim, ressalva o objetivo de elaborar mero esboço para discussões, tendente a simplificação e maior eficiência da lei processual, readequando as medidas de urgência à realidade forense.

Estas, portanto, as considerações descritivas acerca dos dois anteprojetos objeto de estudo deste trabalho.

Passemos ao capítulo conclusivo, no qual serão abordadas as principais questões da reforma, tendo-se em conta aspectos técnicos e práticos inerentes às tutelas de urgência e sua repercussão na prática forense.

4 CAPÍTULO III: ASPECTOS TÉCNICOS E PRÁTICOS DA REFORMA DO PROCESSO CAUTELAR E DA TUTELA ANTECIPADA

Após tratarmos dos aspectos gerais da teoria das tutelas de urgência e da descrição dos dois anteprojetos apresentados pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, que visam à reformulação do Código de Processo Civil, a fim de concluir o objeto deste estudo, resta-nos analisar os aspectos mais relevantes da reforma, seja pela importância teórica, seja pela repercussão prática.

Apesar de descrito o conteúdo de cada anteprojeto, importante deixar claras as diferenças existentes entre cada uma das propostas de reforma.

O primeiro anteprojeto analisado visa à reforma legislativa, exclusivamente da disciplina procedimental das antecipações dos efeitos da tutela, não adentrando em momento algum na regulamentação do Livro III, do Código de Processo. Objetiva, portanto, a reestruturação do art. 273 do CPC, com a criação dos artigos 273 – A, B, C e D.

Ao seu turno, o anteprojeto apresentado pelo professor Athos Gusmão tem pretensões muito maiores, almejando atualizar e reformular o Livro III, do CPC, que passaria a comportar não apenas a disciplina das medidas cautelares, mas também, das antecipatórias, sob a ótica das tutelas de urgência.

Em termos de conteúdo, apesar da diferença de objeto e de extensão da regulamentação de cada proposta, as pretensões dos anteprojetos não são tão distintas.

É inegável, que por abranger mudanças significativas na estrutura das medidas cautelares, além das reformulações relativas às medidas antecipatórias, o anteprojeto das tutelas de urgência apresenta alterações de maior monta.

Contudo, isso se mostra verdadeiro apenas se analisarmos a questão sob o enfoque da disciplina geral de cada espécie de tutela urgente, já que o tratamento das medidas cautelares específicas é apenas atualizado, readequado às disposições da reforma e reclassificado de acordo com a natureza de seu provimento.

Por este motivo é que a matéria que mais nos interessa comentar e representa o objeto de estudo deste trabalho, envolve a regulamentação das disposições gerais acerca das tutelas cautelares e antecipatórias, nas quais iremos nos concentrar a partir de agora.

Em primeiro lugar, o que nunca deve sair de foco é que em um e noutro caso estamos a tratar de um processo de cognição sumária, com a função de responder a situações de urgência, mediante provimentos que asseguram a integridade do bem da vida litigioso ou

prestam a tutela pretendida pelo autor, da mesma forma que o faz uma decisão definitiva em processo de rito ordinário, só que de forma provisória.

Não menos importante, o momento histórico no qual está inserida a reforma.

A discussão sobre a qual estamos debruçados compreende todo um processo de teorização e aplicação prática dos conceitos jurídico-processuais inseridos na realidade jurisdicional pelo legislador de 1973, contudo sem desconsiderar as vantagens práticas previstas pelo sistema procedimental de 1939.

Conforme afirma Ovídio Baptista⁶⁸, apesar da riqueza legislativa e teórica do Código de 1973 relativamente ao tratamento dedicado às medidas cautelares, se comparado à modesta regulação dos ditos *processos acessórios* do Código de 1939, tendo em vista a liberdade procedimental que o poder geral de cautela conferia ao julgador, que podia conceder tanto medidas de cunho assecuratório quanto satisfativas, inclusive interinamente ao processo de conhecimento, a fórmula adotada pelo código anterior era mais eficaz e de maior relevância prática.

O mesmo autor salienta que, se de um lado a adoção de um Livro inteiro dedicado à regulamentação dos procedimentos cautelares contribuiu em muito para a formação de uma cultura das tutelas de urgência em nosso país, de outro, com a separação do exercício da jurisdição em atividade de conhecimento, execução e cautelar em processos distintos e hermeticamente isolados, muito se perdeu em eficiência e praticidade da lei procedimental.

Com a reforma introduzida pela Lei n° 8.952/94, o CPC passa a prever genericamente a concessão de medidas urgentes satisfativas, e portanto, com efeitos executivos, no próprio bojo do processo de conhecimento, quebrando-se com o mito da ordinaryidade, idealizador da segurança e certeza jurídica do provimento jurisdicional a partir do esgotamento dos meios cognitivos da lide.

Com isso, o processo de conhecimento passou a comportar, além de um procedimento ordinário, de cognição plena e exauriente da lide, com provimento final definitivo a ser executado, um procedimento sumário, baseado na aparência de direito, para a tutela de situações de urgência, onde é antecipado não só o provimento, mas também a execução de parte do objeto da demanda. Era um rompimento teórico do sistema em prol da efetividade da prestação jurisdicional.

⁶⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

No sentido dos apontamentos de Eduardo de Mello e Souza⁶⁹, juntamente com esta, outra quebra pôde ser vista, qual seja, a do sistema trinário das ações adotado pelo Código de 1973.

Isto porque naquela época, a preocupação do legislador era com a certeza e segurança jurídica do provimento, alcançada com a cognição plena e exauriente da lide, após a qual seriam declarados os direitos e deveres das partes, seja com carga meramente declaratória, constitutiva ou condenatória, estando apta a ser revestida pelo manto da coisa julgada a decisão.

Tendo-se em conta que este sistema exigia o isolamento entre conhecimento, execução e cautelar, não sendo possível a “contaminação” do processo de conhecimento por nenhum elemento executivo ou de urgência, torna-se fácil compreender a inexistência de previsão de ações de carga executiva *lato sensu* e mandamental⁷⁰ no Código, uma vez que estas não apenas declaram o direito, mas mais que isso, contém uma ordem a ser cumprida desde a sua prolação, bem como a concedem a tutela diferenciada mediante a determinação de medidas que garantam o resultado prático do provimento.

Contudo, com o advento da tutela antecipada, a modificação do artigo 273, do CPC em 1994 e a abertura do processo de conhecimento à satisfação liminar de direitos, ainda que de forma provisória e sem a formação de coisa julgada material, seguindo o embalo da reforma, a mesma Lei n° 8.952 alterou a redação do art. 461, prevendo como efeito da sentença em obrigação de fazer ou não fazer, a adoção de meios que garantam a efetividade da satisfação do direito⁷¹.

Estava assim contemplada pelo CPC a doutrina que defendia a classificação quinária das ações, na linha de Pontes de Miranda⁷², o que foi ratificado com a Lei 10.444/2002, com a criação do art. 461 – A, que estendia a disciplina do art. 461 às ações que tenham como objeto a obrigação de entrega de coisa.

De uma só vez o legislador rompeu com a máxima de separação entre as atividades cognitivas, executivas e urgentes em processos distintos, seja diante da possibilidade de concessão provisória não apenas da tutela, mas de seus efeitos práticos, seja pela garantia do resultado prático pretendido pelo requerente, após a decisão definitiva.

⁶⁹ SOUZA, Eduardo de Mello e. **Tutela cautelar: retorno às origens**. Artigo in: MARINONI, Luiz Guilherme, coordenador. Estudos de direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, página 617.

⁷⁰ MIRANDA, Francisco C. Pontes de. Tratado das ações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 1 e 6.

⁷¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

⁷² MIRANDA, Francisco C. Pontes de. Tratado das ações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 1.

A partir de então, mesmo que incipiente na prática forense a cultura das tutelas antecipatórias - apesar da existência de medidas liminares em alguns procedimentos específicos, surgiu o questionamento acerca da possibilidade de processamento de medidas cautelares interinamente ao processo de conhecimento, uma vez que seus pressupostos de concessão mostram-se menos criteriosos se comparados aos da tutela antecipatória.

Com a Lei n° 10.444/02, que positivou o princípio da fungibilidade entre as medidas de urgência cautelares e antecipatórias, esta questão foi não só reativada, como parcialmente respondida, conforme salienta o Professor Eduardo Mello⁷³, referindo-se ao § 7º, do art. 273, do CPC:

“Não há dúvidas de que ele permite a concessão de medidas cautelares no corpo do processo de conhecimento. Neste aspecto, há evidente retorno às origens, voltando a tutela cautelar a ser interinal, como ocorria no Código de Processo Civil, de 1939.

Diante desta conclusão, o legislador teria sido coerente, pois, se o magistrado detém no processo de conhecimento amplas condições de deferir tutela de cunho antecipatório, com base em cognição ampla, apta a gerar coisa julgada material, poderia perfeitamente deferir tutela cautelar, cujos requisitos não são tão exigentes.”

Entretanto, a partir do conteúdo do comentado § 7º surgiu outra indagação, ainda não pacificada pela doutrina, qual seja, se a fungibilidade entre as tutelas urgentes seria plena, de modo a permitir uma interpretação extensiva da lei, no sentido de autorizar além do deferimento de tutelas cautelares em processo de conhecimento, a concessão de medidas antecipatórias em processo cautelar.

Esta ampla fungibilidade, por óbvio, dada a tamanha repercussão prática, é enfrentada com muita cautela pelos juristas, sendo na maioria das vezes negada a sua possibilidade, como faz, por exemplo, Ovídio Batista de Silva⁷⁴.

Todavia, uma importante brecha retificadora surge desta questão doutrinária: se toda a tutela urgente pudesse ser resolvida no âmbito do processo de conhecimento, seja ela cautelar ou antecipatória, todo o Livro III, do CPC perderia sua utilidade.

Desta simples constatação, que leva em conta todo o desenrolar do ordenamento processual referente às tutelas de urgência, desde o Código de 1939, depreende-se a

⁷³ SOUZA, Eduardo de Mello e. **Tutela cautelar: retorno às origens**. Artigo in: MARINONI, Luiz Guilherme, coordenador. Estudos de direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

⁷⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

necessidade, cada vez mais próxima, de adaptação da legislação às inquietudes dos operadores jurídicos. A este respeito conclui Eduardo Mello:

“a plena fungibilidade de ambas dependerá dos próximos passos da Comissão Revisora, no sentido de esclarecer o destino a ser dado ao Livro III, emprestando-lhe os instrumentos que permitam o deferimento de tutelas satisfativas no corpo do processo cautelar, ou revogando-o”

Com tudo isso, não estamos a dizer que o sistema atual é insuficiente ou ineficaz para a resolução dos conflitos postos diante do judiciário. Ao contrário, apenas salientamos que as contínuas reformas que os institutos de tutela de urgência vêm sofrendo ao longo dos anos apresentam seus efeitos, muitos deles positivos e alguns que precisam ser melhorados, mantendo-se, contudo, a lógica sistêmica do ordenamento, reformulando-o de modo coerente e gradativo.

E é isto que vem acontecendo, com as reformulações de 1994, 2002 e agora, com as propostas apresentadas pelo IBDP.

Continuando o caminho de adaptação da legislação à realidade conjuntural dos tribunais e às exigências dos operadores jurídicos, insere-se a discussão da reforma, pautada pelos anteprojetos objeto de nossa análise.

Ainda que tenha uma considerável repercussão prática, as alterações propostas pelo anteprojeto de estabilização da tutela antecipada atingem apenas cinco artigos do Código, não alterando sua estrutura, mas o procedimento das tutelas antecipatórias e principalmente os efeitos do provimento urgente em determinadas situações.

Iniciando a leitura do anteprojeto, a primeira alteração com que nos deparamos é a possibilidade de requerimento da medida satisfativa em procedimento antecedente ao processo de conhecimento.

Em outras palavras, a medida que foi idealizada pelo legislador de 1973 para servir às insuficiências do processo de conhecimento, passaria a gozar de tamanha autonomia, que teria exclusivamente para si, todo um caderno processual, no qual se desenrolaria o tramite da ação mediante cognição sumária da lide, inclusive com a possibilidade de a sentença deter as propriedades da coisa julgada.

De fato, considerando as reformas de 1994 e 2002, desde que prevista pelo Código, não vemos óbice técnico para o requerimento de medidas antecipatórias em ação antecedente ao processo de conhecimento.

Porém, a questão que surge é qual a utilidade deste procedimento antecedente, se o autor poderia, desde já, propor a ação de conhecimento, com pedido de urgência satisfativo cumulado, como ocorre com o sistema atual.

Os autores do anteprojeto justificam que esta previsão presta-se a extinguir uma solução tecnicamente incorreta, criada pelos operadores jurídicos, qual seja, a ação cautelar satisfativa, que confunde institutos distintos sob semelhante apelo prático. Remetem, como argumento adicional, aos estudos de Kazuo Watanabe acerca da possibilidade de existência da ação de cognição sumária autônoma.

Ocorre que comparativamente, a ação cautelar autônoma⁷⁵ presta-se unicamente à assecuração de provas⁷⁶, o que não é objeto de medidas antecipatórias. De resto, as demais medidas cautelares requeridas antes da proposição da ação de conhecimento, são preparatórias e instrumentais⁷⁷, garantindo a finalidade deste último, o que também não se confunde com a pretensão antecipatória.

Entendemos que no caso em discussão, a pergunta mais objetiva seria, por que não propor a ação de conhecimento desde o princípio.

Ao que concebemos, não haveria diferença entre propor a ação de rito ordinário e a de rito sumário satisfativa, uma vez que ambas têm como objetivo a concessão da tutela sobre o bem da vida litigioso, realizando o direito das partes, uma de forma rápida e provisória e outra demandando tempo e de caráter definitivo.

Em ambas teriam que ser observados os requisitos e condições da ação, bem como a aptidão da petição inicial.

Em termos de instrução, também não há impedimentos de caráter técnico e prático para a manutenção do caráter incidental do instituto do art. 273 do CPC. Isto porque, em se tratando de prova documental, ou o autor já a terá em mãos, ou em caso de sua inexistência ou na pendência de sua produção, poderá ser juntada aos autos quando disponível.

Por sua vez, os demais atos instrutórios, como a produção de prova testemunhal e pericial, poderão ser realizados durante o desenrolar do rito ordinário.

A nosso ver, a vantagem mais relevante da norma seria isolar o requerimento antecipatório dos demais pedidos que não sendo objeto de antecipação da tutela, poderiam ser cumulados na “ação principal”.

⁷⁵ WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

⁷⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

⁷⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

Com isso, o julgador concentraria toda sua atenção especificamente nos pedidos urgentes, proferindo decisão, que preclusa, somente poderá ser desconstituída em caso de proposição da ação que visa à sentença definitiva pela parte sucumbente. Não sendo proposta a ação, a sentença antecipatória adquirirá força de coisa julgada, “limpando” a ação de conhecimento, que não poderá mais tratar da matéria urgente, agora estabilizada. É o que se depreende da interpretação sistêmica dos artigos 273 – A e 273 – B da proposta de reforma.

Contudo, esta “limpeza” também ocorrerá em caso de medidas requeridas no curso do processo de conhecimento, com a diferença que ao invés de propor a ação de rito ordinário, deverá ser requerido o seu prosseguimento.

Na verdade, se considerarmos o que de fato irá acontecer no procedimento antecedente satisfativo, não será a antecipação, mas a solução da lide posta em juízo, por meio da prolação de uma sentença pautada em cognição sumária da lide, que poderá ser posteriormente desconstituída, caso a parte sucumbente manifeste seu interesse na cognição plena e exauriente da demanda e na prolação de sentença definitiva.

Parece-nos que a atual estrutura incidental das medidas antecipatórias responde adequadamente à demanda forense, inclusive se considerada a sua estabilização, consoante pretende a reforma, pois possível tanto no procedimento antecedente como no incidental, sendo, ao nosso ver, desnecessária a previsão de uma ação satisfativa autônoma de cognição sumária.

Vejamos agora o ponto mais relevante e inovador do anteprojeto, que sintetiza a estabilização da tutela antecipatória.

Basicamente o que se propõe é que o pedido antecipatório seja auto-suficiente, de modo a resolver rapidamente a lide, em processo de rito sumário, desde que a parte sucumbente concorde com a decisão antecipatória, abstendo-se de propor a ação de rito ordinário, quando proferida em procedimento antecedente, ou não requerendo o prosseguimento do feito, quando incidental a decisão.

Como visto no capítulo anterior, em caso de concessão da tutela antecipada, após a preclusão da decisão, sendo deferido totalmente o pedido urgente, é facultado ao réu o interesse de continuidade da discussão jurisdicional da causa, em rito ordinário, dentro de no máximo 30 dias da referida preclusão.

Dentro da mesma lógica, em caso de deferimento parcial da tutela antecipatória, caberá ao autor este interesse.

Apesar de nada dizer acerca do interesse processual do réu no caso de deferimento parcial, tendo em vista que a decisão antecipatória terá força de coisa julgada e considerando

a lógica da reforma segundo a qual deverão as partes se manifestar quando prejudicadas pela decisão, relativamente à parte deferida, a não ser que concorde com o provimento, o réu deterá interesse no pleno e exauriente conhecimento da lide, a fim de ver desconstituída a concessão antecipada da tutela.

Além disto, com certeza, ao propor a ação para ver provida a parcela indeferida quando da decisão antecipatória antecedente, o autor não formularia pedido para a desconstituição de toda a decisão, devolvendo o exame apenas da parte na qual não obteve êxito.

Por este motivo, entendemos que a alínea b, do § 1º, do art. 273 – B, do anteprojeto de estabilização da tutela antecipada e o inciso II, do art. 881 – D, do anteprojeto das tutelas de urgência deveriam ser complementados, prevendo o interesse também do réu para a proposição da ação principal, no caso de provimento parcial do pedido satisfativo urgente.

Também poderia ocorrer a situação na qual o autor se contenta com a procedência de apenas parte dos pedidos antecipatórios, não propondo a ação de rito ordinário. Neste caso, se o réu não detivesse interesse processual em propôr a referida ação, ainda que recorresse, teria de conformar-se com a decisão pautada em cognição sumária, o que não nos parece razoável e coerente com o ordenamento processual.

Ainda nestes casos, onde a medida antecipatória é parcialmente deferida em procedimento antecedente, poderíamos ter a situação peculiar de proposição da ação de conhecimento que vise à tutela definitiva, tanto pelo autor, como pelo réu, cada uma tendo como objeto a parte da decisão na qual o respectivo autor restou sucumbente, a fim de desconstitui-la.

Como está redigido o anteprojeto, a estabilização da tutela antecipada só seria possível quando concedida, ao menos parcialmente ao autor, de modo que em caso de total indeferimento, não obrigaria o autor a requerer o prosseguimento do feito, que seria automático, ou à proposição da ação em 30 dias, conforme se tratasse de procedimento incidental ou antecedente.

Contudo, como a questão não foi esclarecida pelo legislador, há margem para interpretação diversa, que conclua, semelhantemente ao que fizemos no caso da concessão parcial da tutela quanto ao interesse do réu, que sendo totalmente indeferido o pedido antecipatório, deverá o autor respeitar o prazo de 30 dias para proposição da ação de cognição ordinária da lide, visto que se detinha interesse em resguardo de seus direitos por meio de

provimento urgente, com mais razão deve ajuizar a ação dentro do prazo de 30 dias sob pena de aquisição do *status* de coisa julgada pela decisão que indeferiu os pedidos antecipatórios.

Do exposto, temos como claro que a Comissão de Reforma do IBDP concentra em duas alterações fundamentais a nova etapa de adaptação e reformulação da legislação processual civil.

A primeira está na possibilidade de requerimento da medida antecipatória em procedimento antecedente, e a segunda e mais importante, na exigência da parte sucumbente na decisão antecipatória manifestar expressamente seu interesse na continuidade da lide, com a sentença final e em procedimento ordinário.

Vejamos agora quais os aspectos fundamentais por trás da reforma proposta pelo Professor Athos Gusmão Carneiro.

Ao abrir o “esboço de anteprojeto” de pronto deparamo-nos com a primeira alteração relevante, que consiste na inclusão da disciplina das tutelas antecipatórias no Livro III do CPC.

Assim como no anteprojeto de estabilização da tutela antecipada, é prevista a possibilidade de requerimento da medida antecipatória em procedimento antecedente.

Relativamente às medidas cautelares, relevante uma única mudança procedimental. Referimo-nos aos projetados arts. 806 – A e 809, que a grosso modo, unificam a tramitação do processo cautelar antecedente nos autos do processo principal.

Com as novas disposições constantes dos artigos citados acima, diferentemente da atual tramitação em autos apartados, o processo cautelar passaria a ter seus atos processuais realizados nos próprios autos do processo principal, sendo processado concomitantemente.

Desta forma, sendo proferida a decisão em processo cautelar antecedente e proposta a ação principal, os autos daquele a este serão apensados, e neste passarão *a ser proferidos os despachos e decisões alusivos à medida cautelar*.

Por sua vez, quando for o caso de requerimento de medida cautelar incidental, a petição inicial a ela inerente será protocolizada nos próprios autos do processo principal, neles tendo andamento e sendo decidida.

Importa destacar que esta é a regra geral, de modo que quando na data do ajuizamento da ação principal estiver pendente audiência marcada no procedimento cautelar antecedente, a manutenção do andamento deste até a realização da audiência ficará ao prudente critério de conveniência do magistrado.

Outro caso que poderá ser processado em apenso é o pedido de modificação ou revogação da medida cautelar, também dependendo da conveniência do julgador.

De fato, após decorridos mais de 35 anos de prática das medidas cautelares em processo apartado, seguindo a lógica do código de 1973, bem como cerca de 15 anos da reforma de 1994, que relativizou imensamente a separação entre processo de conhecimento, execução e urgente, não restam dúvidas de que o rito ordinarizado do processo de conhecimento comporta a tramitação conjunta de um incidente que demanda cognição sumária, mas de caráter cautelar.

Fundamental para este aspecto da reforma a quebra ocorrida no sistema processual em 1994 e complementada em 2002, com a possibilidade de processamento de uma medida urgente com requisitos mais criteriosos e com efeitos mais que assecuratórios, satisfativos dos direitos objeto da lide, e por isso mesmo, com maior repercussão às partes.

Esta alteração não se mostra apenas útil, como necessária, para resgatar e pontuar devidamente a utilidade do processo cautelar, evidenciar ainda mais a distinção entre medidas de cunho urgente, satisfativas e assecuratórias, além de dinamizar e otimizar a tramitação processual, mesclando celeridade e procedimento simplificado, tudo em perfeita harmonia com princípios basilares como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Já as alterações introduzidas no procedimento antecipatório são consideravelmente maiores, quanto mais, se comparadas às atuais regras do CPC, apesar de continuarem com os mesmos requisitos de concessão da medida, seguindo a linha exposta no anteprojeto de estabilização da tutela antecipada.

As regras que sintetizam o conteúdo inovador da reforma estão dispostas nos arts. 881 –B, 881 – D e 881 - E, constantes do Capítulo IV, do Título I, do Livro III do CPC proposto pelo anteprojeto.

O primeiro é importante por encerrar a discussão doutrinária acerca do § 2º do art. 273 do CPC, que trata da impossibilidade de concessão da medida antecipatória em caso de irreversibilidade dos efeitos do provimento sob os direitos objeto da tutela.

Apesar de ser clara e inequívoca a redação do parágrafo em comento, diante de determinadas situações nas quais o indeferimento do provimento possa acarretar maiores danos que a irreversibilidade da concessão, grande parte dos doutrinadores, a exemplo de Humberto Theodoro Jr.⁷⁸ e Luiz Guilherme Marinoni⁷⁹, entende ser possível deixar de lado a letra da lei e deferir, ao menos em parte, a tutela de urgência pretendida pelo autor.

⁷⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Como salientamos no segundo capítulo, em casos limítrofes é praticamente unânime a doutrina acerca da possibilidade de concessão da medida antecipatória com efeitos irreversíveis, sempre ressalvando o direito do demandado a indenização por eventuais perdas e danos indevidamente causados por culpa do requerente.

Sem dúvida, atento a esta questão, o Professor Athos Gusmão Carneiro adequou a redação do referido parágrafo aos clamores dos operadores jurídicos, de modo a harmonizar o sistema processual antecipatório.

Assim, o art. 881-B respalda a regra geral que determina o indeferimento da medida antecipatória em casos de irreversibilidade, mas ressalva duas situações específicas nas quais, guiado por critérios de prudência e proporcionalidade, o juiz poderá satisfazer antecipadamente o pedido do autor.

São as hipóteses em que a negativa da prestação jurisdicional de urgência puder acarretar o perecimento do próprio direito sob o qual se pretende a tutela definitiva, ou, nas quais a irreversibilidade apresentar-se recíproca, de modo que não sendo concedida a tutela antecipatória, esgotada a situação de urgência, fatalmente uma das partes terá seu patrimônio jurídico lesado.

Note-se a extrema peculiaridade das hipóteses normativas previstas pelo legislador reformista. São casos em que sequer haverá processo definitivo com o mesmo objeto de tutela, mas apenas semelhante, pois dada a extrema urgência, a iminência do dano ao bem litigioso e o tempo necessário para o trâmite da demanda sob rito ordinário, o máximo que se poderá discutir futuramente é o direito à recomposição indenizatória dos prejuízos advindos com a efetivação da medida, já que a tutela específica sob o bem não será materialmente possível.

Complementarmente, importa ressaltar que a previsão normativa da responsabilização do requerente da tutela de urgência, pelos prejuízos que a efetivação da medida causarem ao requerido, decorre da interpretação sistêmica dos artigos 881 – C e 811 do anteprojeto.

Isto porque, não há norma jurídica neste sentido no Capítulo específico das medidas antecipatórias, tendo que ser aplicadas de forma subsidiária as disposições inerentes ao Capítulo II, do Título I, do Livro III proposto para o CPC, que versa sobre a matéria relativa às medidas cautelares inominadas.

A outra grande mudança, muito mais significativa que a primeira, está insculpida nos artigos 881 – D e 881 – E do anteprojeto das tutelas de urgência, e refere-se à

estabilização da tutela antecipada exclusivamente nos casos de requerimento em procedimento antecedente.

Diferentemente da estabilização proposta pelo anteprojeto da Comissão de Reforma do IBDP, a estabilização pretendida pelo Prof. Athos Gusmão, além de ter lugar apenas quando a medida antecipatória é requerida em procedimento antecedente, exige a não impugnação do pedido urgente e a citação pessoal do requerido, alterando ainda, o prazo para a proposição da ação principal, pela parte sucumbente, de 30 para 60 dias, contados da data da preclusão da decisão antecipatória.

Desta forma, em síntese, para que seja estabilizada a tutela antecipatória concedida, conforme pretende o anteprojeto das tutelas de urgência, o réu não poderá apresentar defesa ao requerimento antecipatório, nem poderá propor a ação de cognição ordinária visando ao provimento definitivo da lide.

Importante também o fato de que para a ocorrência do instituto da estabilização, a citação do requerido não poderá ser ficta, na forma do art. 802, do anteprojeto, que prevê a aplicação subsidiária dos arts. 285, 300, 301 e 304 do CPC, referentes à citação, contestação e às exceções de incompetência e suspeição.

Neste caso, observadas todas as condições acima especificadas, a decisão que conceder a tutela antecipada adquirirá força de coisa julgada, resolvendo a demanda jurisdicional de forma definitiva nos limites de seu objeto.

As demais regras contidas no art. 881 – D seguem sem alterações de fundo, o conteúdo apresentados pela Comissão de Reforma do IBDP no art. 273 – B, do seu anteprojeto.

Ainda dentro da hipótese normativa do instituto da estabilização da tutela antecipada, o art. 881 – E trás a consequência da impugnação do pedido antecipatório pelo requerido, qual seja, a transferência do ônus de proposição da ação principal de cognição plena e exauriente da lide, ainda que concedida a tutela urgente.

Em outras palavras, se o requerido apresentar defesa ao pedido de antecipação dos efeitos da tutela, sob pena de perda de eficácia da medida, o requerente deverá manifestar-se no sentido de dar continuidade à lide, com a proposição da ação para o provimento definitivo. Neste caso, o prazo para o ajuizamento é mantido em 30 dias da comprovação nos autos da efetivação da medida.

De todos os pontos procedimentais inerentes às disposições acerca do procedimento antecipatório antecedente e da estabilização da tutela antecipada do anteprojeto das tutelas de urgência, surgem alguns questionamentos.

O primeiro, diz respeito às causas da exclusão das medidas antecipatórias requeridas incidentalmente ao processo principal, da possibilidade de estabilização.

Outro ponto, refere-se ao porquê da exigência de dupla omissão do requerido na apresentação de impugnação aos pedidos do requerente, para que seja possível a estabilização da tutela antecipada, uma quando da defesa aos requerimentos antecipatórios e outra com a não propositura da ação principal.

Questionamo-nos também, acerca da lógica sistêmica da regra insculpida no artigo 881 – E, contrária ao anteprojeto da Comissão de Reforma do IBDP, especialmente no que diz respeito ao interesse, necessidade e utilidade da parte autora em propor a ação principal para a continuidade da lide, se em procedimento antecedente teve deferida a tutela antecipada.

Por fim, como o fizemos na análise no anteprojeto de estabilização da tutela antecipada, no caso do 881 – D, indagamos se na eventual hipótese de o autor contentar-se com concessão parcial da antecipação de tutela, não propondo a ação principal, poderá o fazer o requerido, a fim de ver revista ordinariamente a parte deferida, que obviamente o prejudica.

Formulamos estas quatro observações de modo conjunto, pois acreditamos serem intimamente conexas as respostas e suas fundamentações. Vejamos.

Entendemos que toda a questão da estabilização idealizada pelo professor Athos Gusmão dá primordial importância a não impugnação do requerimento antecipatório pelo requerido, independentemente do mérito da decisão de urgência.

Sob o aspecto estrito da tutela antecipatória, isto é fácil de compreender, porquanto, se estamos diante de uma decisão antecipatória, necessariamente a lide deverá ter continuidade sob o rito ordinário, com o esgotamento dos meios cognitivos, a decisão definitiva e a aptidão para produzir os efeitos da coisa julgada material.

Contudo, sob este ponto de vista, o principal objeto de discussão da reforma, constante nos dois anteprojetos de lei apresentados pelo IBDP, perderia sua razão de ser, pois o que se objetiva é justamente a extinção da continuidade da lide sob rito ordinário, nos moldes do processo monitorio, através da adaptação do instituto da estabilização da tutela antecipada à estrutura do processo civil vigente.

Entendemos que com isso, o legislador reformista desejou manter os efeitos do provimento antecipatório da forma como hoje está, restringindo ao máximo a possibilidades de aplicação de sua estabilização.

A técnica utilizada para atingir este fim, foi a instituição como requisito, da dupla omissão do réu, concernente na revelia quanto ao requerimento de tutela antecipada em

procedimento antecedente, conjuntamente com a não propositura da ação principal após a concessão da medida.

Este critério explicaria o ônus do autor para a proposição da demanda principal, quando, ainda que favorável a decisão em procedimento antecedente, o requerido apresentar defesa oportunamente.

Contudo, mesmo sob este critério, poderia ser estendida a estabilização da tutela antecipada ao requerimento incidental, com a hipótese de não impugnação do pedido de urgência e a ausência de requerimento de prosseguimento do feito após a decisão interlocutória pelo réu, de maneira semelhante ao art. 273 – C, do outro anteprojeto.

Veja-se que toda a base teórica da estabilização da tutela antecipada proposta pela Comissão de Reforma do IBDP, leva em conta o resultado da decisão antecipatória, para distribuir o ônus da impulsão processual, de acordo com o interesse particular na substituição desta pela sentença definitiva.

Tal aspecto foi amplamente ressaltado pela Comissão de Reforma do IBDP, sob a ótica do processo monitorio, onde a não oposição de embargos ao mandado citatório, formar-se-á o título executivo, e o mandado inicial converter-se-á em mandado executivo, a teor do art. 1.102 - C, do CPC.

Adaptado o procedimento aos institutos de urgência, mais relevante que a não impugnação pelo requerido, entendemos de extrema importância a questão da sucumbência na decisão antecipatória, mesmo que parcial, a fim de possibilitar a estabilização da tutela antecipada.

Comparativamente, poderíamos dizer que a não impugnação da decisão antecipatória pela parte sucumbente, representa o concorde tácito, uma conciliação presumida, ou mesmo, a mesma situação que ocorre com a ausência de interposição de recurso relativamente à sentença desfavorável.

É este o entendimento da Comissão de Reforma do IBDO apresentado pelos arts. 273 – b e 273 – C do anteprojeto de estabilização.

Contudo, o esboço de reforma das tutelas de urgência parece não ter levado estes aspectos em consideração, sendo por este motivo, e por não encontrarmos mais razões que justifiquem a aparente incoerência teórica e sistêmica, que lhe conferimos caráter conservador neste aspecto.

São estas as principais alterações de cada anteprojeto, restando-nos concluir este estudo com um breve apanhado de nossas impressões e perspectivas acerca da reforma.

Apesar de serem dois os anteprojetos, pelo fato de ambos terem sido apresentados pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual e diante da similitude das propostas de reforma envolvendo as tutelas de urgência antecipatórias, acreditamos que as discussões que delinearão a matéria objeto do anteprojeto definitivo a ser levado a votação no legislativo, concluirão no sentido de buscar uma reforma mais ampla que a idealizada originariamente pela Comissão de Reforma do IBDP.

Até mesmo por uma razão política, de interesse e conveniência, imprescindível a cooperação existente entre os membros do IBDP em prol do desenvolvimento das discussões, a fim de que seja o quanto antes amadurecida a idéia, para a reformulação da disciplina das tutelas de urgência no CPC.

Ainda que inevitável a especulação sempre existente acerca da necessidade de um estudo mais apurado do tema, da realização de maiores discussões, aprimoramentos, absorção das idéias reformistas pelo meio jurídico e político nacionais, a atual sociedade de massa e o inchaço cada vez mais impressionante que vivencia o judiciário, clamam por soluções à efetividade e a celeridade jurisdicional.

Este processo de discussões e aprimoramentos da lei processual, em resposta às exigências do sistema jurisdicional, não é um fato isolado, considerando-se as recentes reformas ocorridas em várias nações européias, em especial, na Itália, além das contribuições do sistema francês⁸⁰ e belga⁸¹ relativamente às alternativas do processo civil, a partir da perspectiva das tutelas urgentes cautelares e antecipatórias.

Na linha do que se pretende alcançar no Brasil, estes países reformularam com sucesso os respectivos sistemas processuais, a partir de uma redefinição da atividade jurisdicional, por meio da teorização acerca dos princípios fundamentais do processo no sentido de pontuar a finalidade do exercício da atividade jurisdicional, tanto pelo Estado, como pelo cidadão.

Estamos a falar da *référé* francesa e belga e do *provedimenti d'urgenza* italiano.

Sobre o tema, importante mencionar o comparativo que faz Humberto Theodoro Jr.⁸² entre o direito brasileiro e estrangeiro:

⁸⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela antecipada: evolução, visão comparatista, direito brasileiro e europeu**. Artigo disponível in: CARNEIRO, Athos Gusmã, CALMON, Petronio, organizadores. **Bases científicas para um renovado direito processual**. Vol.1. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008.

⁸¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela antecipada: evolução, visão comparatista, direito brasileiro e europeu**. Artigo disponível in: CARNEIRO, Athos Gusmã, CALMON, Petronio, organizadores. **Bases científicas para um renovado direito processual**. Vol.1. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008.

⁸² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela antecipada: evolução, visão comparatista, direito brasileiro e europeu**. Artigo disponível in: CARNEIRO, Athos Gusmã, CALMON, Petronio, organizadores. **Bases científicas para um renovado direito processual**. Vol.1. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008.

“Enquanto o direito italiano se esforçava para incluir no poder geral de cautela a possibilidade de medidas de caráter satisfativo, o direito francês aperfeiçoava seu antigo instituto da *refere* para acelerar a prestação jurisdicional. Atuava, portanto, no campo da sumarização do procedimento cognitivo (e não na cautelaridade), para realizar a tutela de urgência satisfativa.”

O autor destaca que no sistema belga e francês a tutela urgente ocorre em processo de cognição sumária, sendo provisório o provimento, o que, não importa na necessidade sistêmica e orgânica de confirmação por meio de provimento definitivo.

Portanto, a processo de urgência que se forma, tem provimento provisório, não detém força de coisa julgada, mas é totalmente autônomo, não sendo acessório do eventual processo de cognição ordinária, que poderá ser ajuizado pelas partes.

Como importante perspectiva, relata que no atual estágio da tutela de urgência belga, o *référé* deixou de ser um procedimento excepcional, com a tendência de se tornar o *remédio natural* para a resolução dos conflitos.

Cita o direito português como exemplo de tratamento procedimental conjunto das medidas antecipatórias e cautelares, que têm sua eficácia condicionada à proposição da ação principal pelo requerente, ou o requerimento de continuidade do processo, visto que o procedimento de urgência tem lugar tanto em processo antecedente como incidental.

Por fim, menciona o direito italiano e a reforma ocorrida em 2005, que à semelhança do sistema processual português, trata da mesma forma as tutelas urgentes satisfativas e assecuratórias, e por outro lado, extinguiu a acessoriedade e dependência entre o processo de urgência e o processo ordinarizado, tal qual os sistemas belga e francês, concluindo que:

“O que o Código italiano põe à disposição dos litigantes é uma opção entre duas vias de acerto: uma sumária e célere, mas sem o atributo da coisa julgada; e outra com acerto pleno e exauriente, capaz de alcançar a indiscutibilidade própria da coisa julgada material.”⁸³

Neste sentido caminham as discussões da reforma do sistema brasileiro, pretendendo-se, mesclar rapidez e eficiência com princípios basilares do processo, como ampla defesa e contraditório, bem como, procurando a adequação da realidade jurídica formal e procedimental, aos apelos da realidade material e do cotidiano forense.

⁸³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela antecipada: evolução, visão comparatista, direito brasileiro e europeu**. Artigo disponível in: CARNEIRO, Athos Gusmã, CALMON, Petronio, organizadores. **Bases científicas para um renovado direito processual**. Vol.1. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008.

Nitidamente o que se busca é uma resposta ao inchaço do judiciário, através de uma via de solução mais simples para os litígios, do que a atualmente disponível e pautada na tramitação processual em rito ordinário.

O apelo existente à conciliação, onde as partes, geralmente o autor, apesar de deterem o direito, dele abrem mão a fim de ver rapidamente satisfeita a pretensão processual, ainda que em muito contribua como meio de desafogar o judiciário, necessita de novos aliados a fim de manter a eficiência do Poder Judiciário.

E é sobre esta ótica que deve ser vista a reforma que se aproxima, na linha dos apontamentos de Eduardo de Avelar Lamy⁸⁴:

“O grande objetivo do processo civil clássico era o atingimento do status jurídico formado pela coisa julgada material acerca da declaração a respeito de qual das partes possuía razão no mérito, pois supunha-se que através daquela compor-se-iam as lides. Hoje, entretanto, tem se aceitado possuírem, os meios processuais, o objetivo de proporcionarem o fim constituído pelo respeito ao ordenamento jurídico através de uma prestação da justiça tempestiva e necessariamente adequada ao direito material, sem a qual não há que se falar em tutela jurisdicional, pois tão ou mais importante que a declaração dos direito é a sua satisfação, sua efetividade.”

Neste aspecto, antes de encerrarmos nossas considerações a respeito da reforma em análise, entendemos que devido a superficialidade da cognição inerente ao procedimento sumário, a extensão dos efeitos da coisa julgada à decisão antecipatória, que a nosso ver, também é sempre provisória, pois ao contrário teria que mudar de nome, é matéria que demanda maiores teorizações.

Conceder a tutela e efetivá-la em situações de urgência é muito diferente que dar à decisão a força de coisa julgada, ainda que entre as partes, e executar o título executivo formado.

O fato de a simples ausência de impugnação da decisão antecipatória dentro do prazo preclusivo impedir o ajuizamento da ação de cognição ordinária, pelo impeditivo da coisa julgada, parece-nos incorreta e uma distorção do instituto, que sendo antecipatório, por essência provisório.

Melhor seria a solução adotada pelo sistema francês e belga, e agora também o italiano, onde a plena autonomia entre as tutelas urgentes e o processo de rito ordinário,

⁸⁴ LAMY, Eduardo de Avelar. **Considerações para a reforma da tutela de urgência: análise do esboço do anteprojeto sobre “a tutela de urgência e as medidas antecipatórias e cautelares”**. Atigo disponível in: CARNEIRO, Athos Gusmã, CALMON, Petronio,

permite a efetivação da medida, mas sempre respeitada a provisoriedade, sem o caráter da coisa julgada.

Estas, portanto, as considerações sobre mais uma etapa de reforma do Código de Processo Civil Brasileiro, agora, relativamente às tutelas de urgência, cautelares e antecipatórias.

Como bem salientado ao início do trabalho, do mesmo modo como pontuou o Professor Athos ao denominar de “esboço de anteprojeto” a sua proposta de reformulação legislativa, longe de esgotar os assuntos inerentes ao tema, dada a sua amplitude e magnitude, procuramos demonstrar os aspectos nucleares de cada anteprojeto de lei e a respectiva repercussão teórica e prática.

Esperamos que mais este capítulo de melhoramentos da lei processual civil seja concretizado o quanto antes, concluindo no sentido de que, tendo em vista os institutos de direito comparado, a legislação atual, as exigências da prática forense e os aspectos propostos pela reforma, a tendência de simplificação procedimental e maximização da efetividade e celeridade processuais virão para contribuir em muito, não só no andamento dos processos, mas também para a credibilidade do Poder Judiciário perante os cidadãos.

5 CONCLUSÃO

Após o desenvolvimento do trabalho, e tendo em vista que as discussões da reforma foram oficializadas no ano de 2003, data na qual foram apresentados os anteprojetos de lei objeto deste estudo, a primeira consideração que entendemos pertinente a respeito do tema, é a confiança e a perspectiva da iminente implementação da reforma do Código de Processo Civil quanto a disciplina das tutelas de urgência.

Os esforços do Instituto Brasileiro de Direito Processual no sentido de possibilitar e agilizar o processo de reforma é nítido, de modo que contando com 6 anos de debates e 7 anos desde a última reformulação do sistema procedimental das tutelas de urgência, sem dúvida aproxima-se a hora de implementação de mais uma etapa de adaptação do Código de 1973 às exigências emergentes da prática forense.

Por outro lado, importa também considerarmos, que assim como proposto de início, cremos ter atingido os objetivos e metas delineados quando da apresentação do projeto, logrando demonstrar os princípios fundamentais, aspectos da reformulação legislativa envolvendo o as tutelas de urgência, as discussões a ela inerentes, bem como as alterações significativas no procedimento, a partir da análise conjunta do sistema cautelar atual, dos anteprojetos de lei que versam sobre o tema, da opinião dos doutrinadores, dos juristas, e ainda, considerando o direito comparado.

Um dos aspectos mais importantes a serem destacados de toda a mobilização para a reforma em comento, é o comprometimento com a crise conjuntural que vivencia o Poder Judiciário Brasileiro, já que em busca de solução para o problema, utiliza-se das atuais tendências do processo civil, guiado pelos princípios da celeridade, economia processual, instrumentalidade das formas e pelo devido processo legal, a fim de definir o modelo mais apto a responder às exigências de ordem prática e teórica do sistema processual, principalmente no que se refere ao imensurável e crescente volume de processos que lotam os Fóruns e Varas Jurisdicionais, não acompanhado pelo proporcional crescimento da estrutura, seja em termos de espaço e material, seja em termos de recursos humanos.

Entendemos que inserida neste contexto e tendo como objetivo declarado o compromisso com a adequação prática da legislação procedimental das tutelas de urgência, a reformulação proposta, da maneira como está redigida irá cumprir seu papel, auxiliando na transformação do sistema processual, em especial na flexibilização do formalismo exacerbado e de normas que impedem a simplificação e praticidade no cotidiano forense.

Por fim, temos a consciência de que esta análise científica cumpriu também seu papel de fomento e aproveitamento de um tema atual, importante e comprometido com a promoção de direitos e da justiça, considerando-se ainda a pequena produção bibliográfica sobre o tema específico, somando, ainda que de forma diminuta e sem grandes repercussões, para os debates relacionados com a questão.

6 BIBLIOGRAFIA

ARAGÃO, Egas Moniz. Dirceu de. *Medidas cautelares inominadas*. Revista de Processo, São Paulo, n°. 57, p. 86-101, 1994.

ARMELIN, Donald. *Tutela jurisdicional diferenciada*. Revista de Processo, São Paulo, n°. 65, p. 69-82, 1995.

ASSIS, Araken de. *Fungibilidade das medidas inominadas cautelares e satisfativas*. Revista de Processo, São Paulo, n°. 100, p. 35-49, 2000.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutela sumárias e de urgência*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. *Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. O processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994.

CARMONA, Carlos Alberto. *A antecipação de tutela no direito processual civil brasileiro*. In: Carta Jurídica n°. 1 – Direito Processual Civil. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Anteprojeto sobre a tutela de urgência, as medidas cautelares e as medidas antecipatórias*. Cadernos do IBDP, vol. III, 2003.

CARNEIRO, Athos Gusmão, CALMON, Petronio, organizadores. *Bases científicas para um renovado direito processual*. Vol. 1 e 2. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008.

CUNHA, Alcides. *A lide cautelar no processo civil*. Curitiba: Juruá Editora, 1992.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Nasce um novo processo civil, reforma do Código de Processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Tutela antecipada*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1996.

FIGUEIRA JR, Joel Dias. *O novo procedimento sumário: Lei 9.245, de 26.12.1995*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. *Tutela antecipada e acautelatória – fungibilidade dos pedidos: análise do art. 273, § 7º, instituído pela Lei 10.444 de 07.05.2002*. Joinville: Informativo INCIJUR, n°. 34, p. 1-5.

_____. *Comentários à novíssima reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidencia (fundamentos da tutela antecipada)*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo curso de direito processual civil*, 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRINOVER, Ada Pelegrini. *Anteprojeto para a reforma da tutela de urgência*. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br>. Acessado em 05.01.2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Tutela antecipada: evolução, visão comparatista, direito brasileiro e europeu*. Artigo disponível in: CARNEIRO, Athos Gusmã, CALMON, Petronio, organizadores. Bases científicas para um renovado direito processual. Vol.1. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008.

JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A nova reforma processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

LAMY, Eduardo de Avelar. *Fungibilidade entre tutela antecipada e tutela cautelar*. Joinville: Informativo INCIJUR, n°. 35, p. 8-12, 2002.

_____. *Considerações para a reforma da tutela de urgência: análise do esboço do anteprojeto sobre “a tutela de urgência e as medidas antecipatórias e cautelares”*. Artigo disponível in: CARNEIRO, Athos Gusmã, CALMON, Petronio, organizadores. Bases científicas para um renovado direito processual. Vol.1. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. *Antecipação da tutela*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____, coordenador. *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. *Tutela cautelar: teoria geral e poder geral cautelar*. Curitiba: Juruá, 1996.

MELLO E SOUZA, Eduardo de. *A crise da crise da ação cautelar inominada*. Joinville: Informativo INCIJUR, n°. 7, p. 4-5.

_____. *Tutela cautelar: retorno às origens*. Artigo in: MARINONI, Luiz Guilherme, coordenador. Estudos de direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MIRANDA, Francisco C. Pontes de. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 1 e 6.

MUNHOZ DA CUNHA, Alcides A. *Antecipação e antecipações: dez anos de tutela antecipada ou de antecipações de tutela*. Artigo in: MARINONI, Luiz Guilherme, coordenador. *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

RICCI, Edoardo. *A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano*. Curitiba: Gênese – Revista de Direito Processual Civil, 1999. v. 6.

SEVERINO, Antonio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. São Paulo: Cortez, 1993.

SILVA, Ovídio Batista da. *Curso de processo civil: processo cautelar, tutelas de urgência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v.3.

WAMBIER, Luiz Rodriguez; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodriguez; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: v.1 teoria geral do processo e processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Fungibilidade de “meios”:* uma outra dimensão do princípio da fungibilidade. In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 2000.