

Doutrina Nacional

TUTELA DE URGÊNCIA NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A ESTABILIZAÇÃO DA MEDIDA URGENTE E A "MONITORIZAÇÃO" DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

1

EDUARDO TALAMINI

Livre-docente, Doutor e Mestre pela USP. Professor de Direito Processual na UFPR. Coordenador e Professor do Curso de Pós-Graduação em Processo Civil do Instituto Bacellar (Curitiba). Vice-presidente da Câmara de Arbitragem da Federação das Indústrias do Paraná. Advogado.

Recebido em: 31.05.2012
Aprovado em: 13.06.2012

ÁREA DO DIREITO: Processual

RESUMO: Examina-se criticamente a disciplina das medidas de urgência no Projeto de novo Código de Processo Civil, em que se destacam: a unificação de regime para a tutela cautelar e a tutela antecipada, a eliminação de processo próprio para a tutela cautelar e a estabilização da medida urgente concedida em caráter preparatório, quando não impugnada. Ao final, propõe-se uma mudança no regramento projetado.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela de urgência – Tutela da evidência – Tutela cautelar – Tutela antecipada – Projeto de novo Código de Processo Civil – Técnica monitoria – Estabilização dos efeitos da tutela urgente.

ABSTRACT: The essay contains a critical analysis of the discipline of emergency measures in the new Brazilian Civil Procedure bill, in which certain topics stand out: the creation of a uniform system for preventive injunctions and other forms of injunctive relief, the elimination of a specific process to seek preventive injunctive relief, and the provision that a preliminary injunction will become permanent if not appealed. Lastly, the essay suggests changes in the proposed bill.

KEYWORDS: Emergency injunctive relief – Injunctive relief based on clear and convincing evidence – Temporary injunction – New Brazilian Civil Procedure bill – Monition technique (*técnica monitoria*) in injunctive relief – Permanent effects of the emergency injunction.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O regime jurídico único das tutelas de urgência – 3. A nova contraposição explícita: tutela de urgência x tutela da evidência – 4. A eliminação da duplicidade de processos – 5. O ônus da formulação de pedido principal: pressupostos e limites – 6.

A estabilização da tutela urgente – 7. Breves parênteses: a estrutura e função da técnica monitoria – 8. O caráter monitorio da estabilização da tutela urgente – 9. Limites e dúvidas quanto à estabilização – 10. Ausência de coisa julgada material – 11. O que significa não “impugnar” a medida urgente? – 12. O alcance objetivo e subjetivo da impugnação – 13. O campo de incidência da estabilização da tutela sumária (no substitutivo do Senado): exclusão das medidas incidentais e da tutela da evidência – 14. Crítica e proposição.

1. INTRODUÇÃO

Os dois principais marcos regulatórios da tutela urgente no processo civil brasileiro,¹ na época de sua promulgação, foram festejados como importantes avanços. Mas nos dois casos, à parte indiscutíveis qualidades de tais regramentos não tardou para que se passasse a notar os entraves e armadilhas por eles criados.

Assim, quando o legislador de 1973 optou por estruturar a tutela cautelar em um processo autônomo, dedicando-lhe livro próprio no Código de Processo Civil (Livro III), a inovação foi bem recebida. Viu-se nessa autonomia formal da função cautelar um destaque à sua relevância sistemática e um incentivo ao seu emprego. Mas logo se evidenciou o desnecessário formalismo da novidade. Na prática, o procedimento do processo cautelar passou a desenvolver-se autonomamente apenas até a concessão liminar da medida – sendo, depois disso, absorvido pelo procedimento do processo principal. Constatou-se uma desnecessária duplicação de processos, com tudo que isso implica (duplicidade de autos, de citações, de sentenças). Reputou-se que teria sido preferível permitir também a concessão da medida urgente como simples providência incidental ao processo em curso.²

Do mesmo modo, a previsão explícita de mecanismos de antecipação de tutela (arts. 273 e 461, § 3.º, do CPC, na redação dada pela Lei 8.952/1994) foi saudada como um avanço: serviria para eliminar as resistências (que não eram poucas) ao cabimento de medidas urgentes de caráter não estritamente conservativo – i.e., providências “satisfativas”, no sentido de propiciadoras de resultado prático total ou parcialmente coincidente com aquele que em prin-

-
1. O presente texto constitui a base da palestra proferida pelo autor na XXI Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, em 22.11.2011. Mantiveram-se aqui suas características funcionais – notadamente a restrição das referências doutrinárias ao mínimo necessário.
 2. Quanto ao tema, vejam-se as referências bibliográficas que indico em artigo anterior, de Donaldo Armelin. (*Tutela urgente na execução. Tutelas de urgência e cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 389 e ss.).

cípio seria gerado apenas pela sentença final. Mas não tardou para que os problemas se apresentassem. Há muitas providências destinadas a evitar dano de difícil reparação cuja exata classificação como tutela “cautelar” (conservativa) ou “antecipada” é problemática. Isso ocasiona complicações de ordem prática, uma vez que a “antecipação de tutela” e a “medida cautelar”, como regra geral, devem ser requeridas e concedidas através de vias distintas (respectivamente: no próprio processo principal – arts. 273 e 461, § 3.º, do CPC – e mediante processo autônomo – art. 796 e ss. do CPC). A intransigente (e artificial) defesa da diferenciação entre as duas vias conduziu muitas vezes a resultados absurdos, com a denegação de medidas urgentes indispensáveis pela tão só circunstância de não haver sido pleiteada pela via reputada adequada. Pior, não foram poucos os casos em que um primeiro juiz indeferiu a medida cautelar por reputar adequada a tutela antecipada e depois, quando proposta a ação comum contendo o pedido de antecipação de tutela, um segundo juiz tornou a rejeitar o pleito de providência urgente, por reputar cabível a medida cautelar(!). Em face disso, multiplicaram-se as vozes no sentido de que teria sido preferível, em vez da instituição de uma via formal autônoma de antecipação de tutela, a sedimentação da diretriz de que a tutela cautelar, tal como originalmente prevista em nosso sistema, abrangia as providências antecipatórias.³

O Projeto de novo Código de Processo Civil (PNCPC),⁴ na sua versão original e na do substitutivo aprovado pelo Senado, propõe-se a corrigir as duas distorções ora destacadas. Mas, por outro lado o projeto prevê um novo mecanismo, no âmbito das tutelas urgentes, que tende a ser fonte de novos problemas.

2. O REGIME JURÍDICO ÚNICO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

O Projeto de novo Código unifica, sob uma mesma disciplina, as medidas urgentes cautelares e antecipatórias. O § 1.º do art. 269 do PNCPC define como “satisfativas” as medidas “que visam a antecipar ao autor, no todo ou em parte, os efeitos da tutela pretendida”. No § 2.º do mesmo artigo, veicula-se o

3. Também quanto a esse ponto – e a tudo o que se afirma adiante em defesa de um regime único das medidas urgentes –, remeto a anterior texto meu (Medidas urgentes (cautelares) e ‘antecipadas’): a Lei 10.444/2002 e o início de correção de rota para um regime jurídico único. *Revista Dialética de Direito Processual*. vol. 2. São Paulo: Dialética, 2002. passim), bem como às referências doutrinárias lá contidas.

4. PLS 166/2010; PLC 8.046/2010. Os dispositivos adiante citados referem-se ao substitutivo aprovado no Senado e remetido à Câmara.

conceito legal de medidas cautelares: são “as que visam a afastar riscos e assegurar o resultado útil do processo”.

Embora se mantenha a distinção conceitual entre ambas, confere-se-lhes o mesmo tratamento jurídico. Aplica-se a ambas o mesmo regime quanto a pressupostos, via processual de pleito e concessão, eficácia e autoridade da decisão concessiva – e assim por diante.

A unificação de regime é positiva, seja sob o aspecto do rigor científico, seja pelas vantagens práticas (e nem poderia ser de outro modo: em processo, põe-se em xeque o acerto de qualquer formulação teórica que conduza a resultados práticos despropositados).

O liame unificador, capaz de agrupar as medidas urgentes conservativas e antecipatórias dentro de uma mesma categoria, reside nos seguintes traços: (1.º) função de garantir o resultado inerente à outra tutela (“final”), tendencialmente *definitiva* – viabilizando seu provimento, resguardando sua efetivação ou impedindo sua inutilidade –, com o afastamento de um perigo de dano de difícil reparação; (2.º) cognição sumária; (3.º) em virtude de sua função, instrumentalidade em relação a tal provimento posterior: a providência urgente opera com base na perspectiva da tutela final, ainda que esta concretamente não venha a ocorrer, e sua concessão subordina-se à probabilidade do conteúdo da tutela final e (ou) aos riscos que essa sofre; (4.º) consequente provisoriedade, caracterizada pela circunstância de o provimento urgente não ter o condão de se tornar juridicamente definitivo: no regime vigente ou ele é substituído pela tutela final ou, simplesmente, perde a eficácia.

Esses quatro aspectos são identificáveis nas medidas cautelares e na tutela antecipatórias urgentes, tal como previstas no direito vigente. Se a intenção do legislador é manter tais traços, justifica-se o regramento único para ambas.

Mesmo a atenuação da quarta característica ora indicada – mediante a atribuição de uma relativa estabilidade à medida conservativa ou antecipatória – é perfeitamente aplicável a ambas as hipóteses de tutela urgente, como se vê no próprio Projeto de novo Código.

A diferença entre as medidas cautelares e as antecipatórias urgentes não é qualitativa, mas quantitativa. É perceptível certa *gradação* da carga antecipatória nas medidas de urgências não tendentes a se tornar, por si só, definitivas – mesmo naquelas pacificamente tidas como conservativas. Por exemplo, a medida cautelar de arresto, conquanto não adiante o próprio resultado prático do provimento principal, funciona como antecipação de uma parte da atividade executiva destinada a efetivar aquele resultado, uma vez que precipita alguns dos efeitos da penhora (arts. 818 e 821 do CPC vigente). Obviamente, é peque-

no o grau de antecipação aí encontrado – de modo que não há como negar sua natureza preponderantemente conservativa. Não está muito longe, porém, da carga de adiantamento em regra contida na antecipação de tutela condenatória de pagamento de dinheiro que não ultrapasse os limites da execução provisória (tutela antecipada essa que não se confunde, todavia, com o mero arresto, pois possibilita, em certas condições, o levantamento de dinheiro eventualmente penhorado). Por fim, carga bem mais elevada de antecipação, para não dizer máxima, é verificável na antecipação de tutela referente ao dever de alimentos.

Daí concluir-se que, mesmo que se conceba a distinção entre providências de urgência cautelares e antecipadas, tal diferenciação é feita, no mais das vezes, tomando-se em conta o conteúdo *preponderante* da medida (conservativo ou antecipador).

Do ponto de vista prático, a eliminação da duplicidade de regimes evita armadilhas para o jurisdicionado. Precisamente porque a diferença é de *grau*, e não verdadeiramente de *essências*, inúmeras medidas encontram-se em uma “zona cinzenta”, entre o terreno inequivocamente destinado à tutela conservativa e aquele outro atribuído à antecipação. Estabelece-se, em virtude disso, verdadeira “dúvida objetiva”.

Pense-se nas medidas de urgência destinadas a manter suspensa a eficácia de um ato jurídico, até a emissão de provimento que decida sobre sua validade (por exemplo: a suspensão de efeitos da deliberação tomada em assembleia geral societária; a sustação de protesto; a suspensão de eficácia da sentença rescindenda etc.). Autorizada parcela da doutrina vê nessas providências exemplos de tutela cautelar: a suspensão da eficácia do ato serviria para conservar determinado estado fático-jurídico até a definição da tutela final. Mas outros tantos doutrinadores, não menos respeitados, consideram tais medidas antecipatórias. Elas estariam adiantando um efeito que só se teria com o provimento da tutela final: um dos resultados práticos da anulação da assembleia geral seria o impedimento de que ela produzisse efeitos; declarado inexistente o crédito representado no título, esse não poderia ser protestado; a rescisão da sentença implicaria a impossibilidade de executá-la – e assim por diante.⁵

Tais divergências na doutrina evidenciam a inviabilidade prática de dois regimes estanques. Aliás, a incerteza não é só doutrinária. Passa obviamente pela

5. No artigo referido na nota 3, acima, apresento vários exemplos da divergência entre alguns dos maiores processualistas brasileiros acerca da natureza cautelar ou antecipatória de várias dessas providências. Alguns desses exemplos são repetidos logo adiante, no presente texto.

jurisprudência – e chega aos próprios textos legais(!). O art. 489 do CPC vigente prevê que os efeitos da sentença rescindenda excepcionalmente poderão ser suspensos por “medidas de natureza cautelar ou antecipatória da tutela”. A própria lei não ousa classificar a providência em questão.

Porém, mais do que uma questão de ordem prática, o impasse doutrinário (e jurisprudencial, e legislativo) tem em si mesmo relevo científico. Quando Ovídio Baptista da Silva afirma ser cautelar a medida que suspende deliberação assemblear, e Barbosa Moreira a considera tutela antecipada; quando Watanabe reputa conservativa a sustação de protesto, e Bedaque toma-a por antecipatória, fica evidente que a tutela cautelar e a tutela antecipatória urgente *não têm como ser providências essencialmente diversas*. Não se está a falar de coisas distintas entre si como água e vinho. A divergência entre processualistas tão argutos só se põe precisamente porque estão tentando classificar objetos muito próximos entre si – situados em zona cinzenta, de fronteira.

O regime único proposto pelo Projeto de novo Código se não elimina, torna irrelevantes essas disputas.

3. A NOVA CONTRAPOSIÇÃO EXPLÍCITA: TUTELA DE URGÊNCIA X TUTELA DA EVIDÊNCIA

O Projeto de novo Código põe em destaque outra contraposição, já existente no atual ordenamento, ainda que não explicitada. Passa-se a distinguir a tutela de urgência (cautelar ou “satisfativa”) da tutela da evidência.

A distinção é relevante no que tange aos pressupostos para a concessão da medida. A tutela de urgência (cautelar ou “satisfativa”) “será concedida quando forem demonstrados elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como a demonstração de o risco de dano irreparável ou de difícil reparação” art. 276 do PNCP. Já a tutela da evidência é cabível em hipóteses que correspondem às do inc. II (antecipação de tutela em face de abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu) e do § 6.º (tutela antecipada da parte incontroversa da demanda) do art. 273 do CPC vigente e ainda em outras em que, diante do alto grau de plausibilidade da pretensão do autor, dispensa-se a demonstração de especial perigo de dano (art. 278 do PNCP).⁶

6. “Art. 278. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação, quando:
I – ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido;

No mais, as duas modalidades de tutela sumária seguem em linhas gerais o mesmo regime. Mas a identidade de regimes era ainda mais completa no projeto original do novo Código. O substitutivo aprovado no Senado estabeleceu uma criticável distinção no que tange aos possíveis efeitos das duas espécies de tutela – como se vê adiante.

4. A ELIMINAÇÃO DA DUPLICIDADE DE PROCESSOS

Tanto a tutela da evidência quanto as medidas urgentes, sejam elas cautelares ou antecipatórias, poderão ser requeridas e concedidas em caráter preparatório (antecedente) ou incidental (art. 269, *caput*, do PNCPC).

Quando requeridas incidentalmente, as medidas urgentes ou de tutela da evidência não gerarão um novo processo. Serão pleiteadas no bojo da relação processual já estabelecida (art. 286 do PNCPC).⁷

Já quando o pedido for formulado em caráter antecedente, isso implicará obviamente a constituição de um processo. Todavia, subsequentemente, o eventual pedido principal será formulado nesse mesmo processo (art. 282, § 1.º, do PNCPC).⁸ Será desnecessária a citação da parte adversária, que será “intimada”, por seu advogado ou pessoalmente, para se manifestar sobre o pedido principal (art. 282, § 2.º, do PNCPC).

Essa é também uma proposta de inovação positiva. Como apontado no início, o modelo do processo cautelar autônomo, adotado pelo Código de 1973, mostrou-se desnecessário e mesmo contraproducente.

II – um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva;

III – a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; ou

IV – a matéria for unicamente de direito e houver tese firmada em julgamento de recursos repetitivos, em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em súmula vinculante. Parágrafo único. Independência igualmente de prévia comprovação de risco de dano a ordem liminar, sob cominação de multa diária, de entrega do objeto custodiado, sempre que o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do depósito legal ou convencional.”

7. “Art. 286. As medidas de que trata este Capítulo podem ser requeridas incidentalmente no curso da causa principal, os próprios autos, independentemente do pagamento de novas custas.”
8. “§ 1.º O pedido principal será apresentado nos mesmos autos em que tiver sido veiculado o requerimento da medida de urgência, não dependendo do pagamento de novas custas processuais quanto ao objeto da medida requerida em caráter antecedente.”

5. O ÔNUS DA FORMULAÇÃO DE PEDIDO PRINCIPAL: PRESSUPOSTOS E LIMITES

O projeto prevê ainda que, uma vez concedida em caráter preparatório, a medida urgente (cautelar ou antecipatória), sendo ela impugnada pelo réu, o autor terá o ônus de formular o pedido principal em 30 dias ou no prazo fixado pelo juiz (art. 282, *caput*, do PNCPC). A inobservância de tal regra implica a perda de eficácia da medida urgente (art. 284, I, do PNCPC).

A regra do art. 282 do Projeto apresenta significativas diferenças em face daquela hoje estabelecida no art. 806 do atual diploma.

1.^a) como decorrência da unificação do regime jurídico único das medidas urgentes, aplica-se não apenas à tutela cautelar preparatória, como hoje ocorre, mas também à tutela antecipada;

2.^a) como consequência da eliminação da duplicidade de processos, o ônus imposto ao autor não é o da instauração de novo processo, mas da mera formulação de nova demanda no âmbito da relação processual já existente. Isso não significa que não se tenha na hipótese uma nova ação – compreendida como pedido de proteção jurisdicional. Trata-se de ação que é proposta no processo em curso, alterando-lhe o objeto. Vale dizer, é uma nova hipótese de ação incidental;

3.^a) embora o prazo em princípio estabelecido coincida com o do atual regramento – 30 dias –, autoriza-se a fixação de lapso diverso pelo juiz. As circunstâncias concretas poderão justificar o estabelecimento de prazo maior ou menor do que aquele legalmente previsto. Em todo caso, a prévia definição de prazo diverso do legal deverá ser fundamentada em aspectos objetivos;⁹

4.^a) o ônus de formulação do pedido principal apenas se imporá ao autor quando o réu houver “impugnado a medida liminar”.¹⁰ A “apresentação do

9. O termo inicial do prazo em questão também não será necessariamente o mesmo que o previsto no art. 806 do atual Código (data da efetivação da medida). Como o ônus de formulação do pedido principal apenas se porá quando tiver havido impugnação à medida pelo réu – e como nem sempre (aliás, quase nunca) isso estará definido no momento de efetivação da medida –, o prazo, seja ele o legal ou o fixado pelo juiz, terá início a partir da ciência, pelo autor, do evento que vier a ocorrer por último entre esses dois (efetivação da medida ou impugnação da medida pelo réu).

10. Além disso, continuará vigorando – pois não há razões para que se altere – a diretriz no sentido de que, quando a medida urgente preparatória não tiver eficácia restritiva de direitos (por exemplo, medida cautelar probatória), não haverá o ônus de proposição da demanda principal em determinado prazo. E isso mesmo na hipótese de essa medida ser impugnada pelo réu.

pedido principal será desnecessária” se o réu não impugnar a medida urgente preparatória (art. 282, § 3.º, do PNCPC). Essa é a diferença mais significativa; a contraface da maior inovação no novo regime que se propõe para as tutelas urgentes. É do que se trata a seguir.

6. A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA URGENTE

Outro será o destino da medida urgente preparatória e do processo em que ela tiver sido concedida, quando faltar impugnação do réu.

Se o réu não impugnar o provimento concessivo da tutela urgente, o processo, uma vez efetivada integralmente a medida, será extinto. Todavia, a providência urgente manterá sua eficácia por tempo indeterminado. É o que prevem diversas disposições do projeto (arts. 280, § 1.º; 281, § 2.º; 282, § 3.º; 283, § 2.º, do PNCPC).

Vale dizer, a medida urgente estabilizar-se-á.

Essa imposição será igualmente aplicável à tutela urgente antecipatória e à tutela cautelar, desde que concedidas em caráter antecedente.

Exemplificando: juiz concede liminarmente uma medida preparatória urgente suscando o protesto de um título de crédito. Não sendo ela impugnada pelo réu (o pretense credor), o processo, depois de efetivada a medida urgente, será extinto – e a sustação permanecerá por tempo indefinido. Não haverá decisão declarando que a dívida não existe. Mas o suposto credor não poderá protestar o título. Para superar esse obstáculo, terá ele, pretense credor, de promover uma ação comum de conhecimento, a fim de obter a declaração da existência e exigibilidade do crédito.

Ainda outro exemplo – envolvendo providência inequivocamente antecipatória: concede-se medida de urgência, em caráter antecedente, determinando prestação pecuniária mensal de natureza alimentar – e o réu não impugna o provimento antecipatório. Sem que haja nenhuma declaração da existência do direito aos alimentos, a ordem de pagamento das prestações periódicas permanecerá em vigor por tempo indeterminado.¹¹ Para eximir-se do cumprimento

11. Nesse caso, pode-se pôr alguma dúvida quanto ao momento em que caberá a extinção do processo em que se concedeu a medida urgente. Ou seja, quando se considerará efetivada a providência antecipatória, para que, após, se possa extinguir o processo: quando comunicada a ordem de pagamento ao réu ou apenas quando efetivamente cumprida cada prestação? Não é essa a sede para enfrentamento da questão – embora se possa desde já indicar que a primeira solução parece a mais razoável (sem prejuízo

de tal comando o réu terá o ônus de promover ação de cognição exauriente e nela obter o reconhecimento da inexistência do dever de prestar alimentos.

É o emprego da técnica monitoria.

7. BREVES PARÊNTESES: A ESTRUTURA E FUNÇÃO DA TÉCNICA MONITÓRIA

Para justificar essa afirmativa, cumpre brevemente recapitular como se desenvolve e quais os fins da tutela monitoria. E isso pode ser feito usando-se como modelo a *ação monitoria*, atualmente prevista em nosso ordenamento como procedimento especial (art. 1.102-A e ss. do CPC ora vigente). O esqueleto do atual processo monitorio brasileiro é basicamente o seguinte:

Aquele que entender possuir prova escrita de crédito de soma em dinheiro, de entrega de coisa fungível ou de coisa certa móvel – desde que tal documentação já não constitua título executivo – poderá propor “ação monitoria” (art. 1.102-A do CPC – acrescido pela Lei 9.079/1995). O juiz examinará a prova escrita trazida com a inicial. Considerando a peça “devidamente instruída”, determinará expedição de “mandado” para que o réu pague ou entregue a coisa em 15 dias (art. 1.102-B do CPC). A cognição desenvolvida nessa etapa, portanto, é sumária.

Nesse mesmo prazo, o réu poderá defender-se através de “embargos” (art. 1.102-C, *caput*, do CPC) – os quais a doutrina passou a denominar de “embargos ao mandado” ou “embargos monitorios”. Se pagar ou entregar os bens no prazo de 15 dias, o réu estará isento de custas e honorários advocatícios (art. 1.102-C, § 1.º, do CPC). Caso apresente embargos, ficará “suspensão” o “mandado” inicialmente deferido e o procedimento seguirá o rito ordinário do processo comum de conhecimento (art. 1.102-C, *caput* e § 2.º, do CPC). Vale dizer: os embargos ao mandado instauram processo de cognição exauriente. Para apresentar tais embargos, não se impõe ao réu o ônus de ter bem penhorado (art. 1.102-C, § 2.º, do CPC).

Na hipótese de o réu não embargar tempestivamente ou ter seus embargos rejeitados, a decisão inicial que havia determinado a expedição do “mandado” se transformará “de pleno direito” em “título executivo judicial” (art. 1.102-C, *caput* e § 3.º, do CPC).

A partir daí, o processo prosseguirá na forma executiva – observando-se as regras do “cumprimento de sentença” (art. 1.102-C, *caput* e § 3.º, do CPC).

de subsequentes providências de execução de prestações não cumpridas). Seja como for, em um caso ou em outro, a tutela urgente estabilizar-se-á.

Nessa fase, caberá impugnação ao cumprimento, que poderá versar apenas sobre as matérias enumeradas no art. 475-L do CPC. Mas essa limitação preclusiva incidirá somente no âmbito interno do processo monitorio e de sua fase executiva e respectivos incidentes. Se o título executivo judicial houver-se formado a partir da simples omissão do réu em apresentar embargos monitorios (art. 1.102-C, *caput*, do CPC), não haverá coisa julgada, pois nessa hipótese terá havido apenas cognição sumária. Desse modo, embora o réu da ação monitoria não possa discutir a existência do direito do autor em impugnação ao cumprimento, poderá fazê-lo mediante a propositura de uma ação autônoma.¹²

A tutela monitoria, assim, busca oferecer uma especial utilidade ao jurisdicionado – a rápida viabilização de resultados práticos (o que, no modelo atual, faz-se pela criação acelerada de um título executivo) –, nos casos em que, cumulativamente, (a) há concreta e marcante possibilidade de existência do direito do autor (aferida mediante cognição sumária) e (b) há inércia do réu. Eis a função essencial da tutela monitoria.

Piero Calamandrei afirmava que o “meio” para se atingir essa finalidade seria a “inversão da iniciativa do contraditório”: expedie-se liminarmente mandado de cumprimento da obrigação para o réu e cabe a ele, caso tenha por infundada a pretensão do autor, opor-se a essa ordem. Piero Calamandrei preferia tal terminologia à de Francesco Carnelutti, para quem o contraditório seria “eventual”.¹³

A rigor, o contraditório não é nem “eventual”, nem “invertido”. Simplesmente, não há contraditório, de início. Ele é postergado: emite-se provimento sem ouvir-se a parte. E a questão nem é tanto de *inversão* do contraditório em si mesmo. Afinal, é inerente ao processo, dada sua estrutura dialética, a transferência contínua do ônus de manifestar-se, de uma parte para a outra. Mais do que inverter-se o contraditório, *inverte-se o ônus da instauração de um processo*

12. Já se o título executivo formar-se com o julgamento de improcedência dos embargos ao mandado, haverá coisa julgada material, limitada ao objeto desses embargos. Mas isso apenas confirma que a tutela monitoria, em si, não é apta à produção de coisa julgada material. Afinal, nessa hipótese, a coisa julgada advirá da sentença de improcedência dos embargos ao mandado, que consistem em processo incidental de cognição exauriente. Quanto a todos esses aspectos, remete-se a monografia específica sobre o tema (Eduardo Talamini. *Tutela monitoria*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001. especialmente p. 92 e ss.).

13. Piero Calamandrei. *El procedimiento monitorio*. Trad. S. Sentís Melendo (da ed. italiana *Il procedimento monitorio nella legislazione italiana*, de 1926). Buenos Aires: Bib. Argentina, 1946. p. 26).

de *cognição exauriente*. No modelo processual comum, caberia ao interessado na obtenção da tutela de seu pretense direito instaurar processo de *cognição exauriente* no qual haveria de demonstrar a efetiva existência de seu direito. No processo monitorio, permite-se a esse sujeito submeter sua pretensão ao mero crivo da *cognição sumária*: sendo positivo o juízo de verossimilhança então desenvolvido, transfere-se ao adversário o encargo de promover processo comum de conhecimento, com *cognição exauriente*. Vale dizer: caberá ao réu da ação monitoria provocar a atuação cognitiva exauriente, para o fim de demonstrar que não existe aquele suposto direito do autor.

Além disso, o elemento estrutural relevante do procedimento monitorio nem mesmo é a pura e simples postergação do contraditório, e, sim, aspecto com ela relacionado: a constituição imediata da autorização para executar, como consequência do não exercício do contraditório tempestivo pelo réu.¹⁴ Confere-se à atividade de reação processual do demandado o caráter de “ônus perfeito”, vale dizer, faculdade cujo descumprimento acarreta automática e necessariamente consequência desfavorável ao onerado. Mais ainda: a decorrência negativa não só *fatalmente virá*, como também *ocorrerá imediatamente a seguir*.

Em suma, eis os traços essenciais da tutela monitoria:

- a) mediante *cognição sumária*, busca-se acelerar a produção de resultados práticos (no modelo atual, isso se dá com a criação rápida de um título executivo – ou seja, um atalho para a execução);
- b) atribui-se força preclusiva intensa à inércia do réu (no modelo atual, sua omissão implica a constituição do título executivo, “de pleno direito”);
- c) transfere-se ao réu o ônus da instauração do processo de *cognição exauriente*;
- d) não há a produção de coisa julgada material.

8. O CARÁTER MONITÓRIO DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA URGENTE

O Projeto de novo Código extingue a ação monitoria como procedimento especial.

No entanto, a técnica monitoria permanece presente no novo diploma. A estabilização da medida urgente preparatória reúne todas as características essenciais da tutela monitoria:

14. A esse respeito, veja-se: L. Machado Guimarães. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1942. vol. IV, p. 156-157.

a) há o emprego da cognição sumária com o escopo de rápida produção de resultados concretos em prol do autor;

b) a falta de impugnação da medida urgente pelo réu acarreta-lhe imediata e intensa consequência desfavorável;

c) nessa hipótese, a medida urgente permanecerá em vigor por tempo indeterminado – de modo que, para subtrair-se de seus efeitos, o réu terá o ônus de promover ação de cognição exauriente. Ou seja, sob essa perspectiva, inverte-se o ônus da instauração do processo de cognição exauriente;¹⁵

d) não haverá coisa julgada material (v. adiante).

E, na medida em que o âmbito de incidência das medidas urgentes preparatórias não é limitado a determinadas categorias de litígio ou modalidades de pretensão, a estabilização de tutela urgente apresenta-se como um mecanismo geral, que aparentemente seria apto a “monitorizar” o processo brasileiro como um todo.

9. LIMITES E DÚVIDAS QUANTO À ESTABILIZAÇÃO

Mas há óbices gerais, sistemáticos, que impedirão a incidência do mecanismo da estabilização a todo e qualquer tipo de conflito.

Quando menos, devem surgir dúvidas e controvérsias quanto à aplicabilidade da estabilização em determinadas hipóteses. Pode antever-se exemplificativamente algumas dessas situações – tomando-se em conta inclusive as disputas que se estabeleceram relativamente à atual ação monitoria:¹⁶

a) quando o réu do processo urgente preparatório for citado por edital ou hora certa (modalidades de citação ficta). Não se poderá imputar a consequência da estabilização, em caso de não comparecimento do réu ao processo. Haverá de lhe ser designado um curador especial, que não apenas estará autorizado, mas terá o dever funcional de adotar as medidas cabíveis em defesa do réu – inclusive impugnar a medida urgente. A mesma constatação será aplicável aos casos em que o réu for incapaz sem representante legal (ou com interesses colidentes com o do representante) ou estiver preso (art. 9.º do CPC vigente; art. 72 do PNCPC);

15. Ainda que, como se verá adiante, também o requerente da medida urgente estabilizada tenha legitimidade e interesse processual para promover a ação de cognição exauriente.

16. Quanto a tais questões no âmbito da ação monitoria, remeto novamente a minha anterior monografia sobre o tema (Eduardo Talamini. *Tutela monitoria* cit., especialmente p. 132 e ss., 123 e ss. e 179 e ss.).

b) causas que envolvam direitos indisponíveis. A tutela monitoria tem por função estabilizar a produção de resultados concretos em prol do autor naqueles casos em que o réu, podendo dispor de seu direito de defesa, abre mão de impugnar a medida concedida. Há íntima relação entre o mecanismo monitorio e o princípio da disponibilidade – como notava Calamandrei.¹⁷ E esse pressuposto de disponibilidade da defesa não está presente quando o objeto do litígio é um direito propriamente indisponível. Por exemplo, seria apta a estabilizar-se uma medida de antecipação de tutela de exoneração de alimentos, concedida em caráter antecedente?

c) processos urgentes preparatórios em face da Fazenda Pública. Não é difícil prever que, tão logo em vigor o novo mecanismo, surgirá igualmente a tese de que ele não se aplica aos entes públicos. Foi o que se deu relativamente à ação monitoria. O STJ veio a assentar o entendimento de que cabe o emprego da ação monitoria em face da Fazenda Pública (Súmula 339 do STJ). No entanto, examinando-se os precedentes que amparam a edição da Súmula, nota-se que apenas uma parte deles admitiu propriamente o emprego do mecanismo monitorio em face dos entes públicos (i.e., a formação automática do título executivo, em caso de inércia do réu). Outra parcela dos julgados embasadores da súmula, embora admita o emprego formal da ação monitoria em face da Fazenda Pública, descarta a formação automática do título executivo caso não haja nem cumprimento nem embargos ao mandado (afirmando a necessidade de que, mesmo nesse caso, o juiz profira uma sentença, revendo o inicial juízo de plausibilidade da existência do direito do autor – sentença essa que seria, conforme o caso, submetida inclusive ao reexame necessário).¹⁸

Além disso – diferentemente da atual ação monitoria, que se presta especificamente à cobrança de direitos obrigacionais, portanto compatíveis com uma estrutura dispositiva e aptos à produção de resultados concretos independentemente da produção da coisa julgada –, a inovação pretendida pelo Projeto em exame aplicar-se-ia, em seus termos literais, a qualquer tipo de medida urgente preparatória, mesmo aquelas destinadas a acautelar ou antecipar parcialmente o resultado concreto de futuras ações precipuamente declaratórias e constitutivas.

No entanto, um ato jurídico não poderá ser “declarado” válido, inválido, existente ou inexistente por meio desse mecanismo monitorio. Do mesmo

17. Piero Calamandrei. Op. cit., p. 62.

18. Ver Eduardo Talamini. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitoria). *RePro* 128/59-77. São Paulo: Ed. RT, 2005.

modo, uma situação jurídica não tem como ser constituída ou desconstituída mediante a técnica da estabilização.

A tutela declaratória (ou seja, a eliminação definitiva de dúvidas) e, no mais das vezes, a tutela constitutiva (ou seja, a alteração de estados jurídicos) só têm serventia ao jurisdicionado se forem revestidas da estabilidade da coisa julgada material. Para o jurisdicionado não basta (e nem mesmo parece ser algo logicamente concebível) a eliminação provisória da dúvida sobre a existência ou não de uma relação de filiação; não basta a invalidação provisória de um contrato; não há como se ficar apenas provisoriamente divorciado – e assim por diante.

Pense-se no seguinte exemplo. Promove-se medida de urgência, em caráter antecedente, para suspenderem-se os efeitos de uma assembleia geral societária. A princípio, a medida seria preparatória de subseqüente ação de invalidade do conclave. A providência urgente não é impugnada pelo réu e estabiliza-se. Por tempo indeterminado, permanecerão sustados os efeitos das deliberações assembleares. Mas isso não significará que tais deliberações tenham sido desconstituídas, suprimidas do mundo jurídico. Nenhum pronunciamento terá havido acerca da validade da assembleia e suas decisões. E a suspensão de eficácia de tais atos, ainda que “estável”, não poderá ser considerada definitiva, intocável (v. a seguir). Tal cenário de insegurança tende a não ser satisfatório às partes envolvidas no conflito – no mais das vezes, nem mesmo àquela parte que pleiteou e obteve a providência urgente que se estabilizou. Nesse contexto, a despeito da pretensa estabilização dos efeitos da medida urgente, continuarão havendo a necessidade de tutela jurisdicional – uma proteção definitiva, apta a afastar qualquer reabertura da discussão. Em um caso como esse, o próprio autor da medida urgente estabilizada terá interesse jurídico de promover ação de cognição exauriente – hipótese essa, aliás, expressamente admitida nas regras propostas no Projeto de novo Código (art. 284, § 2.º: “ação ajuizada por *uma das partes*”; art. 282, § 4.º: “*qualquer das partes* poderá propor ação (...)”).

10. AUSÊNCIA DE COISA JULGADA MATERIAL

A estabilização da tutela urgente não gera coisa julgada material. Os efeitos da medida de urgência poderão ser extintos em posterior ação. Nos termos do art. 284, § 2.º, do Projeto do novo Código: “A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revogar, proferida em ação ajuizada por *uma das partes*”. A ausência de coisa julgada é também explicitada no § 4.º do art. 282: “Na hipótese prevista no § 3.º, *qualquer das partes* poderá propor ação com o intuito de discutir o direito que tenha sido acautelado ou cujos efeitos tenham sido antecipados”.

A expressa exclusão da coisa julgada material na hipótese constitui um ponto positivo do projeto. Anterior Projeto de Lei do Senado Federal (PLS 186/2005), destinado a instituir a estabilização da tutela no diploma atual, pretendia imputar a autoridade de coisa julgada material à decisão concessiva da medida urgente, quando estabilizada. Mas isso seria incompatível com a cognição meramente sumária que respalda a concessão da medida de urgência.

O instituto da coisa julgada é constitucionalmente incompatível com decisão proferida com base em cognição superficial e, por isso mesmo, provisória, sujeita à confirmação. Há uma vinculação constitucional da coisa julgada à cognição exauriente. Ainda que não exista disposição expressa nesse sentido, isso é uma imposição da proporcionalidade e da razoabilidade extraíveis inclusive da cláusula do devido processo (art. 5.º, LIV, da CF/1988). A imutabilidade da coisa julgada – qualidade excepcional no quadro da função pública – não pode ser atribuída indistintamente a qualquer ato jurisdicional. O que confere idoneidade para o ato ficar imune à revisão não é só a circunstância de ele ter sido precedido da oportunidade de manifestação das partes, mas, sobretudo a profundidade da cognição que se pôde desenvolver. A emissão de decisões amparadas em cognição sumária (superficial) não é em si mesma incompatível com as garantias do processo. Renuncia-se a uma investigação mais completa e aprofundada das questões relevantes para a solução do conflito em troca de uma decisão célere. Mas se paga um preço pelo emprego da cognição superficial. A contrapartida razoável consiste na impossibilidade de que a decisão adquira o mesmo grau de estabilidade atribuível ao resultado da cognição exauriente. Adota-se solução de compromisso: sacrifica-se a profundidade e se produz um pronunciamento urgente e apto a gerar os resultados concretos desejados, mas que não constitui decisão definitiva.¹⁹

O Projeto de novo Código está em consonância com essa ordem de ideias.

Mas, se por um lado não há o óbice da coisa julgada, por outro, a parte interessada não fica eximida de observar os prazos prescricionais e decadenciais eventualmente aplicáveis. A estabilização da medida urgente não susta tais prazos.²⁰

19. Sobre o tema, veja-se: Stefan Leible. *Proceso civil alemán*. Medelim: Bib. Jur. Díké/Konrad Adenauer Stiftung, 1999. p. 528.

20. Idêntica advertência é feita pela doutrina italiana, ao tratar da possibilidade de “a todo tempo” promover-se ação de cognição exauriente apta a revogar a tutela urgente estabilizada (ver, por exemplo, Antonio Gerardo Diana. *I provvedimenti del giudice civile*. Padova: Cedam, 2009. p. 321).

11. O QUE SIGNIFICA NÃO “IMPUGNAR” A MEDIDA URGENTE?

Uma dúvida interpretativa que certamente se porá, caso o projeto venha a ser aprovado nos termos hoje conhecidos, concerne à exata configuração do pressuposto para que a tutela urgente preparatória estabilize-se.

O projeto prevê a ausência de “impugnação” da medida urgente pelo réu como pressuposto para a estabilização. Mas o que significa o réu “não impugnar” a medida urgente? Significa não contestar a ação preparatória? Significa não recorrer da decisão que concede liminarmente a tutela de urgência?

O *caput* do art. 281 do PNCPC alude à hipótese de o réu não contestar a ação preparatória, aplicando-lhe o regime da revelia, tal como já o conhecemos. Já a hipótese de estabilização da tutela urgente está prevista no § 2.º desse mesmo artigo. Ali se alude a não “impugnação”. Parece, então, que “não impugnação” não se identifica integralmente com não contestação. Foram estabelecidos regimes jurídicos distintos para uma e outra hipótese. Considere-se a hipótese em que o réu não contesta a ação urgente preparatória, mas agrava da decisão concessiva da liminar. Incidirá o regime jurídico da revelia, mas não a estabilização dos efeitos da medida urgente.

Mas também não parece possível identificar-se pura e simplesmente a falta de “impugnação” com ausência de recurso. Se a intenção fosse condicionar a estabilização dos efeitos à falta de recurso contra a medida urgente, haveria de se empregar diretamente a expressão “não recorrer”. “Impugnação” põe-se como termo mais amplo, destinado a genericamente abranger recurso, medida impugnativa autônoma, pedido de reconsideração ou mesmo qualquer outra insurgência contra a concessão da medida urgente formulada em petição destinada especificamente a tal fim ou no bojo de manifestação mais ampla (na contestação, por exemplo) etc.

12. O ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DA IMPUGNAÇÃO

Terá de ser considerada, ainda, a hipótese de impugnação parcial, sob o aspecto objetivo ou subjetivo. A solução a adotar não deverá divergir daquela aplicável no âmbito dos recursos, da impugnação ao cumprimento de sentença, dos embargos de executado ou dos embargos monitórios.

Havendo litisconsórcio passivo no processo urgente preparatório, a impugnação apresentada por um dos réus aproveitará àqueles que não impugnaram na medida em que os fundamentos apresentados não digam respeito exclusivamente ao impugnante. Vale dizer: fundando-se a impugnação em defesas comuns aos litisconsortes passivos, a tutela urgente também não se

estabilizará em face dos réus que permaneceram inertes. Trata-se da diretriz externada nos arts. 509 e 739-A, § 4.º, do CPC vigente, para os recursos e os embargos de executado, respectivamente. Essas regras aplicam-se analogicamente à impugnação ao cumprimento e aos embargos monitorios. Elas são reiteradas no Projeto de novo Código (respectivamente, arts. 959 e 875, § 4.º, do PLC 8.046/2010).

Por outro lado, quando houver cumulação de comandos concessivos de medidas urgentes, a formulação de impugnação apenas impedirá a estabilização dos efeitos relativos aos capítulos decisórios efetivamente impugnados. Exemplificando: no processo urgente preparatório, deferiram-se liminarmente duas providências antecipatórias independentes entre si. Se o réu impugna apenas uma delas, estabilizam-se os efeitos da outra.

Idêntica diretriz será aplicável às hipóteses em que a providência urgente for quantitativamente decomponível, e o réu impugnar apenas uma fração dela (por exemplo: determina-se o sequestro de cinco bens; o réu impugna a determinação da medida apenas no que tange a três deles). Estabilizar-se-ão os efeitos da parcela não impugnada.

13. O CAMPO DE INCIDÊNCIA DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA SUMÁRIA (NO SUBSTITUTIVO DO SENADO): EXCLUSÃO DAS MEDIDAS INCIDENTAIS E DA TUTELA DA EVIDÊNCIA

Pelo que até agora se propôs no processo legislativo do novo Código, a estabilização não se aplicará às medidas urgentes concedidas em caráter incidental. O mecanismo foi previsto apenas na seção dedicada às medidas requeridas em caráter antecedente. No projeto original, havia regra explicitando tal exclusão (art. 295 da redação original do Projeto – PLS 166/2010). No substitutivo aprovado pelo Senado, suprimiu-se essa disposição expressa. Permaneceu prevista regra que determina a aplicação às medidas incidentais das disposições relativas às medidas requeridas em caráter incidental, *no que couber* (art. 286, parágrafo único, do PNCP). As disposições sobre estabilização dos efeitos da medida antecedente, tal como postas, são incompatíveis com o regime das medidas incidentais. Não se ignora a possibilidade de emprego da técnica da estabilização nas medidas sumárias incidentais – como acontece na Itália, por exemplo (art. 669-*octies, settimo comma*, do CPC italiano,). Mas isso depende de regras específicas que definam parâmetros de estabilização compatíveis com a estrutura e a dinâmica de um processo de cognição exauriente já em curso. Nas discussões que conduziram à produção do substitutivo no Senado,

chegou-se a cogitar de norma nesse sentido.²¹ Porém, o dispositivo sugerido, que era bastante deficiente em sua formulação, foi descartado.

Também não se prevê, no substitutivo, a estabilização da tutela da evidência. Ainda que haja autorização para que essa modalidade seja requerida e concedida também em caráter antecedente (art. 269 do PNCPC), o substitutivo aprovado no Senado alterou o título da seção dedicada às medidas preparatórias, bem como mudou o teor do art. 279 (numeração do substitutivo; art. 286, no Projeto original), para o fim de expressamente limitar a incidência dessas regras às “medidas de urgência requeridas em caráter antecedente”. Isso não deixa de ser paradoxal – conforme veremos a seguir.

14. CRÍTICA E PROPOSIÇÃO

Como indicado, a disciplina prevista no projeto para as medidas urgentes apresenta dois pontos inequivocamente positivos: a unificação de regime para as tutelas antecipatória e cautelar e a possibilidade de que a tutela urgente e a tutela principal sejam pleiteadas e concedidas em um único processo.

Já a proposta de estabilização das medidas urgentes preparatórias merece ressalvas.

Ela parece mais adequada – é bem verdade – do que anterior projeto, já arquivado, que visava instituir a estabilização da tutela antecipada no vigente Código (PLS 186/2005). Na proposta anterior, pretendia-se, por expressa previsão legal, imputar a força de coisa julgada material à medida urgente estabilizada – o que é inviável, pelas razões antes expostas. Além disso, previa-se a estabilização apenas da tutela antecipada preparatória – e não a da tutela cautelar. Isso – no contexto do Código atual, de regimes distintos para a tutela cautelar e a tutela antecipada – acarretaria a multiplicação das disputas acerca da classificação das medidas urgentes: se se tratasse de medida cautelar preparatória, haveria sempre o ônus de o autor promover, em 30 dias, a ação principal; já se a providência tivesse caráter antecipatório, incidiram regras distintas, que transfeririam tal ônus ao réu.

Esses dois defeitos não se apresentam na proposta atual. Mas isso apenas significa que ela é melhor do que o projeto anterior – e não necessariamente que seja recomendável adotá-la.

21. Seria este o teor do dispositivo que acabou rejeitado: “Aplicam-se à medida requerida incidentalmente as disposições relativas à estabilização dos efeitos da medida de urgência não contestada. Havendo contestação, o processo prosseguirá”.

Talvez ela até possa gerar bons resultados. Os mais otimistas apostariam que a simples estabilização de efeitos práticos venha a satisfazer as partes – em casos para os quais a eliminação de uma dúvida objetiva ou a transformação de uma situação jurídica não seja tão importante.

Mas essa aposta fica – e permanecerá – no terreno da simples suposição. Permanecerá sendo simples aposta, palpíte. A absoluta ausência de estatísticas amplas e confiáveis no processo brasileiro impede uma avaliação mais segura. Não se sabe em que medida a técnica monitoria, no procedimento especial que hoje a emprega, tem sido eficiente na eliminação de conflitos. Quantos mandados monitorios não são embargados? Quantos são cumpridos espontaneamente? São frequentes ações autônomas para rediscutir créditos objeto de mandados monitorios não embargados? Todas essas questões precisariam ser objetivamente respondidas, com base em dados estatísticos, para se saber se convém estender a técnica monitoria a outro terreno.

Aliás, contraditoriamente, o motivo apresentado para abolir-se o procedimento especial da ação monitoria é a suposição de sua pouca utilidade prática (contestada por muitos profissionais do foro, em específicas áreas de atuação – conforme pude notar em diversos debates a respeito do tema).

Na Itália, em que o mecanismo da estabilização da tutela de urgência vigora há alguns anos, não há notícias de que ele tenha contribuído substancialmente para a melhora da proteção jurisdicional.

Se não há indicativos seguros de sua vantagem, por outro lado, a estabilização da medida urgente traz consigo possíveis inconvenientes práticos.

Há o risco da proliferação de desnecessários pedidos de tutela urgente preparatória. Na expectativa de obter a estabilização de efeitos em caso de inércia do réu, muitos litigantes tenderão a promover a medida de urgência em caráter preparatório – não porque precisem debelar situação de perigo de dano, mas na esperança de encontrar um atalho para a produção de resultados práticos sem ter de passar pela *via crucis* do processo comum.

Haverá também um maior rigor dos juízes na concessão de medidas urgentes. Existirá sempre a preocupação de se estar emitindo uma decisão que, mais do que atuar provisoriamente na situação de emergência, pode vir a estabilizar-se por tempo indeterminado.

Isso gerará prejuízos a todos os jurisdicionados que efetivamente se depa-ram com uma situação emergencial e precisam, mesmo, de proteção urgente. Afinal, o pedido de tutela urgente “sincero” terá de disputar a atenção e o tempo do juiz com uma multiplicidade de outras demandas que terão em mira apenas o atalho propiciado pela técnica monitoria. Depois, quando o juiz for apreciá-lo, irá fazê-lo, de modo muito mais precavido.

Essa constatação de ordem prática pode ser traduzida em uma crítica teórica.

A estabilização da tutela urgente implica a reunião de institutos e técnicas que têm em mira finalidades distintas. Pretende-se conjugar a função de *afastar perigo de danos* (tutela urgente) com a função de *propiciar rapidamente resultados práticos em caso de inércia do réu* (tutela monitoria).

Note-se que isso não ocorre na atual ação monitoria brasileira nem nos modelos de processo monitorio vigentes em outros ordenamentos. Neles, a urgência não é requisito para a concessão do mandado – mas sim apenas a razoável plausibilidade do direito. Sob esse aspecto é uma “tutela da evidência”, e não da urgência.

O risco da proposta ora examinada é o de enfraquecer as medidas cautelares e antecipadas preparatórias como mecanismos de *tutela urgente*, ao se lhes acoplar a técnica monitoria.

Isso não significa que a técnica monitoria não deva ser empregada. Mas sua adoção seria muito mais razoável se vinculada não à tutela urgente, mas à *tutela da evidência concedida em caráter preparatório*. Aí sim se teria um mecanismo essencialmente monitorio – e até mais eficiente do que a ação monitoria atual, que é incapaz de propiciar efeitos imediatos ao autor em caso de oposição de embargos monitorios pelo réu. No entanto, e como visto, no substitutivo aprovado pelo Senado excluiu-se a possibilidade de a tutela da evidência concedida em caráter antecedente estabilizar-se.²²

O instituto da estabilização da tutela urgente não constava das linhas gerais previamente anunciadas pela comissão de juristas incumbida da elaboração do anteprojeto do novo Código. Bem por isso, não foi um tema submetido à discussão nas audiências públicas que antecederam a apresentação do Projeto. Sua inclusão no projeto, aliás, deveu-se a uma proposta formulada em audiência pública. Até mesmo por isso, o tema exige maior meditação.

Seria preferível inverter-se o regramento proposto no substitutivo do Senado – excluindo-se a estabilização da tutela urgente e instituindo-se a estabilização da tutela da evidência concedida em caráter preparatório. Isso, somado à explicitação da hipótese de tutela da evidência fundada em prova documental

22. Daí a proposição que formulei ao final de minha exposição – e foi aprovada – na XXI Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, em 22.11.2012: “O Projeto do novo CPC deveria contemplar a possibilidade de pleito e obtenção de tutela da evidência em caráter preparatório, apta a ter seus efeitos estabilizados (sem autoridade de coisa julgada material), quando não impugnada pelo réu”.

consistente, nos moldes da atual ação monitória, supriria a lacuna que a extinção desse procedimento especial deixará. Assim: manter-se-ia uma tutela monitória pura, até mais eficaz do que a atual; cumprir-se-ia o escopo de máxima redução possível de procedimentos especiais; não se colocaria em risco a eficiência da tutela urgente.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- *A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no Projeto de CPC, de Humberto Theodoro Júnior e Érico Andrade – RePro 206/13;*
- *Direito em expectativa: as tutelas de urgência e evidência no Projeto de novo Código de Processo Civil breves comentários, de Andrea Carla Barbosa – RePro 194/243; e*
- *Simplificação, autonomia e estabilização das tutelas de urgência análise da proposta do Projeto de novo Código de Processo Civil, de Marcelo Pacheco Machado – RePro 202/233.*