

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

THEÓPHILO AUGUSTO LOYOLA GUIMARÃES NETO

REGIME CAUTELAR NO ARTIGO 273, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL

CURITIBA
2008

THEÓPHILO AUGUSTO LOYOLA GUIMARÃES NETO

REGIME CAUTELAR NO ARTIGO 273, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL

Monografia apresentada como requisito parcial
à conclusão do Curso de Direito, Setor de
Ciências Jurídicas, Universidade Federal do
Paraná

Orientador: Prof. Alcides Munhoz da Cunha

CURITIBA
2008

RESUMO

A existência da antecipação de tutela em regime cautelar é uma realidade no sistema processual brasileiro, que, frente aos demais sistemas encontrados no direito comparado, certamente ocupa posição de destaque como ordenamento de proteção aos direitos, a partir de tutelas diferenciadas aptas a conceder plena eficácia à tutela jurisdicional adequada dos direitos.

Palavras-chave: Tutela cautelar. Antecipação de tutela. Tutelas diferenciadas. Instrumentalismo. Substancialismo. Processo constitucional.

SUMÁRIO

1. Introdução.....	05
2. O sistema do Código de Processo Civil e a tutela jurisdicional dos Direitos.....	07
2.1 O sistema do Código de Processo Civil e o tratamento privilegiado conferido ao processo de conhecimento como padrão de tutela Jurisdicional.....	09
2.2 O processo de conhecimento, através do procedimento ordinário, prevaleceu sobre o processo de execução no sistema do Código de Processo Civil.....	12
2.3 O sistema do Código de Processo Civil e o tratamento conferido à tutela cautelar: um “tertium genus”.....	14
2.4 A visão clássica de jurisdição não permite conceder tutela efetiva aos direitos: necessidade de reforma.....	17
2.5 As reformas operadas no Código de Processo Civil e as perplexidades que desencadearam.....	21
3. Tutelas de urgência: uma alternativa aos males da morosidade do Processo.....	26
3.1 As tutelas de urgência visam afastar distintas situações de perigo.....	30
3.2 A equação segurança x efetividade.....	36
3.3 Duas concepções acerca da tutela cautelar.....	39
4. Regime cautelar no artigo 273, I, do Código de Processo Civil.....	46
4.1 Pressupostos genéricos do “periculum damnum irreparabile” e “fumus boni iuris”.....	53
4.2 A referência à “prova inequívoca da verossimilhança da alegação”.....	55
4.3 Juízos de mera verossimilhança, juízos com presunção de direitos e juízos de certeza jurídica como juízos formais decorrentes do ordenamento processual.....	56
4.4 Discricionariedade na avaliação judicial das situações cauteladas.....	59
4.5 Declaração específica na tutela cautelar.....	60
4.6 O deferimento de medida cautelar ainda que por juiz incompetente.....	61
4.7 Temporariedade como atributo ontológico das medidas cautelares.....	62
4.8 Satisfatividade da medida antecipatória cautelar.....	63
4.9 Irreversibilidade.....	65
5. Conclusão.....	67
6. Referências.....	69

1. Introdução

A atual fase vivenciada pela ciência processual civil caracteriza-se pela consciência de sua instrumentalidade na luta pela efetividade na proteção dos direitos, chamada, pois, fase instrumentalista esse terceiro momento metodológico de seu desenvolvimento.

A conformação constitucional dada à efetividade jurisdicional dos direitos não permite que situações carentes de proteção subsistam no sistema positivo, reclamando, isso sim, tutelas diferenciadas, adequadas para a proteção dos mais variados conflitos encontrados na moderna sociedade de massas, marcada pelo rompimento de fronteiras territoriais, livre circulação de bens e pessoas, rapidez e superficialidade das relações sociais, avanço econômico e globalização.

Em uma realidade como esta, de suma importância destaca-se a compreensão do papel jurisdicional, que evoluiu para dar resposta a diferentes necessidades que não aquelas encontradas em uma outra sociedade, em que as pessoas eram abstratamente tomadas em consideração da generalidade da lei, que valia apenas sob seu aspecto formal.

Faz-se necessário, portanto, que a jurisdição possua todos os instrumentos eficazes para dar plena e efetiva tutela ao direitos, sendo contrária a essa idéia aquela de imparcialidade e neutralidade judicial, que bem poderia ser vista mais como passividade jurisdicional frente às modernas exigências de proteção dos direitos.

Sem dúvida a compreensão e o resgate da tutela jurisdicional cautelar – esquecida por grande parte dos juristas – devem estar presentes nesse momento da ciência processual, inspirando legislações e todos aqueles que, lidando com o direito, possam assumir uma nova postura em conformidade com o anseio de proteção aos direitos sob um prisma substancial trazido à luz pela óptica constitucional.

Não servem mais as concepções tradicionais que viam na atividade do juiz apenas um caminho para a declaração dos direitos, sendo exigido pelos valores constitucionais que se conceda efetiva proteção aos mesmos direitos.

Nesse sentido o advento de tutelas de urgência chega com o elogiável propósito de se atender situações especiais de conflito em uma fração de tempo que

permita que seu *status* seja preservado, isto é, que não apenas as lesões aos direitos possam ser reparadas, mas até mesmo a simples ameaça de lesão possa ser elidida a partir de sua operacionalização pelos juristas.

Algumas reformas realizadas no corpo da sistemática processual brasileira a não muito tempo tiveram a brilhante preocupação de refletir em bom tamanho o contexto que se desenha de exigência por uma tutela jurisdicional realmente efetiva e adequada para a proteção dos direitos pelo ordenamento jurídico.

A título de exemplo, tome-se em conta a “antecipação de tutela” inserida no próprio processo de conhecimento com base na redação do artigo 273 do Código de Processo Civil.

No presente estudo passa-se à consideração dessa antecipação sob um aspecto muito peculiar, respectivo ao regime da cautelaridade encontrado nesse dispositivo processual.

2. O sistema do Código de Processo Civil e a tutela jurisdicional dos direitos

O sistema processual¹, hoje, deve possuir cláusulas gerais, abertas, para a adequada proteção dos direitos, a exemplo daquela do artigo 273 do Código de Processo Civil pátrio, que permite a concessão de “tutela antecipada” em distintas situações, observando diversos regimes jurídicos.

Isso decorre de disposição constitucional inserida no artigo 5.º, XXXV, da Carta Maior, segundo a qual *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. Essa disposição, também conhecida como princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, é a garantia de que os direitos serão preservados antes mesmo de sua violação, configurando-se no *direito fundamental à efetiva tutela jurisdicional*, como bem a define o professor LUIZ GUILHERME MARINONI.²

Lembre-se, ainda, conforme MARINONI, que tal direito fundamental “incide sobre o legislador e o juiz, ou seja, sobre a estruturação legal do processo e sobre a conformação dessa estrutura pela jurisdição”.³

Isso significa que o legislador deve criar procedimentos e técnicas processuais aptas a permitir a realização das tutelas prometidas pelo direito material e, igualmente, pelos direitos fundamentais materiais, mas que não puderam ser

1 Para NELSON NERY JUNIOR, “o direito processual se compõe de um sistema uniforme, que lhe dá homogeneidade, de sorte a facilitar a sua compreensão e aplicação para a solução das ameaças e lesões a direito” (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed., São Paulo: RT, 2004, p. 26).

2 Segundo MARINONI, os direitos fundamentais podem ser visualizados nos sentidos *material* e *formal*. “Nesse último sentido, pensa-se nos direitos fundamentais catalogados sob o Título II da CF, embaixo da rubrica 'Dos direitos e garantias fundamentais’” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado constitucional*. Artigo indicado pelo professor Marinoni como leitura para acompanhamento das aulas da disciplina Direito Processual Civil A, na Universidade Federal do Paraná, em 2005, p. 38. Editado atualmente em *Teoria geral do processo*, L. G. Marinoni, RT). Ainda, esse posicionamento atento aos direitos e garantias fundamentais do professor titular de Direito Processual Civil LUIZ GUILHERME MARINONI mereceu elogios de outro mestre da Faculdade de Direito da UFPR, professor ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA: “O jovem e talentoso processualista paranaense LUIZ GUILHERME MARINONI, desde a primeira obra que publicou, *Tutela cautelar e tutela antecipada*, tem insistido na insuficiência dos padrões técnicos do direito processual positivo e, invocando e conjugando os princípios constitucionais da inafastabilidade (art. 5.º XXXV da CF) e do devido processo legal (art. 5.º, LIV, da CF), tem apregoado, em sintonia com outros tantos processualistas do porte de ADA PELLEGRINI GRINOVER, ARRUDA ALVIM, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, CÂNDIDO DINAMARCO, KAZUO WATANABE, TEORI ALBINO ZAVASKI e SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, que estas garantias não se limitam a assegurar o direito de ação e de defesa, mas que se dinamizam para assegurar a cada cidadão o direito à adequada tutela jurisdicional” (CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 172-173).

3 MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado constitucional*, p. 80.

obtidas à distância da jurisdição.⁴

Mas nem sempre foi essa a visão que orientou a perspectiva de proteção dos direitos.

À época do chamado Estado Liberal de Direito, na Europa continental, o que havia era a supremacia da lei – por isso também chamado Estado legislativo⁵ –, em que a *legalidade* era entendida apenas sob seu aspecto *formal*, ou seja, sob o aspecto de sua consonância com a autoridade que a emanasse.

A sociedade burguesa da Europa continental, dessa forma, buscava eliminar da sociedade toda e qualquer interferência Estatal em sua liberdade, porém o que acabou por acontecer foi a substituição do Antigo Regime absolutista pelo absolutismo da Assembléia Parlamentar.⁶ Segundo MARINONI, servindo-se de observação de LUIGI FERRAJOLI, nessa óptica a juridicidade da norma estava descomprometida com sua justiça intrínseca, importando tão-somente se fora concebida por uma autoridade competente e segundo um procedimento regular.⁷

Nesse contexto, de evidente supremacia do Legislativo perante os poderes Executivo e Judiciário, é que ao juiz caberia apenas pronunciar as palavras da lei, como forma de preservação da liberdade da sociedade, ou, como queria MONTESQUIEU, o juiz deveria apenas ser a “boca da lei”.⁸

Durante esse mesmo período forjaram-se as teorias clássicas da jurisdição de CHIOVENDA e CARNELUTTI. Para se verificar sua consonância com o momento histórico em que vieram à tona, basta a afirmativa de MARINONI de que “as duas

4 MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado constitucional*, p. 80. E complementa: “Nesse sentido se pode pensar, por exemplo nos procedimentos que restringem a produção de determinadas provas ou a decisão de determinadas questões, nos procedimentos dirigidos a proteger os direitos transindividuais, na técnica antecipatória e nas sentenças e meios de execução diferenciados. Na mesma dimensão devem ser visualizados os procedimentos destinados a permitir a facilitação do acesso ao Poder Judiciário das pessoas menos favorecidas economicamente, com a dispensa de advogado, custas processuais etc”, p. 80.

5 “Antes do Estado legislativo, ou do advento do princípio da legalidade, o direito não decorria da lei, mas sim da jurisprudência e das teses dos doutores, e em razão disso existia uma grande pluralidade de fontes procedentes de instituições não só diversas, mas também concorrentes, como o império, a igreja etc. A criação do Estado legislativo, portanto, implicou na transformação das concepções de direito e de jurisdição. A transformação operada pelo Estado legislativo teve a intenção de conter os abusos da administração e da jurisdição e, assim, obviamente não se está dizendo que o sistema anterior ao do Estado legislativo era melhor. Não há dúvida de que a supremacia da lei sobre o judiciário teve o mérito de conter as arbitrariedades de um corpo de juízes imoral e corrupto. O problema é que, como o direito foi resumido à lei e a sua validade conectada exclusivamente com a autoridade da fonte da sua produção, restou impossível controlar os abusos da legislação” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado constitucional*, p. 5).

6 MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado constitucional*, p. 3 e ss.

7 MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado constitucional*, p. 4.

8 MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado constitucional*, p. 30.

teorias estão igualmente subordinadas ao princípio da supremacia da lei.⁹

Atualmente, nos moldes do Estado Constitucional contemporâneo, sabe-se que ao juiz cabe mais que simplesmente pronunciar as palavras da lei¹⁰, sendo oportuna a observação de MARINONI, de que hoje a lei submete-se às normas constitucionais, devendo ser conformada pelos princípios constitucionais de justiça e pelos direitos fundamentais.¹¹

Ver-se-á, mais adiante, que esse “novo” papel jurisdicional assume, deveras, importância significativa, mormente quando se tratar de conflitos de princípios, que deverão ser balanceados segundo um juízo de proporcionalidade.

Todavia, apesar da superação das teorias clássicas da jurisdição de CHIOVENDA e CARNELUTTI, que não mais se afinam à realidade do moderno Estado Constitucional, certamente elas contribuíram para a formação do direito processual civil como ciência, influenciando na construção de ordenamentos de qual o Código de Processo Civil brasileiro certamente é exemplo, como se verá adiante.

2.1 O sistema do Código de Processo Civil e o tratamento privilegiado conferido ao processo de conhecimento como padrão de tutela jurisdicional

Principie-se a abordagem do tratamento privilegiado conferido pelo sistema do Código de Processo Civil brasileiro ao processo de conhecimento como padrão de tutela jurisdicional com a sábia advertência do professor ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA, de jamais perder de vista o dado de que a dogmática jurídica tradicional é a referência para se compreender o sistema processual brasileiro, que a recepcionou,

9 MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado constitucional*, p. 62. “As duas teorias, vistas nessa perspectiva, variam apenas porque em uma o juiz declara a norma geral sem produzir uma norma individual, e na outra o juiz cria uma norma individual com base na norma geral declarada na sua fundamentação (da sentença)”, p. 62.

10 OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA também assinalou essa circunstância, da seguinte forma: “Imagina-se que os juízos de certeza exigidos do julgador pelo Processo de Conhecimento (ordinário) sejam a fórmula capaz de clarificar, através de um ato de pura *inteligência*, a *vontade* do legislador, confirmando o pressuposto de que o juiz é tão somente a *boca que pronuncia as palavras da lei*, ou como disse Chiovenda, o juiz *atua a vontade concreta da lei* (*Instituições*, cit., I, p. 42), nunca sua própria vontade’ (SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 198” (*Apud* CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 122, nota 10).

11 MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado constitucional*, p. 65. Ainda: “É correto dizer, aliás, que uma das mais importantes características do constitucionalismo contemporâneo está na definição normativo-constitucional de princípios materiais de justiça, cuja função é iluminar a compreensão do ordenamento jurídico”, p. 65.

havendo-se, dessa forma, que se retomar os fundamentos da dogmática jurídica.¹²

Segundo ilustra o eminente professor da Universidade Federal do Paraná, quando iniciou a fase científica do processo, predominava a opinião de que a jurisdição se adscreveria apenas à função cognitiva, exaurindo-se com a sentença definidora das controvérsias ou conflitos, em sintonia com a locução *jurisdictio in sola notione consistit*, representativa da concepção formada no direito comum e incorporada então pela doutrina italiana e francesa.¹³

Viu-se, acima, como a atividade jurisdicional, consoante as teorias clássicas de CHIOVENDA e CARNELUTTI, era vislumbrada nesse sentido de mero meio para a declaração das palavras da lei, ou seja, em um ambiente em que a supremacia da lei era tida apenas sob seu prisma formal, caberia ao juiz tão-somente figurar como a “boca da lei”.

Ainda, “preocupou-se a dogmática tradicional em isolar a função cognitiva da função executiva, idealizando os chamados processos de conhecimento e de execução”.¹⁴

De grande valia, pois, para a presente abordagem a constatação do professor ALCIDES, de que praticamente foi sobre o processo de conhecimento ideal, ordinarizado, que se desenvolveu a teoria do processo civil, com a formulação de seus princípios capitais, como os do contraditório ou da ampla defesa, do devido processo legal, do duplo grau de jurisdição, com a identificação e classificação dos pressupostos processuais, das condições da ação, com a criação de institutos como o do litisconsórcio e da intervenção de terceiros, cujas noções ficaram na penumbra em relação à função executiva, relegada a outro organismo processual, a outro processo.¹⁵

Pois o processo nasce, como visto, com base elitista, segundo a estrutura do Estado Liberal de Direito, que não admitia interferências do poder público na liberdade da sociedade. Isso significa que sua preocupação inicial era apenas e tão-somente a de proteger o patrimônio dos ricos, e não a de conferir adequada tutela

12 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 74. Ainda, para o professor ALCIDES, “o primeiro destes fundamentos diz respeito ao conceito de jurisdição”, p. 74.

13 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 78.

14 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 79-80.

15 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 79.

dos direitos.

A função jurisdicional cognitiva tinha por escopo somente a declaração do direito em conflito (*notio*)¹⁶, e nada mais. A tarefa de efetivar o direito declarado, viu-se, fora relegada a um outro organismo processual, separado da função de conhecimento, o processo de execução. Tal separação de funções em declarativa e executiva corresponde ao *dogma da ordinarização*.¹⁷

Essa realidade, que não escapou à melhor doutrina, é lembrada por OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, para quem se destaca a indiscutível superioridade do Procedimento Ordinário, na medida em que a *ordinariedade* permite a *plenariedade* da demanda judicial, de modo a que o processo civil atenda às exigências e valores do individualismo liberal do século XIX, a saber, o respeito quase sagrado à liberdade individual do demandado, a quem se deveria assegurar ampla e exauriente defesa; e a segurança total do vencedor contra quaisquer investidas futuras do vencido, representada pela intocabilidade da coisa julgada, abrangente tanto quanto possível de todas as questões litigiosas que apenas as demandas plenárias (não sumárias sob o ponto de vista material) podem proporcionar.¹⁸

“Nascido quando já estava suficientemente maduro, senão exaurido o pensamento dogmático tradicional, o Código de Processo Civil de 1973 cristalizou todas as premissas metodológicas que notabilizaram esta fase de consolidação da

16 Com efeito, ensina o professor ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA, a *notio* “exige do juiz, prevalentemente, uma atividade de natureza intelectual, lógica, para declarar quem tem razão” (CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 80).

17 Deveras, consoante ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA, o dogma da ordinarização é “pertinente ao isolamento das funções processuais no âmbito do procedimento comum” (CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 51).

18 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 7. E trata, ainda, mais adiante, acerca do relacionamento entre liberalismo e jurisdição, da seguinte forma: “É certo que, para que chegássemos a este resultado, muito contribuíram as idéias liberais, originárias dos filósofos do século XVII, determinantes da Revolução Francesa. Esta relação entre o liberalismo e a organização judiciária foi tratada, com penetrante lucidez, por um dos mais eminentes historiadores do direito moderno, nesta passagem: 'O próprio Estado de direito burguês respondia à relação entre Estado e sociedade com uma restrição do poder político no domínio da ordem jurídica civil. Esta restrição de poder significou necessariamente uma recusa de poder ao juiz: *pouvoir neutre, pouvoir nulle*. Ao vincular o juiz a princípios científicos estabelecidos, comprováveis e aprovados pela opinião pública, o Estado de direito desviava também do domínio da jurisprudência os interesses sociais e econômicos contraditórios da sociedade liberal, sociedade cujo princípio de funcionamento é a contraposição regulada de interesses' (Franz Wieacker, *História do Direito Privado Moderno*, trad. port. da 2ª edição alemã, p. 520). Explicam-se, assim, as razões ideológicas profundas que determinaram a concepção teórica do denominado 'Processo de Conhecimento', onde, como diz Liebman, o juiz jamais poderá emitir ordens dirigidas aos litigantes”, p. 36.

ciência do direito processual civil”.¹⁹

Segundo ALCIDES, esse novo Código, como destacou DINAMARCO, representou um passo gigante no que diz respeito à técnica processual, à adoção de conceitos modernos, à correta estruturação dos institutos; inobstante isso, o *Código Buzaid* representou ainda o retrato do pensamento jurídico-processual tradicional.²⁰

Assim, tem-se que o “processo ordinarizado de cognição se compraz com o *iuris dictio*, com o ato sentencial que enuncia o direito aplicável ao caso concreto”.²¹ Não havia, repita-se, nenhuma preocupação com a efetivação dos direitos declarados, pois o juiz somente poderia pronunciar a letra da lei.

De modo que, assim como a teoria geral do processo empregou dignidade, inicialmente, apenas à tutela de conhecimento (*iuris dictio*), nosso Código de Processo Civil, dada a sua origem, banhou-se na mesma fonte, dedicando lugar privilegiado ao padrão de tutela do procedimento ordinário em seu Livro I – Do processo de conhecimento, pois obra do pensamento da dogmática tradicional.

2.2 O processo de conhecimento, através do procedimento ordinarizado, prevaleceu sobre o processo de execução no sistema do Código de Processo Civil

Para os clássicos, a exemplo de CHIOVENDA e CARNELUTTI, o papel jurisdicional se esgotaria na simples declaração dos direitos, mera atividade intelectual de declaração.

“O processo de conhecimento deveria averiguar a existência do direito afirmado pelo autor – ou descobrir a verdade – para que então o juiz pudesse proferir a sentença, declarando – ou não – a existência do direito. A execução somente poderia ter início depois de declarado o direito do autor”.²²

Em outras palavras, a invasão da esfera patrimonial do réu apenas seria admitida após esgotado o amplo debate em contraditório entre as partes, em cognição exauriente de todos os fatos e controvérsias, após a atividade intelectual

19 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 120.

20 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 120.

21 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 123.

22 ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 211-212.

do juiz desenvolvida através do processo cognitivo ordinarizado haver *declarado* quem possuía razão. Decorre dessa exigência o princípio da *nulla executio sine titulo*.²³ Para ALCIDES, esse princípio representa a máxima da ordinarização.²⁴

“As medidas de execução, notadamente de execução forçada, desempenhadas inclusive por funcionários públicos da justiça que não o juiz, eram consideradas mero exercício de império, atividade administrativa”.²⁵

Vislumbra-se, dessa forma, a total prevalência da atividade jurisdicional intelectual, de declaração dos direitos, também sobre a atividade de realização desses direitos, a atividade jurisdicional executiva, que, em um primeiro momento, foi tida como mera atividade administrativa, ou seja, fora dos quadros da atividade estatal da jurisdição.

Vale dizer, ao juiz, que devia atuar apenas como a “boca da lei”, nada mais importava a não ser a declaração dela, não havendo o compromisso jurisdicional com a efetiva realização dos direitos, bsatando sua afirmação.

Daí a afirmação de ALCIDES, de que a função cognitiva, de declaração dos direitos a partir de uma simples atividade intelectual, foi por muito tempo a mais conhecida, senão a única conhecida, a ponto de a expressão *iuris dictio*, que supõe o ato de julgar, próprio da função cognitiva, generalizar-se para designar a jurisdição enquanto uma das funções do Estado, que compreende, por certo, outras

23 “O princípio da *nulla executio sine titulo* é correlativo à ideologia que promoveu, segundo ensina OVIDIO BAPTISTA DA SILVA, a universalização do procedimento ordinário como regra geral, ou seja, a chamada ordinarização, que não admite atos de execução antes de plenamente certificado o direito na atividade cognitiva, dita exauriente, com oportunidades de amplo contraditório. A propósito, didaticamente, explica o autor: 'Resumindo, o procedimento só é ordinário porque – ao seguir-se a ordem natural dos juízos (*ordo iudiciorum privatorum*) – riscam-se dele todas as decisões liminares, por meio das quais poderia o magistrado antecipar-lhes, como acontece, por exemplo, com as liminares nos processos interditaes, o resultado final da provável sentença de procedência. A inserção de uma liminar transformaria, por si, o procedimento ordinário em especial' (*Curso de processo civil*, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1, p. 121)” (CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 85, nota 36). Ainda, veja-se o magistério dos eminentes professores LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, que destacam que “em razão da influência das filosofias liberais do século XIX, também é fácil associar a regra da *nulla executio sine titulo* com a 'neutralidade do juiz', sabido que esse deveria se comportar como mero aplicador da lei, submetido que era ao princípio da supremacia do legislativo. Ora, se o juiz deve ser neutro, não há como deixá-lo aplicar a lei duas vezes, uma antes de produzida as provas e outra ao término do processo” (ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Execução*. São Paulo: RT, 2007 (*Curso de Processo Civil*, v. 3), p. 25).

24 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 85.

25 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 78.

manifestações além da tutela cognitiva.²⁶ E, completa o mestre: tudo isto se adequa com a constatação de que o maior prestígio foi conferido à função de conhecimento, sendo a função executiva, de atividades materiais de realização dos direitos, historicamente desprezada.²⁷

Repise-se, então, o ensinamento do professor ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA, já referido, de que a teoria geral do processo foi erigida com base no arcabouço do processo de conhecimento. Isso é evidenciável de pronto ao abrirmos o Código de Processo Civil e constataremos o destaque conferido ao processo de conhecimento do Livro I em comparação com a matéria reservada ao Livro II – Do processo de execução, demonstrando que, de fato, nossa sistematização processual recebeu a influência das concepções clássicas que viam na atividade de conhecimento a única manifestação do poder jurisdicional, cindindo duas funções jurisdicionais em homenagem a uma ordinarização extremada.

Isso levou OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, sem dúvida um dos maiores nomes nacionais da ciência processual, a refletir que, se nos fosse lícito cotejar a herança recebida do Direito Romano pelo direito continental europeu, através do Direito Canônico, e pelo sistema da *common law*, diríamos que os ingleses conceberam seus juízes à imagem do *praetor*, enquanto o sistema do Direito Civil fê-los segundo as feições do *iudex*, que não passava de um simples cidadão romano, investido nas funções de julgador, porém tolhido de qualquer poder de império, de que apenas o *praetor* desfrutava.²⁸

A cognição, pois, através do procedimento ordinarizado, igualmente prevaleceu sobre o processo de execução na sistemática do Código de Processo Civil.

2.3 O sistema do Código de Processo Civil e o tratamento conferido à tutela cautelar: um “*tertium genus*”

GALENO LACERDA, discorrendo sobre o Livro III do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, elogiou sua sistemática, apontando representar notável

26 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 78-79.

27 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 79.

28 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 35.

progresso em comparação com o Código anterior de 1939.²⁹ Para o processualista gaúcho, o novo Código estabeleceu “método e sistema, ausentes naquele”.³⁰

OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, seu conterrâneo, no entanto, não compartilhou de igual pensamento. Para ele, a “*comissão* feita pelo legislador, no Livro III do Código gera mais problemas hermenêuticos do que resultados. O premeditado menosprezo por qualquer critério lógico de classificação por certo não pode provocar elogios, além de suscitar inconvenientes práticos de extrema gravidade”.³¹

Antes, porém, que pareça que se tratará, aqui, acerca de alguma polêmica entre os dois professores da UFRGS sobre o Livro III do Código de Processo Civil, o que absolutamente não se encaixa na temática deste estudo, vejamos as semelhanças entre os dois diplomas na análise de outro especialista no assunto.

Para o professor ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA, o Código de 1939 já reservava realmente à tutela cautelar um tratamento similar ao do atual diploma. Se aquele já enfatizava a acessoriedade dessa tutela, este não a dispensou, pois pressupôs a dependência do processo cautelar ao principal. Tanto um quanto o outro previram a possibilidade de concessão de medida liminar cautelar *inaldita altera parte*; um e outro elencaram no rol das medidas cautelares providências meramente conservativas, como, *v.g.*, o arresto ou o seqüestro, bem como providências cautelares antecipatórias, satisfativas de um interesse material face ao *fumus* e ao *periculum damnum irreparabile* em cada situação cautelanda, como ocorre, *v.g.*, com os alimentos provisionais, que exige avaliação da plausibilidade do estado de perigo emergencial e da adequação do interesse à situação descrita; um e outro previram o poder geral cautelar, que autoriza a concessão de medidas inominadas ou atípicas, um e outro previram procedimentos sumários e unificados para imprimir eficácia à tutela cautelar.³²

Porém, consoante ALCIDES, o mérito de GALENO LACERDA foi o de sintetizar o pensamento da grande maioria dos processualistas brasileiros, não

29 LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. vol. VIII, t. I, p. 5.

30 LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. vol. VIII, t. I, p. 5.

31 *Apud* CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 131-132, nota 30.

32 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 131-132.

hesitando em asseverar que um dos aspectos que singularizava o Código atual, com o vigente em outros países, de maior tradição jurídica, foi o destaque conferido ao processo cautelar, estabelecido no mesmo plano dos processos de conhecimento e de execução.³³

Isso deveu-se ao fato de nosso Código de Processo Civil atual haver elegido como eixo de sua concepção estrutural o *critério funcional*, que separou e distribuiu as diferentes funções jurisdicionais de cognição, execução e cautela nas matérias de seus três primeiros livros.³⁴

Assim, pode-se afirmar, com ALCIDES, que o “critério funcional, fincado no isolamento das funções processuais, iluminou homoganeamente a sistematização dos Livros I, II e III do novo Código de Processo Civil de 1973”.³⁵

Assim, a tutela de urgência sistematizada no Livro III do Código de Processo Civil – Do processo cautelar é tida como um terceiro gênero (*tertium genus*), pois distinta da tutela cognitiva e da tutela executiva.

Vale ressaltar, a tutela cautelar não tem por fim a declaração (*iuris dictio*), nem as atividades materiais de execução; seu peculiar escopo será objeto de reflexão em ponto próprio, bastando, agora, afirmar que, assim como a função executiva jurisdicional foi praticamente desprezada pela dogmática do pensamento tradicional, que na fase científica da ciência processual apenas estruturou suas

33 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 133. São as palavras de GALENO LACERDA: “Idêntico tratamento não se encontra em codificações apontadas como fontes de inspiração de nossos últimos Códigos de Processo Civil, como a alemã, austríaca, a portuguesa e a italiana” (*Apud* CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 133).

34 “A Exposição de Motivos do novo Código já anunciava que a concepção estrutural do novo diploma processual atendia ao critério funcional, que permitia identificar e isolar três funções no âmbito da jurisdição: ‘A matéria dos três primeiros livros corresponde à função de conhecimento, de execução e cautelar. A dogmática do processo cautelar moderno sanciona esta classificação. O processo cautelar foi regulado no Livro III, porque é um *tertium genus*, que contém a um tempo as funções de processo de conhecimento e de execução. O seu fim específico é a prevenção” (CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 121). Em sentido próximo, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA: “A sugestão de que o Processo Cautelar deveria corresponder a um *tertium genus*, ao lado da cognição e da execução (Chiovenda, *Instituições*, vol. 1º, nº 10; Wach, *La Pretensión de Declaración*, trad. arg., 1962, p. 42; Calamandrei, *Introducción*, p. 35), decorre diretamente do modo como a doutrina concebeu o processo declarativo que, além de sujeitar-se rigidamente ao *princípio dispositivo*, ainda universalizou a *ordinariedade*, ao consagrar a exclusividade da ação condenatória, transferindo para um processo autônomo posterior todas as formas de tutela executória. Ora, como é sabido, a quebra da *ordinariedade* somente poderia dar-se com as ações que contivessem em sua estrutura eficaz, simultaneamente, cognição e atividade *lato sensu* executiva” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 37).

35 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 133.

premissas com base no procedimento padrão da tutela cognitiva exercida por meio do processo de conhecimento ordinarizado, a tutela cautelar igualmente foi maltratada pelos clássicos.

2.4 A visão clássica de jurisdição não permite conceder tutela efetiva aos direitos: necessidade de reforma

A antiga tese defendida pelos clássicos de que à jurisdição caberia somente a declaração da lei (*iuris dictio*) através de uma atividade puramente intelectual (*notio*), livre de qualquer preocupação com a realização dos direitos no plano material (*imperium*), como visto, poderia servir para justificar o papel jurisdicional à época do Estado Liberal ou legislativo, em que a interferência judicial na esfera dos particulares era vista com olhos enviesados, como a proximidade de um inimigo pondo em risco a segurança e a liberdade da sociedade, mas não para explicar a jurisdição no Estado Constitucional.³⁶

Deveras, numa sociedade como aquela encontrada na Europa continental ao tempo do liberalismo, na qual vigorava a máxima do *laissez-faire*, pouco importaria a existência de uma prestação jurisdicional morosa, de alto custo, que não admitisse em seus quadros atividades de execução, sabendo-se que, nessa época, os direitos assumiam expressão patrimonial, bastando, no caso de sua violação, a tutela ressarcitória pelo equivalente.³⁷

Obviamente, um processo idealizado àquele tempo não poderia jamais ser aplicado nos dias atuais, dada a complexidade das relações sociais modernas, que reclamam tutelas diferenciadas, aptas a dar efetiva proteção a uma série de direitos, como, *v.g.*, o direito ao meio ambiente, sem que, com sua natural delonga e redução à expressão pecuniária acabasse por negar tutela a esses mesmos direitos.

Nesse sentido, é oportuna a afirmação de LUIZ GUILHERME MARINONI, de que, hoje, “o procedimento ordinário clássico ou o processo de conhecimento tal como concebido pela doutrina chiovendiana, expressaria evidente

36 “Hoje o Estado não pode mais ser visto como 'inimigo', como acontecia à época do Estado liberal, pois tem a incumbência de projetar uma sociedade mais justa, regulando as atividades dos próprios particulares” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado constitucional*, p. 48).

37 “Na época do Estado liberal, às situações substanciais era conferido conteúdo patrimonial e, assim, o valor do dano podia ser medido em dinheiro, bastando a tutela ressarcitória pelo equivalente” (ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Execução*. São Paulo: RT, 2007 (*Curso de Processo Civil*, v. 3), p. 33).

inconstitucionalidade”.³⁸

Inobstante este aviso, sabe-se, é exatamente esse o processo utilizado como padrão para dar tutela jurisdicional aos direitos na sistemática de nosso Código de Processo Civil. Um processo estritamente individualizado, patrimonialista, completamente incapaz de zelar, por exemplo, pelos “direitos coletivos”.

Portanto, em que pese todo esforço legislativo que culminou com a sua edição, *o Código já nasceu velho*, pois ineficaz para proteger os novos direitos caracterizadores das necessidades contemporâneas da sociedade de massas.³⁹

Assim, conforme evidencia ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA, “as transformações sociais das duas últimas décadas, prenunciando a era da globalização, da sociedade de massas e de consumo, provocaram a chamada *crise de segurança* no plano processual”.⁴⁰

Houve a tomada de consciência de que as garantias formais que o ordenamento podia oferecer com os padrões de tutela jurisdicional dos direitos subjetivos não mais podiam satisfazer aos consumidores dos serviços jurisdicionais, que necessitavam de tutela mais célere, diferenciada daqueles padrões e, ao mesmo tempo, com maior segurança jurídica.⁴¹

38 MARINONI, Luiz Guilherme. *A ação no Estado constitucional*, artigo indicado pelo professor Marinoni como leitura para acompanhamento das aulas da disciplina Direito Processual Civil A, na Universidade Federal do Paraná, em 2005, p. 45. Editado atualmente em *Teoria geral do processo*, L. G. Marinoni, RT.

39 Segundo o professor ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA, “o Código já nasceu velho, pois nos anos 70 deste século já se esboçavam e se dinamizavam as transformações sociais caracterizadoras de uma sociedade de massas, que em face do progressivo desenvolvimento dos meios de comunicação e dos meios de transporte passou a interagir intensamente, tomando consciência do fenômeno coletivo, da globalização, da titularidade substancial de direitos e novos direitos, instando o Estado providencialista a assegurar uma tutela jurisdicional mais adequada, mais rápida, mais efetiva e mais abrangente para a solução dos crescentes, inovadores e multifários conflitos que se amontoavam em demandas pelo procedimento ordinário ou comum do processo de conhecimento, perante os órgãos do judiciário insuficientes e precariamente estruturados” (CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 141).

40 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 31. E adverte o mestre: “E o fenômeno da crise do processo e da crise da segurança ainda estará subestimado, se for levado em conta que muitas, senão a maior parte das pessoas comuns, encontram-se em um estado de *marginalização jurídica*, o que pressupõe marginalização social, sem aptidão sequer para reconhecer um direito e propor uma ação em defesa de seus interesses; outros tantos, se é que têm discernimento suficiente para identificar seus próprios direitos, não possuem recursos financeiros para enfrentar os custos de um processo, ficando igualmente marginalizados do Direito enquanto o poder público não dinamiza os mecanismos para uma efetiva assistência judiciária ou acesso à justiça. A falta de regulamentação de uma defensoria pública eficiente e permanente, as grandes filas que emperram os juizados especiais, as pilhas e pilhas de autos que atravancam os cartórios exigem uma revisão estrutural da organização judiciária e o constante aprimoramento profissional dos juízes”, p. 150.

41 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT,

“Nesse contexto é que surgiu o movimento instrumentalista, ao qual se engajaram os processualistas brasileiros, seguindo a linha do pensamento revitalizador de MAURO CAPPELLETTI, que desencadeou esse movimento em um plano intercontinental”.⁴²

Vale dizer, chegou-se à conclusão da “necessidade de que o processo realmente seja repensado para, dentro da nova realidade da sociedade de massa, cumprir com sua função, já celebrizada por Chiovenda de há muito, de dar a quem tem um direito, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter”.⁴³

O processo passa a ser visto como instrumento a favor da adequada proteção dos direitos, devendo, para tanto, serem idealizadas tutelas diferenciadas, aptas a darem a proteção prometida pelo direito material, mormente pelos direitos fundamentais.⁴⁴

Buscam-se, portanto, formas alternativas de tutela dos direitos ao moroso processo de conhecimento, ordinarizado, que não pode mais dar solução eficaz às distintas necessidades de direito substancial encontradas na moderna sociedade de massas.

Vivemos hoje, com efeito, um novo momento do “direito processual, que pressupõe precisamente, enquanto ciência, um conjunto ordenado, sistêmico, de princípios e normas para o fim de resolver conflitos em conformidade com o direito material, do qual é instrumento”.⁴⁵

Trata-se do “terceiro momento metodológico do direito processual, caracterizado pela consciência da instrumentalidade. É a fase instrumentalista que já se anuncia e inspira a onda reformista do Código de Processo Civil”.⁴⁶

Com a conscientização de que o processo deve ser o instrumento disposto à efetiva proteção dos direitos, passou ao centro da reflexão dos processualistas a idéia disseminada por MAURO CAPPELLETTI, de que o acesso à justiça é o mais

2000. vol. 11, p. 31.

42 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 31.

43 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: RT, 1994, p. 10-11.

44 “As tutelas diferenciadas, em verdade, devem situar-se como contrapartida ao direito à adequada tutela jurisdicional, que representa, numa análise mais perceptível da realidade, concretização do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, hoje albergado no art. 5.º, XXXV, da C.F.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: RT, 1994, p. 20).

45 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 63.

46 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 73.

fundamental dos direitos do homem.⁴⁷

Defende-se, pois, a assunção de uma *postura ética* tanto do aplicador do direito como do próprio Estado, que não mais poderá se beneficiar da morosidade do processo em proveito próprio, devendo, isso sim, instituir tutelas realmente adequadas para a devida proteção de toda situação conflitiva ameaçada.⁴⁸

A crise de segurança no âmbito processual requer uma nova concepção de sua finalidade como busca incessante pela proteção aos direitos, e é nessa perspectiva que ocorreram as necessárias reformas ao Código de Processo Civil brasileiro, almejando dar efetividade à tutela prometida nas leis, mormente aos direitos fundamentais cristalizados pela Constituição Federal, em sintonia com o terceiro momento metodológico da ciência processual, marcada pela consciência de sua instrumentalidade.⁴⁹

47 Segundo MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH: “À medida que as sociedades do *laissez-faire* cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir do momento que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter cada vez mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletidas nas 'declarações de direitos', típicas dos séculos XVIII e XIX. O movimento fez-se no sentido de reconhecer os *direitos e deveres sociais* dos governos, comunidades, associações e indivíduos. Esses novos direitos humanos, exemplificados pelo preâmbulo da Constituição francesa de 1946, são, antes de tudo, os necessários para tornar *efetivos; quer dizer, realmente acessíveis a todos*, os direitos proclamados. Entre esses direitos, garantidos nas modernas constituições, estão os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação. Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos básicos. Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico de todos os direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário, que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos' (CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 10-12)” (Apud CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 141-142, nota 1).

48 O professor LUIZ GUILHERME MARINONI foi uma das vozes que advogou nesta causa: “A postura da neutralidade deve ser substituída pela postura da aplicação ética do direito.” (Apud CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p.154-155). No mesmo sentido, CLITO FORNACIARI JUNIOR: “(...) é fundamental que o Estado assuma uma postura ética e não continue a tirar proveito da demora da sua justiça o que lhe permite rolar indefinidamente sua dívida passiva, desinteressando-se da ativa, pois sabe que ela pouco representa no confronto das contas (...)” (Apud CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 156-158, 37).

49 “Este novo modo de pensar, compreender e aplicar o direito corresponde à fase instrumentalista do processo, à preocupação com a efetividade do direito processual. Corresponde à terceira fase da evolução do processo, que se seguiu às fases de autonomia e mais remotamente à fase do sincretismo. Esta fase instrumentalista, à qual vêm se engajando os processualistas mais notáveis, nos planos nacional e internacional, vem sendo marcada pelas chamadas ondas renovatórias, que buscam o revigoramento do direito processual positivo. A primeira onda

2.5 As reformas operadas no Código de Processo Civil e as perplexidades que desencadearam

Para se ter um idéia das alterações havidas na sistemática processual brasileira a partir das *reformas* que esta viveu, não podemos perder de vista essa nova perspectiva de preocupação com a instrumentalidade do processo como o veículo que é para a adequada proteção dos direitos, vislumbrada mesmo como o próprio *despertar do processualista*.⁵⁰

“A nova proposta dos processualistas é a de se imprimir uma ideologia substancialista, de origem constitucional, aos princípios basilares já enunciados enfaticamente por CHIOVENDA, como o princípio da máxima instrumentalidade do processo e o princípio da adequação do instrumento”.⁵¹

Provavelmente foi essa *ideologia substancialista* que nos ilustra o professor ALCIDES a principal responsável pelas modificações operadas através das reformas do Código de Processo Civil, algumas, como se verá, causadoras de verdadeiras perplexidades na comunidade jurídica, a exemplo da utilização cautelar do artigo 273, I, do Código de Processo Civil

Desde já, no entanto, tenha-se clara a assertiva de ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA de que o “movimento das tutelas jurisdicionais diferenciadas, uma das

renovatória assinalou as preocupações com o acesso à justiça, com a assistência judiciária e formas alternativas de tutela, redundando na criação de juizados de pequenas causas e juizados especiais e na criação de procedimentos de conciliação, mediação ou arbitragem. A segunda onda renovatória desaguou no reconhecimento dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, vale dizer, na conquista do espaço social e da tutela jurisdicional mediante as ações civis públicas ou ações coletivas, tendo sido notável a consagração dos direitos dos consumidores, que ganharam um estatuto, o Código do Consumidor. A terceira onda renovatória, por sua vez, caracteriza-se pelos movimentos de índole revisionista ou reformista dos códigos processuais. A quarta onda, que apenas se esboça, quiçá se encarregará com sucesso do problema estrutural, crônico, dispendioso, relativo à reforma da organização judiciária” (CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 151-152).

50 “Realmente o processualista acordou, porque tomou consciência, como disse DINAMARCO, da grande necessidade de optar por um método teleológico, em que *os resultados valem mais do que os conceitos* e estruturas internas do sistema, em que a *hermenêutica deve ser encarada com propostas de interpretação da lei substancial segundo critérios finalísticos e axiológicos*; porque se apercebeu que o bom processo é somente aquele que seja capaz de oferecer justiça efetiva ao maior número de pessoas; porque o processualista moderno sabe que muito menos vale a formal satisfação do direito de ação do que a substancial ajuda que o sistema possa oferecer às pessoas; porque o processualista, seguindo a orientação de MAURO CAPPELLETTI, mudou de perspectiva, enfocando o sistema processual a partir da *ótica dos consumidores dos serviços jurisdicionais*, não mais pela ótica dos produtores, transformando-se assim em um verdadeiro crítico da dinâmica dos direitos” (CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 151).

51 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 173.

tônicas da fase instrumentalista, veio para ficar. O tecnicismo exacerbado foi atingido mortalmente, e, se persiste, é assombração”.⁵²

Sob o influxo da perspectiva substancialista, MARINONI discorreu que a norma constitucional que assegura que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (CF, art. 5º, XXXV) significa, de uma só vez, que: i) o autor tem o direito de *afirmar* lesão ou ameaça a direito; ii) o autor tem direito a ver essa sua *afirmação apreciada* pelo juiz quando presentes as condições da ação exigidas pelo art. 267, VI, do CPC; iii) o autor tem o direito de pedir a apreciação dessa mesma afirmação, ainda que ausente uma das condições da ação; iv) a sentença que declarar a ausência de uma condição da ação não nega que o direito de pedir a apreciação da afirmação de lesão ou de ameaça foi exercido ou que a ação foi proposta e se desenvolveu ou foi exercitada; v) o autor tem direito a *influir* sobre o convencimento do juízo através de alegações, provas e, ainda, em sendo o caso, recurso; vi) o autor tem direito à *sentença e ao meio executivo* apto a dar plena efetividade à tutela jurisdicional por ela concedido; vii) o autor tem direito à antecipação e à segurança da tutela jurisdicional; e viii) o autor tem o direito ao *procedimento* adequado à situação de direito substancial carente de proteção”.⁵³

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR pronunciou-se no sentido de que não basta a instituição de qualquer procedimento para que se tenha como observado o mandamento constitucional do *due process of law*. Todos os direitos subjetivos merecem a completa proteção estatal e esta só virá mesmo a acontecer quando os instrumentos processuais postos à disposição dos indivíduos forem realmente adequados para torná-los *possíveis e eficazes*.⁵⁴

Comumente passou-se a utilizar a expressão *tutela*⁵⁵ na linguagem processual, como a designar esse substancialismo de preocupação em levar os direitos a sério, ordenando instrumentos adequados para sua proteção. Ou seja, “tem-se priorizado o uso da expressão tutela ao invés de ação, processo ou

52 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 173.

53 MARINONI, Luiz Guilherme. *A ação no Estado constitucional*, p. 43-44.

54 *Apud* CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 173-174, nota 66.

55 Para MARINONI, “a tutela – ou a proteção – jurisdicional tem uma óbvia natureza instrumental em relação ao direito material. A tutela jurisdicional, antes de tomar em conta a Constituição, deve considerar o caso e as necessidades do direito material, uma vez que as normas constitucionais apenas servem para ajudar o juiz a atribuir sentido ao caso concreto e a conformar a norma capaz de regulá-lo” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado constitucional*, p. 77).

procedimento para se referir aos mecanismos de proteção jurisdicional aos interesses em conflito”.⁵⁶

“*Tutela e não processo*, diz OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, para salientar que o termo tutela é mais abrangente, porque pressupõe técnica necessariamente apropriada à substância dos interesses em conflito”.⁵⁷

O mesmo processualista sublinha o *aspecto político*⁵⁸ que animou o espírito das reformas, no sentido de se romper progressivamente com a excessiva ordinarização característica do procedimento padrão do processo de conhecimento, provavelmente residindo neste ponto o motivo de tantas perplexidades com as alterações operadas já a partir de 1992.⁵⁹

Consoante o professor ALCIDES, algumas dessas alterações merecem especial atenção, pois implicaram em modificações estruturais na sistemática processual, quando não em inovações funcionais no âmbito das tutelas diferenciadas, ou ainda em inovações substanciais, repercutindo no plano dos direitos materiais, que na perspectiva de sua realização podem encerrar norma de

56 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 169. Ainda conforme o professor ALCIDES: “Entende-se que a expressão *tutela* é mais abrangente, porque deve compreender não apenas todo o conjunto instrumental destinado à proteção dos direitos, como também o compromisso ético de seus operadores com a utilização dos meios mais adequados à solução do caso concreto, o que desafia inclusive a criatividade desses operadores, que devem ser sensíveis às tensões embutidas em cada pretensão em conflito para atingir o ideal de presteza e adequação da resposta jurisdicional”, p.170.

57 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 171-172. Ainda segundo o professor ALCIDES: “BEDAQUE anunciou também que ‘a ação não ocupa (mais) posição de destaque no direito processual moderno, sendo que contribuição muito maior para o desenvolvimento da ciência processual é o aprimoramento teórico das tutelas jurisdicionais, pois permite verificar que tipo de proteção que o sistema oferece aos direitos’”, p. 171.

58 “OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, em seu estudo intitulado *O processo civil e sua recente reforma, Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, obra coletiva, coord. TEREZA ARRUDA ALVIM WAMBIER, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 413-430) enfatiza a elevada significação do aspecto político que vem inspirando as reformas, donde as tendências de se substituir progressivamente a ordinariedade pelo processo interdito, através de liminares e sentenças mandamentais ou executivas, inclusive com base em verossimilhança, anotando que estas inspirações se miram na face verdadeiramente pública, estatal, da jurisdição, que vai deixando de ser encarada como função neutra, essencialmente declaratória de direitos e reguladora da luta privada entre litigantes, para assumir em sua inteireza a *estatalidade*, o compromisso com a aplicação do direito ético, que se compraz inteiramente com os juízos de verossimilhança, diante da perspectiva, já consagrada pela hermenêutica contemporânea, de que nenhuma lei poderá ter sentido unívoco” (CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 154, nota 30).

59 “Já as reformas operadas no mesmo Código, a partir de 1992, encerram o compromisso instrumentalista, inclusive o compromisso da própria magistratura que vem apoiando esta nova onda renovatória, afinada com a efetividade dos resultados, com a real utilidade de uma resposta jurisdicional que deve ser ágil no tempo e adequada em substância às pretensões de direito material” (CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 154).

direito material. A partir desse prisma, menciona, merecem destaque os artigos 273 e 461, os §§ 1.º ao 4.º do artigo 890, os §§ 1.º e 2.º do artigo 899 e o artigo 1.102a, do CPC reformado.⁶⁰

A análise do presente trabalho, no entanto, resumir-se-á à compreensão da “antecipação” inserida no artigo 273 a partir da redação determinada pela Lei n.º 8.952, de 13 de dezembro de 1994. Em verdade sobre um tipo especial de antecipação, ainda muito polemizado, controverso, dadas as perplexidades decorrentes de concepções distintas, muitas vezes confusas acerca do fenômeno da ruptura com o dogma da ordinarização em nosso sistema processual.⁶¹

“Essas alterações estruturais, ressalvada a perspectiva de terem importado também em alterações funcionais, mediante a incoação generalizada de uma forma de tutela interinal, correspondem na verdade à introdução de uma *antiga novidade*”.⁶²

Mas antes que se possa melhor compreender que *antiga novidade* é esta e quais perplexidades surgiram com o advento das reformas inseridas no sistema do Código de Processo Civil brasileiro, faz-se importante uma *análise da cognição enquanto técnica a serviço da concepção de tutelas jurisdicionais diferenciadas*.⁶³

60 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 157.

61 Segundo o magistério inconfundível de ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA: “As inovações contidas nos artigos 273 e 461 provocaram, indubitavelmente, uma quebra da estrutura do Código, promovendo a relativização da ordenieridade do Processo de Conhecimento do Livro I, ao permitirem que no curso do processo cognitivo ordinário e, conseqüentemente, em qualquer outro procedimento, em face da aplicação subsidiária do procedimento comum (artigos 271 e 272 do CPC), ocorresse a incoação de provimentos interinais, antecipatórios de efeitos satisfativos até para a realização, pelo menos fática, dos interesses em lide, em situações diversas, motivadas ora pelo perigo de dano irreparável, ora pelo abuso de defesa ou intuito protelatório do réu (incisos I e II do artigo 273)” (CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 157).

62 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 158. Ainda conforme o ensinamento do professor ALCIDES: “Enfatizando os méritos da antecipação de tutela e da mandamentalidade, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA assinala que 'ponto da maior significação é a concessão ao julgador, especialmente de primeiro grau, de uma significativa dose de discricionariedade, através da outorga de poderes para a antecipação da tutela pretendida pelo autor, o que, como veremos, introduz em nosso sistema uma 'antiga novidade', sempre reclamada, se não pela doutrina, ao menos por aqueles que tratam do direito na sua dimensão forense. Referimos à *tutela interdita* e a conseqüente supressão, nas hipóteses correspondentes, da separação entre conhecimento e execução, que o Processo de Conhecimento necessariamente determina, através da sentença condenatória' (O processo civil e sua recente reforma, *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, obra coletiva, coord. TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, p. 415)”, p. 158-158, nota 39.

63 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: RT, 1994, p. 21. Para MARINONI, se levando em conta a pretensão de direito material, é possível concluir-se, através da adequação da cognição que lhe é própria, qual a forma de tutela que lhe é mais compatível”, p. 21.

No caso do presente estudo, deve-se estabelecer uma distinção, ainda que breve, sobre as diferentes formas de tutela, de cognição de direitos, inclusive em sua variante sumária, e a tutela cautelar, para, a partir da identificação de seus peculiares pressupostos, poder-se compreender o *regime cautelar* do artigo 273 do Código de Processo Civil.

3. Tutelas de urgência: uma alternativa aos males da morosidade do processo

Tempo e processo são expressões indissociáveis na perspectiva de proteção aos direitos.

Nas palavras de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, “o tempo é um fator ineliminável em qualquer ordenamento jurídico *real*”.⁶⁴

MARINONI anota que “o tempo repercute sobre a efetiva proteção do direito material”.⁶⁵ Com efeito, completa ainda que uma justiça morosa “prejudica os direitos fundamentais”.⁶⁶

Tratando do *processo como verdadeiro fenômeno de massas*, MAURO CAPPELLETTI aponta como um de seus aspectos o problema da excessiva duração como fonte de injustiça social.⁶⁷

O professor ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA, por sua vez, referindo-se ao sistema processual brasileiro, indica a existência de um *tempo-padrão*, “aferido idealmente com base na estrutura do processo de conhecimento ordinarizado, sob o influxo da cognição exauriente, que expressa a segurança jurídica em grau máximo”.⁶⁸

Esse tempo-padrão existe, como visto, pois “o processo de conhecimento nasce vocacionado a certificar direitos no caso concreto, mediante o procedimento comum que prevê fase postulatória e fase instrutória, em contraditório, para só a partir daí permitir a formação do provimento sentencial de mérito”.⁶⁹

64 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, 71.

65 MARINONI, Luiz Guilherme. *A ação no Estado constitucional*, p. 32.

66 MARINONI, Luiz Guilherme. *A ação no Estado constitucional*, p. 32. E destaca em nota: “O Conselho Superior de Magistratura italiana já disse que um juízo lento e intrincado dá lugar a fenômenos de compressão dos direitos fundamentais do cidadão (Cf. Federico Carpi, *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, cit., p. 12)”, p. 34, nota 90.

67 “El primer punto que debe tenerse presente cuando se considera el fenómeno procesal es que éste representa hoy un verdadero y propio fenómeno social de masa. Hay todavía, lamentablemente, muchos procesalistas que no parecen haberse dado cuenta de este hecho: su tiempo y sus energías son gastadas en el examen de problemas abstractos y dogmáticos, que pueden servir para llenar libros pero no para comprender y para mejorar el fenómeno social del proceso”, (CAPPELLETTI, Mauro. *El proceso como fenómeno de masa, Proceso, ideologías, sociedad*, Buenos Aires, Ejea, 1974, p. 131). E, mais adiante: “Cuando se considera el proceso como fenómeno social de masa, se tienen presentes de él sobre todo dos aspectos: a) el de la *duración*; b) el del *costo*”, p. 132.

68 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Antecipação e antecipações: dez anos de tutela antecipada ou de antecipações de tutela, *Estudos de direito processual civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*, obra coletiva, coord. LUIZ GUILHERME MARINONI, São Paulo: RT, 2005, p. 235.

69 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Antecipação e antecipações: dez anos de tutela antecipada ou de antecipações de tutela, *Estudos de direito processual civil – Homenagem ao Professor Egas*

Em um panorama, como o atual, que não mais se compraz com a resposta tardia que possa ser oferecida pelo *esquema superado da ordinarização*⁷⁰, que exige seja percorrido um longo *iter* até a prolação do comando sentencial, viu-se, a partir de uma tomada de consciência de busca pela efetividade dos direitos através da instrumentalidade do processo, forjam-se tutelas diferenciadas, visando proteger toda sorte de situações conflitivas ameaçadas de lesão.

Buscam-se, portanto, alternativas que possam superar os males da morosidade do processo⁷¹ decorrentes do padrão de cognição, que rompam com a excessiva ordinarização do procedimento comum, que sejam capazes de dar plena efetividade a situações que assim o exijam, de forma célere e eficaz, como, por exemplo, a *técnica de antecipação de tutela*.⁷²

O léxico registra o vocábulo *técnica* como o *conjunto de métodos, conhecimentos, e pormenores práticos essenciais à execução perfeita de uma atividade*.⁷³

Com efeito, segundo ensina ALCIDES, o “termo antecipação sugere até mesmo etimologicamente uma operação que consiste em realizar algo antes do tempo. Parte-se, pois, do pressuposto de que existe um tempo normal, um tempo-

Dirceu Moniz de Aragão, obra coletiva, coord. LUIZ GUILHERME MARINONI, São Paulo: RT, 2005, p. 235.

70 “O esquema superado da ordinarização comprometido com a neutralidade do ordenamento em face dos interesses em conflito sempre tendeu a submeter todas as lides a um longo *iter* para merecer uma decisão certificadora do direito e, então, a sua realização” (CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 148).

71 “Se o tempo dispendido para a tutela de uma pretensão pode ser considerado uma necessidade, pode, também, como dizia Cernelutti, ser considerado uma imperfeição do processo, ou melhor, uma imperfeição necessária do processo. Esta imperfeição, este mal pode fazer com que o processo perca sua utilidade, ou deixe de atender os fins a que se destina. É que muitas vezes o retardo da prestação jurisdicional pode transformá-la em mero adorno. Para que a sentença não exsurja como inútil no plano fático, portanto, tornaram-se necessários remédios processuais visando a minimizar os males da morosidade do processo. Tais remédios têm por fim encontrar a efetividade do processo, antecipando satisfação ou assegurando uma pretensão” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: RT, 1994, p. 56-57).

72 Nesse sentido MARINONI destacou que “não há como esquecer a importância das várias modificações que o legislador recentemente fez no Código de Processo Civil com o objetivo de dar ao juiz e às partes instrumentos destinados a conferir maior tempestividade à tutela jurisdicional – a tutela antecipatória contra o receio de dano (CPC, art. 273, I e 461, III), inclusive disciplinando técnicas de distribuição do ônus do tempo do processo entre os litigantes – as tutelas antecipatórias com base em abuso de direito de defesa (CPC, art. 273, II) e em incontrovérsia de parcela da demanda (CPC, art. 273, §6º). Essas duas últimas modalidades de tutela antecipatória, aliás, constituem técnicas processuais nunca antes vistas em ordenamento jurídico algum no mundo. Tais idealizações legislativas devem ser adequadamente utilizadas pelos advogados – responsáveis pelos direitos dos cidadãos – e pelos juízes, que têm o dever político e social de, valendo-se de todos os instrumentos que estão ao seu dispor, prestar a tutela jurisdicional de forma tempestiva e efetiva” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A ação no Estado constitucional*, p. 36).

73 MACHADO FILHO, Aires da Mata. *Novíssimo dicionário ilustrado Urupês*. 23. ed. São Paulo: AGE, 1976, p. 1026.

padrão, que pode ser acelerado”.⁷⁴

Mais precisamente, para o mestre da UFPR, tutela antecipada ou antecipação de tutela quer significar, primeiramente, a técnica de acelerar tanto a formação do provimento quanto a produção de seus efeitos, em comparação ao tempo-padrão exigido pelas condições para formar provimento e produzir efeitos em procedimento de cognição exauriente, como disciplinando no Livro I do Código de Processo Civil – Do processo de conhecimento.⁷⁵

Por isso os professores LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART destacaram que a antecipação de tutela “rompe com o princípio da *nulla executio sine titulo*, fundamento da separação entre conhecimento e execução”.⁷⁶

A técnica de antecipação de tutela pode ser obtida através da previsão de *procedimentos sumários*. Como explica o professor ALCIDES, *procedimentos sumários* “são aqueles que subvertem as regras da cognição exauriente, vale dizer, subvertem as regras do amplo contraditório”.⁷⁷

Ocorre que o padrão de tutela de cognição exauriente, inobstante seu comprometimento histórico com a dogmática tradicional e as concepções do liberalismo, possui como fundamento a disposição constitucional que assegura o contraditório e a ampla defesa (artigo 5.º, LV, da Constituição Federal). Todavia, não se afigura inconstitucional a possibilidade de utilização de técnicas de antecipação em procedimentos de tutela de cognição sumária, pois sempre haverá a possibilidade de integração do contraditório em um processo de cognição exauriente com base nessa mesma garantia. Pois a *luta contra o tempo*⁷⁸ é uma necessidade

74 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Antecipação e antecipações: dez anos de tutela antecipada ou de antecipações de tutela, *Estudos de direito processual civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*, obra coletiva, coord. LUIZ GUILHERME MARINONI, São Paulo: RT, 2005, p. 235.

75 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Antecipação e antecipações: dez anos de tutela antecipada ou de antecipações de tutela, *Estudos de direito processual civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*, obra coletiva, coord. LUIZ GUILHERME MARINONI, São Paulo: RT, 2005, p. 245.

76 ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 211.

77 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 87.

78 “Esta luta constante contra o tempo que não apenas o juiz, mas, igualmente, o legislador e o próprio doutrinador de processo desenvolvem buscando reduzir sua influência, de modo que haja sempre a maior aderência possível entre a estrutura e as exigências de cada espécie de direito e o correspondente instrumento processual criado para dar-lhe efetiva *vigência prática*, este anseio pela *efetividade* dos direitos subjetivos reconhecidos pela ordem jurídica, é que tem determinado o descomunal crescimento não só da tutela cautelar, mas das outras formas de tutela sumária não

urgente dos dias atuais em sintonia com o afã de se conceder tutela efetiva aos direitos.

Assim, salienta MARINONI sobre o artigo 5.º, XXXV, da Constituição Federal, que, “embora afirme apenas que a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, garante a tempestividade da tutela jurisdicional”.⁷⁹

Se o direito fundamental à tutela jurisdicional já garante a sua prestação de forma tempestiva, a Constituição Federal foi além, assegurando, ainda, consoante o artigo 5.º, LXXVIII, o *direito fundamental à duração razoável do processo e aos meios que garantam a celeridade da sua tramitação: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação.*⁸⁰

Vê-se, portanto, a configuração de uma *relação tensional entre efetividade e segurança*⁸¹ oriunda mesma da própria necessidade de dar adequada proteção aos direitos.

Antes, contudo, que se veja como é possível conviver com essa tensão entre segurança e efetividade, devemos assinalar que, para superar os males da morosidade do processo a moderna processualística vêm engendrando tutelas diferenciadas aptas a distribuir o ônus temporal entre as partes em conflito, não apenas porque “ter direitos e não poder tutelá-los certamente é o mesmo que não os ter”⁸², mas, mais ainda, porque ter direitos e não poder tutelá-los *tempestivamente* sem dúvida é vê-los perecer.

cautelares” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 71).

79 MARINONI, Luiz Guilherme. *A ação no Estado constitucional*, p. 44.

80 MARINONI, Luiz Guilherme. *A ação no Estado constitucional*, p. 44. Segundo MARINONI, “não há dúvida que agora, diante da expressa dicção do inciso LXXVIII do art. 5º, não há mais como fugir à idéia de que o legislador tem o dever de instituir técnicas processuais voltadas a divisão do tempo processual e o juiz o dever de adequadamente compreendê-las e de sobretudo bem utilizá-las”, p. 47.

81 “O conflito nascido dessa relação tensional entre efetividade e segurança, imanente ao fenômeno jurídico (Henrich Henkel, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. da edição alemã de 1964, p. 558), tornou-se agudo e extremamente sensível na moderna sociedade de massa, que necessita conviver com ideologias, concepções de vida, interesses e exigências antagônicas que a forcem a tornar-se 'pluralista' – sob o compasso dos meios de comunicação eletrônica que potencializam expectativas e exigências sociais e exacerbam os antagonismos e a violência” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 7).

82 MARINONI, Luiz Guilherme. *A ação no Estado constitucional*, p. 31. Ainda segundo o autor, “a morosidade do processo atinge de modo muita mais acentuado os que têm menos recursos. A demora, tratando-se de litígios envolvendo patrimônio, certamente pode ser compreendida como um custo, e esse custo é tanto mais árduo quanto mais dependente o autor é do valor patrimonial buscado em juízo”, p. 33.

E aí surgem as tutelas de urgência, como tutelas diferenciadas que se valem de procedimentos sumários para dar resposta imediata aos reclames de justiça de determinadas situações conflitivas.⁸³

MARINONI, nesse campo, distingue entre *sumariedade formal* ou *sumariedade de rito* e *sumariedade material*, dizendo que, enquanto na *sumariedade formal* a cognição pode ser exauriente, na *sumariedade material* a cognição é necessariamente menos aprofundada em sentido vertical. E complementa que apenas esta espécie de cognição (materialmente sumária) permite a efetividade da tutela cautelar, bem como da tutela de cognição sumária dos direitos.⁸⁴

A diferenciação entre essas duas formas de cognição materialmente sumárias, com a identificação de seus especiais pressupostos, servirá para estabelecer o porquê de tantas perplexidades em torno das modificações ocasionadas na sistemática processual pátria, principalmente quanto ao regime cautelar a que se sujeita o artigo 273 do Código de Processo Civil.

3.1 As tutelas de urgência visam afastar distintas situações de perigo

“Viver é muito perigoso...”⁸⁵, filosofou RIOBALDO TATARANA, personagem protagonista do romance *Grande sertão: veredas*, de JOÃO GUIMARÃES ROSA.

ZYGMUNT BAUMAN, sociólogo polonês e professor de sociologia das universidades de Leeds e Varsóvia, anotou: “O mais sinistro e doloroso dos problemas contemporâneos pode ser melhor entendido sob a rubrica *Unsicherheit*,

83 “Múltiplos são os expedientes de que o direito processual se vale na luta em prol da efetividade do processo e na coibição dos efeitos do tempo sobre os resultados do processo, como a criação de títulos executivos extrajudiciais e a redução dos procedimentos (ritos sumários, ações monitórias, julgamento antecipado da lide etc.). Com todos esses caminhos especiais se intenta proporcionar as chamadas *tutelas diferenciadas*, que, além da sumarização dos procedimentos comuns, conduzem também àquilo que configura as modernas *tutelas de urgência*, de que o direito processual atual não pode prescindir para realizar o anseio de *efetividade*” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. II, p. 532).

84 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipada*. São Paulo: RT, 1994, p. 61. Para OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, há *cognição sumária* na tutela cautelar: “A existência de *cognição sumária*, imposta pela natureza da tutela cautelar, insere-a definitivamente na classe dos processos sumários, sob dois aspectos: a demanda cautelar é sumária não só sob o ponto de vista material, como, além disso, exige uma forma sumária de procedimento, por via do qual ela se haverá de realizar. Não se pode pensar em verdadeira tutela de *simples segurança* instrumentalizada através de um procedimento ordinário, pois a *urgência* é uma premissa constante e inarredável de todo o provimento cautelar” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do Processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 68-69).

85 ROSA, João Guimarães. *Grande sertão: veredas*. 1. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006, p. 16.

termo alemão que funde experiências para as quais outras línguas podem exigir mais palavras – incerteza, insegurança e falta de garantia”.⁸⁶

Como já visto, a complexidade das relações sociais no mundo atual exige um tratamento diferenciado na proteção aos direitos, não servindo mais a resposta muitas vezes tardia possível de ser obtida através do moroso procedimento ordinarizado do processo de conhecimento, enquanto padrão de tutela inicialmente previsto pela sistemática do Código, que pressupõe sejam cumpridas as etapas postulatória, instrutória e, eventualmente, recursal, antes de se poder *declarar* a existência da violação de um direito, que deveria então receber uma expressão pecuniária como única forma de tutela da situação, a tutela do ressarcimento do direito lesado pelo equivalente monetário.⁸⁷

Com efeito, podem existir situações de perigo que exponham direitos, como, v.g., o direito à vida, a um risco tal que se exija a imediata prestação jurisdicional sobre elas.⁸⁸

Viu-se que a criação de procedimentos sumários caminha justamente nesse rumo de se outorgar efetiva proteção aos direitos através de uma via alternativa à lentidão habitual da resposta jurisdicional. Vale dizer, com a instituição desses

86 BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Rio de Janeiro: Zahar, 2000, p. 13.

87 Ensina o professor ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA: “Há casos porém em que o princípio da ampla defesa culmina por comprometer outro princípio constitucional, o da efetividade da jurisdição, que recomenda atuação jurisdicional para prevenir lesão a direito, o que não se compadece com respostas tardias e muitas vezes irreversíveis, que só admitirão o equivalente ressarcitório, inibindo a máxima potencialidade instrumental do processo que deve dar a quem tem um direito tudo aquilo que tem direito de conseguir” (CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 443). E continua o mestre: “Para equacionar o estado de tensão entre esses dois princípios, da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição, existe o princípio constitucional do devido processo legal, que autoriza tutelas diferenciadas, como a tutela de cognição sumária e a tutela cautelar, que faz o legislador idealizar procedimentos que tendem a compensar os ganhos imediatos em efetividade, com ampliação de oportunidades ulteriores para verificação ou confirmação da segurança jurídica”, p. 443.

88 OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA ressalta que “a tendência moderna aponta justamente para o sentido da outorga ao juiz de poderes discricionários para a concessão da cláusula de execução provisória, em qualquer demanda, desde que lhe pareça que a recusa de *realização imediata* do direito reconhecido na sentença – sob forma de execução provisória – possa causar ao autor vitorioso um dano irremediável (*periculum in mora*)” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 39). E mais adiante: “Realmente, ante uma situação que demande uma pronta resposta jurisdicional – porque o provável direito encontre-se sob ameaça de um dano iminente –, o Estado não tem como fugir a esta incômoda alternativa: ou protege o *direito aparente*, cuja averiguação exaustiva, capaz de comprovar a sua real existência, seja impossível em virtude da urgência de tutela; ou, ao contrário, prefere não renunciar aos princípios que informam a jurisdição comum e, neste caso, vindo a futura sentença a reconhecer a existência do direito que o demandante colocara sob julgamento, não haverá outro remédio senão proclamar a existência de um direito já danificado irremediavelmente, ou definitivamente destruído, em virtude da demora natural inerente à atividade jurisdicional”, p. 65.

procedimentos sumários, dos quais a tutela cognitiva sumária e a tutela cautelar se utilizam, pode-se conceder uma resposta mais ágil a situações conflituosas que assim necessitem, como forma de lhes prestar efetiva proteção.

“Deveras, se determinada pretensão de direito material requer tutela urgente, em razão de estar inserida em uma determinada situação emergencial, não é possível que o Estado se negue a prestar a 'devida tutela jurisdicional’”.⁸⁹

“O aumento considerável da *jurisdição de urgência*, no direito moderno”, segundo OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, “deve-se ao que se convencionou chamar 'exigência de efetividade' do direito que a experiência jurídica contemporânea impõe ao legislador”.⁹⁰

Assim, faz-se necessária uma breve distinção entre as tutelas de urgência – que se valem de procedimentos sumários que subvertem a regra do contraditório – de cognição sumária dos direitos, que em verdade constitui uma variação do padrão de cognição exauriente, e as tutelas de cognição cautelar⁹¹, ambas utilizadas no sentido de se dar proteção imediata e efetiva a situações de perigo dos direitos.

Consoante OVÍDIO, quando “o risco de periclitamento do interesse protegido pela lei já vem valorado pelo legislador que o presume *jure et de jure*”⁹², certamente estaremos diante de uma tutela de urgência de cognição sumária sobre os mesmos direitos que poderiam ser tutelados seguindo-se o padrão de tutela cognitiva exauriente.

Nesse sentido ALCIDES aponta a característica da *tipicidade* “das antecipações sumárias, pois somente pode ocorrer nas hipóteses de direito estrito, expressamente previstas pela lei”.⁹³

Tais riscos corresponderiam àqueles que todos submeter-se-iam em face da natural delonga do padrão de cognição, chamados, portanto, riscos marginais, eventuais, o perigo da demora genericamente avaliado. Ou como ilustraria sem confusão o grande professor ALCIDES, utilizando-se da peculiar terminologia de

89 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipada*. São Paulo: RT, 1994, p. 89.

90 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 66.

91 Consoante ALCIDES, “*cognição cautelar especial*, que incide sobre a investigação do direito subsidiário de cautela no caso concreto, não se tratando de mera cognição sumária para definição e realização antecipada de um direito subjetivo primário” (CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 447).

92 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 44.

93 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 444.

CALAMANDREI, “os provimentos sumários pressupõem um perigo genérico de dano jurídico, perigo de dano apenas imaginável, marginal, o chamado *periculo de tardività (periculum in mora)* somente”.⁹⁴

Assim, a tutela antecipada de *cognição sumária*, inobstante sua disposição legislativa, é uma tutela de urgência, ela acelera, abrevia a formação do provimento jurisdicional, porém ditada pelo *periculum in mora*, perigo da demora genérico, previamente avaliado pelo legislador em situações-tipo. Pode-se dizer, nessa linha, que o que autoriza a atuação da tutela de cognição sumária é o perigo da demora genericamente avaliado.

É o legislador quem dá o tom, nesses casos, a determinadas situações que entende devam ser favorecidas. Razões de conveniência, de *política processual*⁹⁵, levariam o legislador a prever ou criar situações de sumarização. Por isso é que a sumarização somente irá acontecer nas hipóteses tipificadas na legislação. Nessas situações de sumarização de cognição, não é preciso alegar nada em especial, como o *periculum in mora*, pois são situações-tipo previstas em lei.

Tome-se, de pronto, portanto, o ensinamento do professor ALCIDES, pelo qual “o regime jurídico da tutela cautelar, residual, não é idêntico ao regime das tutelas de cognição sumária, que é uma variante sumarizada da tutela cognitiva primária”.⁹⁶

94 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 92. Mantendo sempre este posicionamento, ver ainda a seguinte passagem: Até se pode dizer, seguindo o ensinamento de Ovídio Baptista da Silva, que o *periculum in mora*, enquanto estiver associado aos riscos de *tardività*, ou seja, aos riscos normais, eventuais ou marginais a que todos estão sujeitos em dado processo, é que motiva o legislador a prever hipóteses de sumarização (que dispensam por isso a parte de demonstrar o *periculum*), enquanto o '*periculum in mora* qualificado' –, isto é, associado aos riscos de *infrutuosità*, haverá de ser motivo específico e residual para a tutela de urgência (cautelar)” (CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Antecipação e antecipações: dez anos de tutela antecipada ou de antecipações de tutela, Estudos de direito processual civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*, obra coletiva, coord. LUIZ GUILHERME MARINONI, São Paulo: RT, 2005, p. 241).

95 Segundo seus *Comentários*, ALCIDES destaca que “razões de *política processual* levariam o legislador, com base no princípio do devido processo legal, enquanto este representa a síntese da conciliação entre os princípios da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição, a evitar o *periculum in mora* peculiar à ordinarização, prevendo situações em que pode evitar o abuso de defesa ou o custo do processo de cognição exauriente em face da natureza ou relevância de certas causas, prevendo pressupostos que autorizam a antecipação de tutela” (CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 39).

96 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 39. ALCIDES também lembrou OVÍDIO: “OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA enfatizou como 'condição peculiaríssima para se distinguir o regime residual da cautelaridade do regime excepcional da sumarização', precisamente o dado de que, nas hipóteses de sumarização, o próprio legislador avalia e aceita uma classe de demandas (ações materiais) a situação de urgência que deve motivar a antecipação, enquanto, na 'sede da cautelaridade, essa avaliação

OVÍDIO destaca como *pressuposto da cautelaridade* o de “que a tutela jurisdicional atenda a uma situação de dano iminente, incapaz de ser tutelada pela jurisdição comum, a ser constatado pelo juiz no conjunto circunstancial do caso concreto”.⁹⁷

Confirmando a sintonia entre suas concepções e as de OVÍDIO e mais uma vez com apoio na peculiar terminologia de CALAMANDREI, ALCIDES ressalta que “o provimento cautelar decorre de um perigo de dano efetivo, iminente, urgente, do *pericolo de infuttuosità* (*periculum in mora* qualificado pelo *periculum damnum irreparabile*)”.⁹⁸

Ou seja, consoante o professor ALCIDES, o *fundamento da pretensão cautelar* “e de toda a tutela residual, temporária, de urgência urgentíssima (cautelar) reside na identificação de uma situação de *perigo de dano irreparável ou de difícil reparação*. Um perigo qualificado portanto”.⁹⁹

É o *periculum damnum irreparabile*, portanto, “que tradicionalmente dá configuração às situações cautelandas”¹⁰⁰, que lhes dá inspiração, anima-as.

Nestas situações de urgência urgentíssima, ou de emergência, deverá o magistrado analisar cada caso conflitivo em vista de uma situação concreta de perigo de dano, por isso a existência de um *poder geral cautelar*.¹⁰¹

circunstancial será sempre e necessariamente atribuída ao magistrado, que poderá livremente avaliar a ocorrência da situação perigosa, originada de elementos circunstanciais do caso concreto”, p. 286-287.

97 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 42.

98 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 92. Ainda ALCIDES, p. 381, nota 21: “O *periculum in mora*, anota CALAMANDREI (...) pode ser visualizado sob o prisma do risco de *infruttuosità*, que supõe um perigo qualificado, de dano irreparável, que autoriza a tutela cautelar, de urgência, sem eliminar qualquer estado de incerteza sobre os direitos que porventura dão sustentação aos interesses em lide (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova: Cedam, 1936, p. 55-58)”. Consoante OVÍDIO: “Esta peculiaridade própria da tutela cautelar tem chamado a atenção dos processualistas, como se vê das observações de Arieta, a propósito da distinção entre o que ele denomina ‘tutela sommaria tout court’ e os verdadeiros provimentos cautelares (*I Provvedimenti d’Urgenza*, 2ª ed., 1985, p. 85)” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 43-44).

99 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 276.

100 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 143.

101 O professor ALCIDES esclarece o significado das expressões *direito geral de cautela* e *poder geral de cautela* da seguinte maneira: “a primeira expressão – direito geral de cautela – designando, sob a perspectiva das partes, o fundamento que autoriza a requerer toda a sorte de medidas provisórias urgentes de verossimilhança, antecipatórias ou conservativas, em face da atipicidade das situações em que se apresenta o *fumus*; a outra – poder geral de cautela – designando, sob a perspectiva do juiz, a prerrogativa de decretar as medidas provisórias adequadas à situação concreta. Enfim, direito geral de cautela e poder geral de cautela

A tutela cautelar seria utilizada como uma *tutela de fechamento* das tutelas jurisdicionais, pois atuaria sobre situações iminentes de perigo quando não fosse possível o recurso às chamadas tutelas primárias (de cognição padrão e de execução), mesmo em sua forma sumarizada (tutelas de cognição sumária sobre direitos primários).¹⁰²

Segundo a lição inconfundível do mestre ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA, “a sumarização haverá de ocorrer nas hipóteses em que houver expressa previsão legislativa, enquanto a tutela cautelar opera no campo residual, quando cabe ao juiz formular, caso a caso, em situações de extrema urgência a solução adequada ao caso concreto”.¹⁰³

Todavia, inobstante esta distinção inicial entre as tutelas de cognição sumária de direitos e a tutela cautelar, o assunto vem gerando polêmica entre os juristas, pois, além de haver a discussão acerca da equação efetividade x segurança, não há facilidade em se identificar os peculiares regimes das diferentes tutelas de segurança, principalmente devido a existência de diferentes concepções acerca da tutela cautelar, e, pior, isso muitas vezes pode acabar por comprometer a proteção dos direitos.

Ainda, como não podem encerrar a eficácia da declaração de certeza, visto não obedecerem o *iter* da cognição exauriente, deixando-se, assim, a regra do contraditório para uma posterior integração, essas tutelas de urgência devem se firmar em diferentes juízos de probabilidade, de verossimilhança das alegações acerca dos fatos controvertidos, havendo também aí diferenças importantes para a compreensão de seus peculiares regimes de atuação

Não se tenha dúvidas, contudo, de que a técnica antecipatória obtida através

representam as duas faces do mesmo fenômeno, a primeira sob a perspectiva do fundamento que legitima a atuação da parte, a segunda sob a perspectiva do fundamento que legitima a atuação judicial nos casos concretos”, (CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 240-241).

102 ALCIDES, referindo-se a ensinamento de ANDREA PROTO PISANI, destaca que “esta função de urgência não visa garantir a eficácia das tutelas jurisdicionais primárias, mas, muito mais do que isto, visa assegurar a completude das tutelas jurisdicionais, como tutela *di chiusura*, diante de um *estado de necessidade processual*. O escopo é, pois, garantir a inteireza de toda a sorte de interesses relevantes (*fumus*), sejam esses interesses correlativos a pretensões de direito material ou processual, quando seus respectivos titulares aleguem que tais interesses (*fumus*) encontram-se sob ameaça de um dano irreparável” (CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Antecipação e antecipações: dez anos de tutela antecipada ou de antecipações de tutela*, *Estudos de direito processual civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*, obra coletiva, coord. LUIZ GUILHERME MARINONI, São Paulo: RT, 2005, p. 243).

103 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 368.

dos procedimentos sumários das tutelas de urgência – inseridos a partir das reformas do Código de Processo Civil, a exemplo do artigo 273 – relativizaram o padrão da ordenarização inicialmente estabelecido para a tutela dos direitos, responsável pelo isolamento das funções jurisdicionais.

Adiante se tratará de alguns desses pontos importantes.

3.2 A equação segurança x efetividade

“GIUSEPPE TARZIA qualificou como o *conflitto brutale* entre as exigências de efetividade da atuação jurisdicional na sua função pacificadora e o princípio da segurança jurídica”.¹⁰⁴

Todavia, a equação pode ser desenvolvida com base no princípio do devido processo legal, constitucionalmente previsto no artigo 5.º, LIV, pelo qual *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*.

Registre-se que, consoante JOSÉ AFONSO DA SILVA, o *due process of law* entra agora no Direito Constitucional positivo com um enunciado extraído da Carta Magna inglesa.¹⁰⁵

MARINONI explica que o princípio do devido processo legal emana do princípio da tutela jurisdicional efetiva (artigo 5.º, XXXV, da Constituição Federal), e, com efeito, inclui naquele, “entre outros, o direito à adequada tutela jurisdicional, abrangendo o direito de petição, como 'autêntico direito abstrato de agir', o direito à medida urgente, e os direitos ao procedimento e à cognição adequados”.¹⁰⁶

Consoante o mesmo professor, o “direito ao 'devido processo legal' não representa apenas direito à ampla defesa e ao contraditório, mas também direito a uma tutela jurisdicional efetiva, ou direito a um procedimento adequado à realidade de direito material”.¹⁰⁷ E complementa, logo adiante: “Se a realidade do mundo atual muitas vezes não comporta a espera do 'tempo' dispendido para a cognição exauriente da lide, em muitos casos o direito ao 'devido processo legal' somente

104 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 373. OVÍDIO também se referiu à expressão *conflitto brutale* de TARZIA, “(...) entre as contrapostas exigências de *segurança e eficiência*” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 6).

105 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 431-432.

106 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipada*. São Paulo: RT, 1994, p. 93.

107 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipada*. São Paulo: RT, 1994, p. 91.

poderá se realizar através de um processo de cognição sumária”.¹⁰⁸

Sobre sua importância para a tutela cautelar, segundo bem reflete o professor ALCIDES, “é esse princípio que exige a existência imprescindível de uma tutela residual, que deve atuar um direito de cautela, subsidiário, imanente à ordem jurídica, para atuar sobre interesses apenas plausíveis para salvar de perigo iminente de lesão ou de agravamento de lesão irreparável interesses relevantes”.¹⁰⁹

Trata-se de um princípio, consoante ALCIDES, de *índole supraconstitucional*, presente nas constituições dos Estados verdadeiramente democráticos¹¹⁰

Assim, completa o mestre que “as constituições dos Estados verdadeiramente democráticos, com a previsão do princípio do devido processo legal, dão sustentação suficiente para autorizar a tutela autônoma do *fumus* em face do *periculum*”.¹¹¹

“Certamente”, concorda OVÍDIO, “pode-se afirmar que o verdadeiro fundamento da pretensão à segurança, ou do 'direito substancial de cautela', promana de princípio de natureza constitucional, imanente a todo o Estado de Direito”.¹¹² E destaca o professor gaúcho, logo ao lado: “Sua maior ou menor extensão certamente dependerá de múltiplas contingências e fatores históricos, sociais e políticos, mas sua dimensão constitucional hoje é reconhecida pela doutrina não só européia, como pelos juristas americanos”.¹¹³

Devemos lembrar, consoante MARINONI, “que uma das mais importantes

108 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipada*. São Paulo: RT, 1994, p. 91.

109 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 367. E continua, o grande professor: “Isso porque há uma incompletude insuperável no sistema normativo, que não pode prever todas as situações de perigo que a realidade oferece a interesses que, em princípio, são dignos de proteção jurídica. O princípio do devido processo legal surge, pois, como um imperativo da ordem jurídica para promover a *harmonização entre os princípios da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição*”, 367.

110 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 367. Nas palavras do professor: “princípio de índole supraconstitucional que exige uma contemporização, com garantias, dos princípios da segurança e da efetividade, vem desenhado nas constituições modernas dos Estados verdadeiramente democráticos e corresponde ao chamado princípio do devido processo legal – *due process of law*. Trata-se na verdade de um princípio que traduz precisamente a síntese ou a soma de todos os demais princípios, que devem ser temperados, harmonizados, para se assegurar tutela adequada com segurança e efetividade”, p. 367.

111 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 372.

112 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 66.

113 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 66.

características do constitucionalismo contemporâneo está na definição normativo-constitucional de princípios materiais de justiça, cuja função é iluminar a compreensão do ordenamento jurídico”.¹¹⁴

Os princípios constitucionais, assim, que garantem tanto a efetividade da jurisdição quanto a ampla defesa devem ser *balanceados* para uma adequada proteção dos direitos, pois “os direitos fundamentais devem ser protegidos ou tutelados pelo Estado e, por isso, não é apenas o legislador que lhes deve proteção”.¹¹⁵

Segundo MARINONI, “a tarefa de balanceamento não se presta à conformação da lei ou da legislação, mas sim para a concretude direta e imediata da própria Constituição, ou melhor, para uma efetividade dos direitos fundamentais que não toma em conta o plano da legislação”.¹¹⁶

Conforme OWEN FISS, o papel jurisdicional pode ser definido como o de atribuir significação concreta e aplicação aos valores constitucionais.¹¹⁷

Merecem destaque, pois, as considerações do professor ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA, pelas quais “em homenagem ao princípio da efetividade da jurisdição não se pode simplesmente desprezar o princípio da segurança jurídica. Ao contrário, esses princípios devem ser harmonizados”.¹¹⁸ E complementa o eminente mestre, que “a tutela cautelar, tendo em vista a sua natureza residual, é imprescindível em qualquer ordenamento, não decorrendo de uma opção do legislador, mas nem por isso poderá comprometer de modo irremediável o princípio da segurança jurídica”.¹¹⁹

A partir de uma óptica *substancialista*, portanto, não é difícil de se perceber que os princípios constitucionais devem ser harmonizados, balanceados, para uma adequada e efetiva proteção aos direitos, notadamente em consonância com os direitos fundamentais, descobrindo-se dessa forma a raiz da equação *segurança e*

114 MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado constitucional*, p. 65.

115 MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado constitucional*, p. 66. Segundo o importante estudo do professor MARINONI: “Quando a prestação jurisdicional indica o resultado do balanceamento dos direitos fundamentais (não importa qual seja ele), a *norma jurídica está atuando apenas em nome dos direitos fundamentais, sem se preocupar com a conformação da legislação*. Além de dar efetividade ao direito fundamental no caso concreto, a jurisdição permite a convivência dos direitos fundamentais em abstrato”, p. 70.

116 MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado constitucional*, p. 70.

117 MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado constitucional*, p. 76, nota 148.

118 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 366.

119 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 366.

efetividade.

Esta perspectiva certamente inspirou o legislador reformista na realização das mudanças que inseriu no sistema processual, em especial alterações estruturais que importaram na relativização do padrão da *ordinariedade*, que pregava o isolamento das diferentes funções jurisdicionais em “livros” distintos, a exemplo da previsão da tutela antecipada do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Mas, para que se compreenda realmente o uso cautelar do artigo 273, I, do Código de Processo Civil, deve-se primeiro evidenciar duas concepções acerca da tutela cautelar.

3.3 Duas concepções acerca da tutela cautelar

Para se compreender como a tutela antecipada pode se afinar com o regime da cautelaridade, faz-se imprescindível o conhecimento de duas concepções ou, por assim dizer, teorias, distintas acerca da tutela cautelar, que possuem suas delimitações bem definidas.

A partir da identificação de suas fronteiras, não será difícil perceber a importância do artigo 273, I, do Código de Processo Civil para a efetividade da tutela jurisdicional em sua plenitude!

Para OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, no fundo de toda a questão sobre a tutela cautelar, o que sobressai como ponto polêmico, como causa do conflito doutrinário, é o problema conceitual, em que se contrapõem duas concepções antagônicas, entendendo alguns juristas que a tutela cautelar deve ser compreendida como uma forma de proteção jurisdicional da *aparência*, enquanto tutela de um direito subjetivo eventual, ou de um interesse legítimo, não-subjetivado, contra o risco de dano iminente, enquanto a doutrina dominante a tem como instrumento de *proteção da atividade jurisdicional*.¹²⁰

Um bom exemplo dessa última concepção, chamada tradicional ou clássica, é apresentado por HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, para quem as medidas obtidas através da tutela cautelar “são puramente processuais. Preservam a utilidade e eficiência do provimento final do processo, sem, entretanto, antecipar

120 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 8-9.

resultados de ordem do direito material para a parte promovente”.¹²¹ Essa visão certamente se encaixa no que o professor ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA chama de *concepção tradicional da tutela cautelar*, “que lhe atribui o suposto fim de tutelar o processo definitivo”.¹²²

Um outro bom exemplo de manifestação da *concepção tradicional da tutela cautelar* é externado por GALENO LACERDA, segundo o qual o fim “do processo cautelar consiste em obter segurança que torne útil e possível a prestação jurisdicional de conhecimento ou de execução”.¹²³

Em outras palavras, pode-se afirmar que a finalidade da tutela cautelar, segundo a sua concepção tradicionalista, é “o de tutelar a jurisdição”.¹²⁴

Por isso CALAMANDREI, “o maior arquiteto da teoria tradicional do processo cautelar”¹²⁵, referia-se à tutela cautelar como o “instrumento do instrumento”.¹²⁶

É essa basicamente a razão de tradicionalistas como THEODORO JÚNIOR afirmarem que, “além da tutela cautelar destinada a assegurar a efetividade do resultado final do processo principal deve existir, em determinadas circunstâncias, o poder do juiz de antecipar, provisoriamente, a própria solução definitiva esperada no processo principal”.¹²⁷

No mesmo sentido vê-se MARINONI, para quem a par “da tutela cautelar apresenta-se uma outra espécie de tutela urgente, que realiza a pretensão no plano fático mediante cognição sumária da lide”.¹²⁸

121 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. II, p. 532.

122 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 144.

123 LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. vol. VIII, t. I, p. 9.

124 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 146.

125 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 100.

126 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 101.

127 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. I, p. 332-333.

128 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipada*. São Paulo: RT, 1994, p. 58. O título da obra do professor, data vênia, já possui a sugestão de que a técnica antecipatória seja incompatível com a tutela cautelar, identificando-as por “tutelas”, certamente na perspectiva da concepção tradicional de MARINONI nesse ponto. Veja-se, ainda, que para MARINONI ambas “tutelas” seriam inspiradas pelo *periculum in mora*, não se distinguindo entre este e o *periculum damnum irreparabile*: Trata-se da tutela sumária antecipatória. Esta tutela tem por fim realizar antecipadamente a pretensão, não se destinando, como a tutela cautelar, a assegurar uma pretensão e, pois, a servir a um 'processo principal'. É que se a tutela antecipatória satisfaz a pretensão, nada resta para ser assegurado enquanto dura o 'processo principal', neste caso,

Essa visão, data vênua, não se coaduna com o atual estágio da ciência processual, caracterizado pela consciência da sua instrumentalidade para conceder tutela adequada e eficaz aos direitos. Com efeito, o adjetivo *tradicional* significa que essa concepção se compromete com a visão jurisdicional da dogmática tradicional, consoante a qual o papel do juiz seria apenas o de, através de uma atividade puramente lógica, pronunciar as palavras constantes da letra da lei, pouco importando o seu verdadeiro fundamento de dar real e efetiva proteção aos direitos.

A par, pois, dessa concepção, que apenas se apresenta – e apesar de refletir o pensamento dominante –, visto não mais se adequar às exigências do direito moderno, está a *concepção substancialista*, que vislumbra a necessidade de um verdadeiro direito material de cautela para a proteção de situações de perigo concreto de dano ou de ameaça de periclitamento de interesses.

“PONTES DE MIRANDA”, leciona ALCIDES, “precursor de OVÍDIO, sempre reconheceu a entidade do direito material de cautela, tanto que enfatizava que, 'além da pretensão à tutela jurídica à segurança (ação processual), existiria direito (material) e ação (ação material – lide) cautelar”¹²⁹.

Seguindo a linha *substancialista*, OVÍDIO destaca que se deve “observar que a situação cautelanda pode ser identificada tanto como um direito, pretensão ou ação nascidos do campo do direito material, quanto com as categorias análogas nascidas do direito processual”¹³⁰.

Situação cautelanda, para OVÍDIO, assume a especial significação de um dos elementos que compõem a tutela cautelar, “objetivamente identificável com um direito subjetivo, uma pretensão, ou ação, ou mesmo uma eventual exceção da parte que o postula”¹³¹.

conforme já dissemos, aparece apenas como 'meio' para que seja exercitado o direito à adequada cognição da lide. Como se vê, as tutelas têm funções extremamente diferentes, ainda que ambas tenham por pressuposto o *periculum in mora*”, p. 58.

129 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 235.

130 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 83.

131 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 83. “Ou”, como continua, “até mesmo, como ocorre nas ações (de direito material) sem direito subjetivo, capaz de ser identificada com um *interesse juridicamente protegido*, mas não reconhecido pela ordem jurídica como um direito subjetivo. É o que se dá na ação civil pública, destinada à defesa do meio ambiente, do consumidor ou de outros interesses supra-individuais (Lei nº 7.347, de 27.07. 1985); ou na ação popular, em que a parte legitimada para essas ações não é titular de qualquer direito subjetivo posto em causa”, p. 83. É interessante ainda notar-se que, consoante ensina o professor FRANCISCO AMARAL da Universidade Federal do Rio de Janeiro, “o direito subjetivo é mais do que um conceito técnico usado para facilitar a aplicação do

OVÍDIO tem insistido, desse modo, “em que o objeto da proteção cautelar há de ser sempre, primariamente, um direito da parte, ou uma pretensão ou ação, ou até mesmo uma simples exceção substancial”.¹³²

Com efeito, OVÍDIO encontra-se, assim, “em divergência com a doutrina dominante que confunde, como já vimos, a proteção cautelar com *tutela do processo* e apenas indiretamente e por via reflexa podendo proteger igualmente um direito subjetivo da parte”.¹³³

GIUSEPPE CHIOVENDA, grande estudioso da tutela cautelar, já identificava “(...) a figura geral da provisão provisória preventiva”.¹³⁴ Isso significa que CHIOVENDA já vislumbrava um direito material de cautela.¹³⁵

direito. Tem também reconhecido significado ético que se manifesta nas funções que desempenha, tanto na defesa das liberdades públicas ou direitos fundamentais, sob a forma de direitos subjetivos públicos nas relações entre o Estado e os cidadãos, quanto na realização dos interesses da pessoa na órbita de suas relações particulares” (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 188).

132 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 83.

133 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 83.

134 *Apud* CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 35, nota 8. “Quanto à atividade e ao provimento cautelar CHIOVENDA anotava as seguintes características: a) *autonomia funcional completa da tutela cautelar para atuar sobre uma lide própria* (lide cautelar identificada com a chamada *ação cautelar*, segundo a peculiar terminologia *chiovendiana*), pois identificava um poder jurídico decorrente diretamente do direito objetivo (o direito de cautela) para obter medidas urgentes (conservativas ou antecipatórias) para salvar do perigo de dano irreparável os interesses materiais das partes enquanto plausíveis, enquanto *fumus boni iuris*, independentemente de corresponder ou não a um direito subjetivo; b) *natureza residual da tutela cautelar, donde a sua atipicidade*, fundada em poder geral de cautela, que não precisaria sequer ser explicitado nos ordenamentos em face da imprescindibilidade de uma tutela residual para assegurar a efetividade da jurisdição, a despeito do legislador poder idealizar formas típicas de tutela cautelar; c) *discricionariedade judicial na avaliação dos pressupostos para a decretação da medida*, em face da própria atipicidade que geralmente informa as situações cautelandas; d) *concessão da medida cautelar (conservativa ou antecipatória) na medida da necessidade para afastar o temor de dano jurídico*; e) *temporiedade das medidas que não são vinculadas ontologicamente a um provimento definitivo*, mas simplesmente porque não inibem um provimento definitivo sobre os interesses tutelados cautelarmente em outra lide; f) *fungibilidade das medidas*, tanto que cabe ao juiz decretar a medida mais adequada, seja conservativa, seja antecipatória, podendo a medida importar na imposição de caução, senão na ordem de suspensão de uma obra embargada, senão no prosseguimento com garantias da obra, senão no desfazimento da mesma; g) *instabilidade dos provimentos e dos efeitos* que podem a qualquer tempo ser revistos, independentemente de um provimento de cognição exauriente em um processo definitivo”, 35-36.

135 “Com efeito, em nenhum momento da formulação da teoria da ação cautelar, CHIOVENDA cogita de algum nexo de acessoriedade ou dependência da tutela cautelar em relação às tutelas cognitiva e executiva, fato que foi observado por ANDREA PROTO PISANI, pois CHIOVENDA atribuiu à função cautelar uma autonomia absoluta, completa, no plano de realização do direito objetivo, instrumentalizando um direito potestativo de obter a preservação de interesses materiais em situação de perigo de dano (PROTO PISANI, Andrea. *Chiovenda e la tutela cautelare*. Rivista di Diritto Processuale Civile, Padova: Cedam, n. 43, 1988, p. 16-34)” (CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 36, nota 10).

A concepção substancialista atribui à tutela cautelar “o fim de tutelar imediatamente interesses das partes em situações de urgência”.¹³⁶ Isto é, a concepção substancialista da tutela cautelar quer que seu fim “seja o de tutelar os interesses das partes em situações excepcionais”.¹³⁷

Seguindo essa orientação, afirma o professor ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA que ao lado de todo e qualquer direito subjetivo primário encontra-se um direito material de cautela, subsidiário, que se compraz em atuar interesses plausíveis, verossímeis (*fumus*), podendo essa plausibilidade referir-se tanto à titularidade desses interesses quanto à plausibilidade da adequação da utilidade pretendida para a satisfação desses interesses.¹³⁸

O direito material de cautela, consoante ALCIDES, decorreria do direito geral de cautela todos devem possuir de forma subsidiária à luz do ordenamento para a tutela de direitos e interesses em situação de perigo. Segundo sua visão substancialista, “trata-se de um direito que deflui do ordenamento jurídico e que se presta à tutela de interesses das partes, notadamente interesses materiais, o que basta para a sua inserção no plano substancial”.¹³⁹

136 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 144.

137 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 144.

138 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 234. O mestre ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA, com efeito, assim vislumbra o direito de cautela: “*trata-se de um direito substancial, subsidiário, que autoriza a atuação autônoma do fumus em situação de urgência qualificada pelo periculum damnum irreparabile, para preservar ou resgatar a idealidade de interesses relevantes correlativos finalisticamente ao fumus ou instrumentalmente dependentes da atuação do fumus para obter proteção. Trata-se de um direito atípico, que é o substrato da pretensão material cautelar, que legitima a pretensão à ação processual cautelar, mediante tutela jurisdicional residual, que exige cognição especial e discricionária dos pressupostos, para produzir medidas caracterizadas: a) pela temporariedade estrutural e funcional; b) pela fungibilidade na adequação de medidas conservativas ou antecipatórias; c) pela limitação dos efeitos naturais à medida da suficiência ou da estrita necessidade para afastar a situação de perigo; d) pela variabilidade do conteúdo e efeitos consoante a variabilidade das circunstâncias quanto ao fumus e ao periculum; e) pela instabilidade do provimento sujeito à cessação de eficácias enquanto perdura a situação cautelanda; f) pelas eficácias da declaração do status de fumus in periculum e principalmente pela mera mandamentalidade ou mera executividade dos provimentos; g) pela satisfatividade dos provimentos em relação à pretensão cautelar, prevenindo ou assegurando a idealidade da situação cautelanda enquanto perduram as situações de fumus e periculum; h) pelo condicionamento a outros e eventuais temperamentos complementares do direito positivo*”, p. 235-236.

139 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 248-249. “O fato decisivo para a compreensão de toda a fenomenologia cautelar é de que, através da função cautelar, conservativa ou antecipatória, instrumentaliza-se em concreto um direito de cautela que, sendo de caráter geral, especializa-se para afastar uma concreta situação de perigo a interesses juridicamente relevantes, cuja proteção ou realização prática depende da plausibilidade de uma pretensão de fundo, ideal”, p. 250.

CÂNDIDO DINAMARCO, por si, afirma que “o Poder Judiciário brasileiro é competente para litígios de toda ordem, inclusive entre o administrado ou o funcionário e a Administração e mesmo que se litigue com fundamento em meros interesses legítimos e não direitos subjetivos”.¹⁴⁰

O problema é que muitas vezes se tem negado vida a essa concepção, pondo em situação de abandono os direitos, senão de desprezo. É o que acontece, por exemplo, quando se nega que a tutela cautelar possa utilizar-se da técnica antecipatória para dar efetiva proteção aos interesses, dizendo-se que apenas medidas conservativas se compatibilizariam com seu regime.

Isso não corresponde à verdade, sendo de se mencionar que mesmo representantes da concepção substancialista, como THEODORO JÚNIOR, salientam que, se se ater a um excessivo rigor técnico classificatório “o juiz pode correr o risco de denegar a tutela de urgência somente por uma questão formal, deixando assim o litigante privado da efetividade do processo, preocupação tão cara à ciência do direito processual contemporâneo. Com efeito, não é nesse rumo que se orienta esse ramo da ciência jurídica, em nosso tempo”.¹⁴¹ Pois, lembra o professor mineiro, na atual fase “das garantias constitucionais do processo, exercem as tutelas de urgência relevantíssimo papel tendente a promover a plenitude do acesso à Justiça e a assegurar a efetividade da tutela jurisdicional contra toda e qualquer lesão ou ameaça a direito subjetivo”.¹⁴²

“Dentro dessa perspectiva de estimular as responsáveis pela prestação jurisdicional a outorgarem às partes litigantes um processo caracterizado pela 'efetividade' e 'tempestividade da tutela', foi que a Lei nº 8.952/94 concebeu 'a antecipação de tutela'”.¹⁴³

Mais, dentro dessa perspectiva o legislador reformista viu-se instigado a relativizar a excessiva ordinarização do processo civil brasileiro, inserindo diferentes

140 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1990, p. 63.

141 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. II, p. 539. “A melhor doutrina, destarte, é a que, a respeito do problema, recomenda a solução flexibilizante do procedimento cautelar ou antecipatório, e se justifica com o irresponsável argumento de que 'questões meramente formais não podem obstar à realização de valores constitucionalmente garantidos', como é o caso da garantia de efetividade da tutela jurisdicional”, p. 540.

142 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. II, p. 541.

143 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. II, p. 560.

tipos de tutelas antecipadas como tutelas diferenciadas a serviço da efetividade na proteção dos direitos.¹⁴⁴

Não se duvide, pois, da lição do mestre ALCIDES, de que “o processo civil brasileiro, à luz dos diversos fundamentos para a concessão de tutela antecipada, no art. 273, convive na verdade com várias espécies de antecipação”.¹⁴⁵

Lembre-se, ainda, consoante ALCIDES, que “são infinitas as hipóteses de cautelares em face da natureza subsidiária do direito material de cautela e da natureza residual da função cautelar. As combinações de técnicas podem ser as mais variadas possíveis”.¹⁴⁶

É sobre a técnica da antecipação de tutela e seu específico regime cautelar a ser observado pelo artigo 273, I, que se pretende chamar um pouco mais a atenção¹⁴⁷ daqueles que se preocupam com uma efetiva proteção dos direitos, consoante uma óptica substancialista, que vislumbra nos direitos fundamentais da Constituição a luz de uma verdadeira tutela jurisdicional efetiva, e porque não dizer, a efetividade da tutela jurisdicional em sua plenitude!

144 “A despeito de se estar convivendo por uma década com estas técnicas, não se nota uma preocupação mais acentuada da doutrina ou da jurisprudência brasileiras em enfatizar as várias espécies de antecipações ou os diferentes tipos de tutela que se podem antecipar, distinguindo entre os respectivos regimes jurídicos” (CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Antecipação e antecipações: dez anos de tutela antecipada ou de antecipações de tutela. *Estudos de direito processual civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*, obra coletiva, coord. LUIZ GUILHERME MARINONI, São Paulo: RT, 2005, p. 233). Foram os estudos realizados pelo professor ALCIDES em seus trabalhos sobre a tutela cautelar que encorajaram a pesquisa da presente obra.

145 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Antecipação e antecipações: dez anos de tutela antecipada ou de antecipações de tutela. *Estudos de direito processual civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*, obra coletiva, coord. LUIZ GUILHERME MARINONI, São Paulo: RT, 2005, p. 233.

146 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 322. Consoante ainda o mestre ALCIDES: “a ideologia instrumentalista não se compadece com formalismos estéreis. As fórmulas *cautelar conservativa* e *cautelar antecipatória*, ou ainda (que seja!) *medida cautelar* e *medida antecipatória*, não foram suficientemente assimiladas, compreendidas, distinguidas ou aproximadas pela doutrina e jurisprudência”, p. 335.

147 “Enfim, sobre a diversidade de pressupostos, sobre a multiplicidade de natureza e de regime jurídico das antecipações genéricas do art. 273 é que se quer pedir um pouco mais de reflexão, avaliando-se a genialidade do legislador processual reformista brasileiro, que de uma só tacada logrou permear o processo comum com diferentes tipos de tutela, ou seja, tutelas diferenciadas que emanam de um procedimento-padrão, o que situa sem dúvida o processo civil brasileiro em posição de vanguarda entre os ordenamentos que se engajaram no movimento instrumentalista desencadeado por Cappelletti” (CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Antecipação e antecipações: dez anos de tutela antecipada ou de antecipações de tutela. *Estudos de direito processual civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*, obra coletiva, coord. LUIZ GUILHERME MARINONI, São Paulo: RT, 2005, p. 235).

4. Regime cautelar no artigo 273, I, do Código de Processo Civil

Para se bem compreender “a técnica da antecipação da tutela de urgência em cognição cautelar”, segundo o professor ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA, “antes de tudo é preciso descartar o conceito absolutamente equivocado, insuficiente e estéril de que a função cautelar se destina a proteger (hipoteticamente) um processo ou um provimento não cautelar”.¹⁴⁸

Como se viu, essa concepção firma-se sobre uma base tradicionalista ou dogmática, que acabou por isolar a tutela cautelar como um *tertium genus*, a par das funções jurisdicionais ditas primárias – pois destinadas, respectivamente, a declarar e realizar os direitos declarados no plano fático -, negando-se, pois, que o escopo preventivo e residual dessa tutela correspondesse a um direito subsidiário de cautela inerente a todo ordenamento jurídico constitucional verdadeiramente democrático.¹⁴⁹

Contudo, essa visão não mais se justifica em plena fase instrumentalista, “que condena o isolamento das funções processuais que a dogmática tentou impor de modo inexorável ao ordenamento processual”.¹⁵⁰

Lembre-se ainda, consoante o estudo do professor MARINONI, que “não há mais qualquer legitimidade na velha idéia de jurisdição voltada à atuação da lei, esquecendo-se que o Judiciário deve compreendê-la e interpretá-la a partir dos

148 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Antecipação e antecipações: dez anos de tutela antecipada ou de antecipações de tutela. *Estudos de direito processual civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*, obra coletiva, coord. LUIZ GUILHERME MARINONI, São Paulo: RT, 2005, p. 242. Segundo o professor ALCIDES, “a locução de CALAMANDREI, de que a medida cautelar exerce uma *instrumentalidade hipotética* em relação ao provimento definitivo, é a *prova cabal da relatividade*, pois existe apenas uma expectativa, mais ou menos aleatória, de que a função cautelar esteja hipoteticamente servindo de meio ou instrumento para assegurar o suposto equilíbrio de forças entre as partes na lide que informa ou deverá informar o processo principal; existe apenas uma expectativa de que o processo cautelar atinja o fim anunciado de proteger a atividade jurisdicional, pois, sempre que for dissonante o provimento definitivo, a atividade terá servido concretamente para penalizar o interesse que afinal foi reputado prevalente no processo principal” (CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p.192).

149 “A sugestão de que o Processo Cautelar deveria corresponder a um *tertium genus*, ao lado da cognição e da execução (Chiovenda, *Instituições*, vol. 1º, nº 10; Wach, *La Pretensión de Declaración*, trad. arg., 1962, p. 42; Calamandrei, *Introducción*, p. 35), decorre diretamente do modo como a doutrina concebeu o *proceso declarativo* que, além de sujeitar-se rigidamente ao *principio dispositivo*, ainda universalizou a *ordinariedade*, ao consagrar a exclusividade da ação condenatória, transferindo para um processo autônomo posterior todas as formas de tutela executória. Ora, como é sabido, a quebra da *ordinariedade* somente poderia dar-se com as ações que contivessem em sua estrutura eficaz, simultaneamente, cognição e atividade *lato sensu* executiva” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 37).

150 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 300.

princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais”.¹⁵¹

O legislador reformista demonstrou, pois, sua preocupação com esses novos ideais tendentes a dar plena efetividade à tutela jurisdicional em sua tarefa de proteção aos direitos, rompendo-se com o dogma da ordinarização inicialmente estabelecido pela sistemática do Código de Processo Civil inserindo, por exemplo, tipos diferentes de técnicas antecipatórias na atual redação do artigo 273, como tutelas diferenciadas possíveis de utilização no próprio procedimento padrão do processo de conhecimento do Livro I.

Visualizando essa realidade, o professor ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA observou que “o processo civil brasileiro, à luz dos diversos fundamentos para a concessão de tutela antecipada, no art. 273, convive na verdade com várias espécies de antecipação”.¹⁵²

OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, para demonstrar, desde logo, que a tutela cautelar pode muito bem se utilizar da técnica antecipatória na sua tarefa de dar proteção às situações conflituosas, destaca que, “na Itália, os *provvedimenti d'urgenza*, nome com que são designadas as cautelares inominadas, são confessadamente medidas antecipatórias”.¹⁵³

151 MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado constitucional*, p. 22. Ainda consoante o professor, “a adequada prestação jurisdicional depende da universalidade de acesso à justiça, do plano normativo processual, da estrutura material da administração da justiça, bem como do comportamento do juiz, também é preciso pensar na relação entre o *direito fundamental à tutela jurisdicional* e o *'modo de ser' da jurisdição*, ou melhor, entre o *direito fundamental processual do particular* e a *capacidade do Estado efetivamente prestar a tutela jurisdicional*. O *'modo de ser'* da jurisdição influi sobre o resultado da sua atividade. Isso porque não basta dizer que a jurisdição implica na conformação da lei à Constituição de acordo com as peculiaridades do caso concreto, se o juiz não pode, por exemplo, utilizar um meio executivo imprescindível para a prestação da tutela jurisdicional. Nesse caso, como é óbvio, o judiciário não responde ao direito fundamental processual do particular nem se desincumbe do seu dever de dar tutela aos direitos”, p. 38.

152 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Antecipação e antecipações: dez anos de tutela antecipada ou de antecipações de tutela. Estudos de direito processual civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*, obra coletiva, coord. LUIZ GUILHERME MARINONI, São Paulo: RT, 2005, p. 233. O professor ALCIDES, explicando que os diferentes tipos de antecipação de tutela podem ser evidenciados também sob o prisma de seus diferentes fundamentos, leciona: “Cada um destes fundamentos é indicativo de um tipo de tutela antecipada, cujos provimentos se submetem a regimes jurídicos diferentes, à luz da teoria geral do processo civil”, p. 233.

153 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 88. Para demonstrar a total viabilidade de a tutela cautelar utilizar-se de medidas antecipatórias para a proteção de direitos, à luz dos *provvedimenti d'urgenza* italianos, OVÍDIO salienta que bastaria “ler o título da obra de Ferruccio Tommaseo”, referindo-se à *I Provvedimenti d'Urgenza, (Struttura e Limiti della Tutela, Antecipatória)* de Tommaseo, conforme sua bibliografia referida, p. 88. “É ainda ANDREA PROTO PISANI, com sua notória autoridade quem admite que (...) existem os provimentos cautelares antecipatórios, porque não se pode negar, em face do poder geral de cautela, a atipicidade de situações de perigo de dano irreparável, que correspondem ao perigo de *infuttuosità* cujos provimentos, ao contrário dos provimentos de cognição sumária propriamente ditos, promovem uma disciplina apenas temporária ou provisória dos interesses em conflito. Discorrendo sobre os provimentos de urgência do Código de Processo Civil italiano, mais

Assim, chama-se a atenção, agora, para a antecipação de tutela constante do artigo 273, I, do Código de Processo Civil, que destaca que poderá o juiz “antecipar ... os efeitos da tutela pretendida ... desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”.¹⁵⁴

Diante desse fundamento do inciso I do artigo 273 do Código de Processo Civil, ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO pronunciou-se no sentido de que “a lei optou por condicionar a antecipação da tutela ao perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, com o que acabou criando, talvez sem perceber, a autorização para uma providência antecipatória, mas de caráter cautelar”.¹⁵⁵

Segundo o professor da USP, há “um enorme preconceito por parte de um significativo segmento da doutrina do processo cautelar”, referindo-se, dessa forma, “à idéia de que a antecipação dos efeitos da providência final de mérito não seja compatível com a cautelaridade”.¹⁵⁶ Para ele, não se quer vislumbrar o regime cautelar a que se submete a antecipação de tutela do inciso I do artigo 273 do Código de Processo Civil seria “fugir do desafio”, “seria compactuar com a tese de que a tutela antecipada é o que se pretendia que ela fosse e não o que, em realidade, ela é!”.¹⁵⁷

precisamente sobre o artigo 700, que constitui uma projeção do artigo 798 do CPC brasileiro, que admite o poder geral de cautela, admitindo medidas cautelares atípicas ou inominadas, observa que enquanto as medidas cautelares típicas previstas em outras disposições do Código italiano assumem geralmente uma feição conservativa, o artigo 700, admitindo a atipicidade dessas providências de urgência, que devem ser emanadas para afastar o perigo de dano irreparável a interesses relevantes (perigo de *infruttuosità*), funciona como uma norma que fecha o sistema da cautelaridade, admitindo inclusive medidas cautelares antecipatórias: 'I provvedimenti d'urgenza pertanto possono assolvere sia una funzione conservativa anche anticipatoria' (I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 C.P.C. *Appunti sulla giustizia civile*, p. 391-393). CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 391, nota 32).

154 MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Observações sobre a natureza cautelar da tutela antecipatória do art. 273, I, do CPC. *Reforma do Código de Processo Civil*, obra coletiva, coord. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 218.

155 MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Observações sobre a natureza cautelar da tutela antecipatória do art. 273, I, do CPC. *Reforma do Código de Processo Civil*, obra coletiva, coord. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 219.

156 MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Observações sobre a natureza cautelar da tutela antecipatória do art. 273, I, do CPC. *Reforma do Código de Processo Civil*, obra coletiva, coord. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 226.

157 MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Observações sobre a natureza cautelar da tutela antecipatória do art. 273, I, do CPC. *Reforma do Código de Processo Civil*, obra coletiva, coord. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 229-230. Consoante ainda o professor ANTÔNIO CLÁUDIO, muito mais confortável é a posição daqueles que defendem a não-cautelaridade da antecipação porque não precisam preocupar-se absolutamente com o Livro III. Contudo, não consigo desviar meus olhos do que me parece mais relevante nesse quadro todo, que é o fato de a lei ter criado – voluntária ou involuntariamente, não importa – mais uma forma de

Segundo esse professor, o inciso I do artigo 273 “estabeleceu um requisito ontologicamente cautelar como *conditio sine qua non* da concessão da tutela antecipada, o que a torna *ex vi* da sua própria estrutura jurídica uma medida cautelar!”.¹⁵⁸ ANTÔNIO CLÁUDIO toma aqui em consideração a análise do pressuposto do *periculum in mora*¹⁵⁹, que para ele possui uma relação de fundamento ontológico com a cautelaridade. Segundo suas palavras, “este requisito aparece no pensamento da doutrina como condição de existência da própria cautelaridade e dos fenômenos isolados que lhe compõem o substrato: jurisdição, tutela estatal, processo, procedimento, ação, medida etc”.¹⁶⁰

Ensina, finalmente, que “relativamente aos requisitos da ação cautelar tudo se resume ou se esgota em *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, daí extraíndo a doutrina todas as características da cautelaridade”.¹⁶¹

Conclui, pois, que “não há como questionar lógica e juridicamente a cautelaridade de uma providência que só pode ser concedida se uma situação de perigo estiver caracterizada; se uma medida é justificada pelo perigo, seu efeito ou escopo só pode ser o de afastar esse mesmo perigo”.¹⁶²

Com efeito, tal idéia conjuga-se com a concepção compartilhada pelo

tutela cautelar no art. 273, I, ao condicioná-la ao *periculum in mora*, de sorte que não há outra saída senão enfrentar com coragem o desafio de subjugar o monstro do Processo Cautelar”, p. 229. Em sentido semelhante, ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA: “Trata-se de uma visão que mutila a tutela cautelar, impondo um limite indevido à subsidiariedade que informa o direito de cautela e à natureza residual da função cautelar, como se os fundamentos constitucionais que exigem os temperamentos entre os princípios da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição (cujos princípios animam tanto a tutela cautelar como também a tutela sumária de direitos) não comportassem residualmente hipóteses de antecipação de efeitos satisfativos dos interesses na dimensão da mera cautelaridade” (CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 348).

158 MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Observações sobre a natureza cautelar da tutela antecipatória do art. 273, I, do CPC. *Reforma do Código de Processo Civil*, obra coletiva, coord. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 225.

159 ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO não vê distinção entre os conceitos de *periculum in mora* e *periculum damnum irreparabile*, encarando aquele como um dos pressupostos das *medidas cautelares*.

160 MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Observações sobre a natureza cautelar da tutela antecipatória do art. 273, I, do CPC. *Reforma do Código de Processo Civil*, obra coletiva, coord. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 217.

161 MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Observações sobre a natureza cautelar da tutela antecipatória do art. 273, I, do CPC. *Reforma do Código de Processo Civil*, obra coletiva, coord. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 223.

162 MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Observações sobre a natureza cautelar da tutela antecipatória do art. 273, I, do CPC. *Reforma do Código de Processo Civil*, obra coletiva, coord. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 225. Consoante o professor ANTÔNIO CLÁUDIO, o *escopo institucional da medida cautelar* pode ser assim sintetizado: “em situações de iminente perigo de dano ou se faz justiça já, ou muito provavelmente de nada adiantará pretender fazer justiça mais tarde”, p. 226.

professor ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA, para quem, em exame dos diferentes tipos de antecipação de tutela do artigo 273 do Código de Processo Civil, “na hipótese de ser motivado o provimento por situação de perigo de dano irreparável, manifestar-se-á uma situação de tutela de urgência, historicamente denominada tutela cautelar (uma tutela de cognição sumária *cautelar*)”.¹⁶³

Segundo ilustra o eminente mestre da UFPR, a técnica de antecipação de tutela cautelar “consiste em permitir a incoação de liminares de urgência no *iter* do processo de conhecimento e no curso de qualquer outro processo (pois as regras do Livro I do Código de Processo Civil assumem um valor geral, consoante se depreende dos arts. 271 e 272 do mesmo diploma)”.¹⁶⁴

Isso levaria ao fenômeno da *inter-relação de lide*, consoante o magistério de EGAS MONIZ DE ARAGÃO, “quando o pedido cognitivo e, portanto, a lide cognitiva, é concomitante à demanda ou ao processo cognitivo”.¹⁶⁵

Segundo o professor ALCIDES, “os fundamentos genéricos quanto ao *fumus boni iuris* e ao *periculum damnum irreparabile* evidenciam os elementos que podem dar configuração à lide cautelar, inconfundível com a lide cognitiva, cujas lides podem ser agora cumuladas no mesmo processo”.¹⁶⁶

Ainda consoante o ensinamento do professor ALCIDES, a introdução da tutela antecipada cautelar do artigo 273, I, indubitavelmente contribuiu para a

163 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Antecipação e antecipações: dez anos de tutela antecipada ou de antecipações de tutela. *Estudos de direito processual civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*, obra coletiva, coord. LUIZ GUILHERME MARINONI, São Paulo: RT, 2005, p. 233.

164 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Antecipação e antecipações: dez anos de tutela antecipada ou de antecipações de tutela. *Estudos de direito processual civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*, obra coletiva, coord. LUIZ GUILHERME MARINONI, São Paulo: RT, 2005, p. 243.

165 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Antecipação e antecipações: dez anos de tutela antecipada ou de antecipações de tutela. *Estudos de direito processual civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*, obra coletiva, coord. LUIZ GUILHERME MARINONI, São Paulo: RT, 2005, p. 243. Consoante o ensinamento do mestre ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA, a antecipação cautelar do artigo 273, I, do CPC ensejaria o fenômeno da *inter-relação de lides*: “No inciso I do artigo 273, à semelhança do que se contém no § 3.º do artigo 461, está prevista uma antecipação cautelar, de urgência urgentíssima, para realização total ou parcial, dos interesses plausíveis para o fim de exorcizar uma *situação de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação*. Há uma lide cautelar que se processa cumulativamente com a lide cognitiva, o que dá ensejo à *inter-relação de lides*, fator esse que certamente motivou o legislador a permitir essa técnica, muito mais ágil e expedita do que as técnicas do Livro III, muito embora tenha mantido essas últimas, o que revela que permite uma *fungibilidade de técnicas* e até mesmo a combinação de técnicas, no que couber, de acordo com o interesse processual do requerente da medida de urgência” (CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 304-305).

166 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 390.

relativização da ordinarização estabelecido pelo padrão de tutela jurisdicional do processo de conhecimento do Livro I do Código de Processo Civil, pois, “antes da sentença definitiva de mérito que julgar procedente o pedido inicial de cognição, já se torna possível a emanção de uma liminar e a produção imediata de efeitos naturais, materiais, em face da mandamentalidade ou executividade inerente a essas medidas liminares, interinais”.¹⁶⁷

Não se justificam, pois, as tentativas levadas a cabo pela doutrina tradicionalista, de se “joeirar, com precisão, uma e outra espécie de tutela”¹⁶⁸ (como se a técnica antecipatória – chamada por HUMBERTO THEODORO JÚNIOR de “tutela antecipada” - não se compatibilizasse com a tutela cautelar), visto que, além de se negar assim vida à residualidade característica da tutela cautelar, chamada a atuar face a situações concretas de perigo de dano iminente, em que essa não poderia atuar com base na utilização de medidas antecipatórias, estar-se-ia negando, na mesma medida, proteção aos direitos, com base no falso argumento de que a tutela cautelar se destinaria à proteção do processo dito principal, e não com base no direito subsidiário de cautela, inerente a todo Estado de Direito.

No interior de uma catedral, possivelmente uma onírica catedral tcheca de KAFKA, JOSEF K. escuta do capelão do cárcere a história do camponês que fenece diante da lei sem que lhe seja permitido o acesso ao seu interior.¹⁶⁹

O exemplo é caricatural e serve bem para demonstrar como um formalismo excessivo por parte dos juízes no momento de concessão da antecipação de tutela em regime cautelar poderia levar os direitos dos cidadão à mesma situação de esquecimento do camponês kafkiano, que a despeito de se encontrar durante muito tempo diante da porta da lei que unicamente a ele se destinava, não conseguiu o acesso ao seu interior, expirando antes que lhe fosse possível conhecer o esplendor que o aguardava.

Isso levou THEODORO JÚNIOR a afirmar o dever de se “transigir com a pureza dos institutos do que sonegar a prestação justa a que o Estado se obrigou perante todos aqueles que dependem do Poder Judiciário para defender seus

167 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 284.

168 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. II, p. 571.

169 KAFKA, Franz. *O processo*. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 239 e ss.

direitos e interesses envolvidos em litígio”.¹⁷⁰

“A melhor doutrina, destarte, é a que, a respeito do problema, recomenda a solução flexibilizante do procedimento cautelar ou antecipatório, e se justifica com o irresponsável argumento de que 'questões meramente formais não podem obstar à realização de valores constitucionalmente garantidos’”.¹⁷¹

Pois, consoante ainda o seu ensinamento, em “relação à antecipação de tutela (CPC, arts. 273 e 461), a lei exige requisitos simétricos aos da tutela cautelar”¹⁷², havendo-se, pois, que ser admitida – e de uma vez por todas – a existência da antecipação de tutela em regime cautelar, na forma do disposto no artigo 273, I, do Código de Processo Civil.

Lembre-se, finalmente, que a instituição de uma técnica de antecipação de tutela cautelar afina-se sem dúvida com o ideal substancialista que visa adequar o processo como instrumento na efetiva proteção dos direitos, para que os cidadãos possam, consoante ANDREA PROTO PISANI, “*ottenere per quanto possibile praticamente tutto quello e proprio quello che egli há diritto di conseguire a livello di diritto sostanziale*”.¹⁷³

Pois, como bem referiu MARINONI, “ainda que o Código de Processo Civil não tratasse da tutela de urgência, esta deveria ser prestada com base no princípio da inafastabilidade”.¹⁷⁴

“Longe, pois, de assinalar uma barreira intrasponível entre as medidas conservativas e as antecipatórias, o que se intenta é harmonizá-las como integradas ambas dentro da sistemática e do escopo geral da tutela cautelar”.¹⁷⁵

Veja-se, portanto, algumas peculiaridades encontradas na antecipação de tutela do artigo 273, I, do Código de Processo Civil, que, como visto, submete-se a um específico regime cautelar com base no pressuposto ali estabelecido.

170 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. II, p. 571. Segundo o grande professor da UFMG: “Eis a orientação merecedora de aplausos, sempre que o juiz se deparar com algum desvio procedimental no conflito entre tutela cautelar e tutela antecipatória”, p. 571.

171 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. II, p. 540.

172 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. II, p. 597.

173 *Apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. II, p. 531.

174 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipada*. São Paulo: RT, 1994, p. 93.

175 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. II, p. 602.

4.1 Pressupostos genéricos do “*periculum damnum irreparabile*” e “*fumus boni iuris*”

Consoante ensina THEODORO JÚNIOR, pela “teoria tradicional da tutela cautelar, as medidas preventivas sujeitam-se a dois pressupostos que são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*”.¹⁷⁶

Note-se, primeiramente, que, para o mestre mineiro, a tutela cautelar exigiria a configuração do *periculum in mora*, não fazendo o professor a necessária distinção entre o *periculum in mora* genericamente avaliado, que leva o legislador a prever hipóteses tipificadas de sumarização (de cognição sumária de direitos) e o *periculum damnum irreparabile*, correspondente à situação de perigo específica da tutela cautelar.

Como observou OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, a expressão “*periculum in mora* não é incorreta, mas é ambígua. Na verdade a tutela cautelar legitima-se porque o direito, carente de tutela imediata, poderia sofrer um dano irreparável”.¹⁷⁷

Segundo o professor ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA, no estágio atual, tem-se distinguido as medidas antecipatórias que mantêm a natureza cautelar porque possuem como pressupostos genéricos o *fumus boni iuris* e o *periculum damnum irreparabile* das medidas antecipatórias de cognição sumária, decorrentes de pressupostos objetivamente valorados pelo legislador e em forma de lei e que se preocupam com fatos da lide ou do processo cognitivo, dispensando a avaliação discricionária de *fumus* e *periculum*.¹⁷⁸

Segundo ensina o mestre, o objeto da *função jurisdicional cautelar* seria o “de tutelar emergencialmente sobre um interesse qualificado como *fumus*, para garantir a sua idealidade na medida da necessidade, diante de uma situação

176 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. II, p. 597.

177 *Apud* CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Antecipação e antecipações: dez anos de tutela antecipada ou de antecipações de tutela. *Estudos de direito processual civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*, obra coletiva, coord. LUIZ GUILHERME MARINONI, São Paulo: RT, 2005, p. 241, nota 20. E continua na mesma nota: “Como anotamos amplamente em trabalhos anteriores (...) o direito medieval que nos legou o conceito de *periculum in mora* jamais o empregou como sinônimo de tutela de segurança (cautelar), mas, ao contrário, sempre o reservou para os casos de execução provisória, valendo-se do conceito de dano irreparável quando a hipótese corresponde à tutela cautelar’ (SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. São Paulo: RT, 1998. v. 3. p. 42)”.

178 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 94, nota 18.

concreta de *periculum damnum*".¹⁷⁹

Com efeito, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR ensina que o *fumus boni iuris* exige do requerente a demonstração ao magistrado da *aparência de um direito subjetivo* envolvido no litígio, sendo que pelo *periculum in mora* visa-se afastar um risco de um dano grave e de difícil reparação, suportado pelo mesmo direito, caso se tenha de esperar o desfecho em definitivo do processo.¹⁸⁰

Consoante o professor ALCIDES, "o juiz, ao apreciar os requisitos do *fumus* e do *periculum*, para conceder ou repelir o pedido cautelar, estará apreciando o mérito"¹⁸¹do pedido cautelar. E continua o professor, que esse "mérito ou essa lide corresponde, segundo OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, à situação cautelanda, informada pelo *fumus* e o *periculum*".¹⁸²

Referindo-se especificamente ao pressuposto do *fumus boni iuris*, OVÍDIO informa submeter-se a tutela cautelar "à contingência de tutelar a aparência do direito".¹⁸³

Pois, diz OVÍDIO, consoante PIERO CALAMANDREI, na contingência entre o fazer bem, porém tardiamente, e o fazer mal, mas em tempo adequado, a tutela cautelar acaba por se decidir pelo fazer logo, ainda que sob o risco de fazer mal, relegando para as formas repousadas e tranqüilas do procedimento comum ordinário o problema do bem e do mal, ou seja, a questão da justiça.¹⁸⁴

179 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 243. Segundo o mestre, "o objeto da tutela cautelar, como já insinuava Chiovenda e como afirmaram categoricamente Calvosa, Ugo Rocco, Angelo Januzzi, Pontes de Miranda, Ovídio Baptista da Silva, Kazuo Watanabe, dentre outros, é atuar autonomamente sobre o *fumus boni iuris* em face do *periculum damnum irreparabile*, pois, afinal, o que sobressai é que o *fumus* é um interesse juridicamente protegido pelo ordenamento por si só, de forma autônoma", p. 243.

180 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. II, p. 597.

181 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 186.

182 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 186.

183 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 70. "Realmente, como leciona Cândido Rangel Dinamarco, 'a simples aparência do direito que se aprecia na cognição sumária basta para que as medidas cautelares sejam concedidas, restando a tranqüilidade de que eventuais erros, eventuais distorções serão desfeitas, depois no processo principal. Por isso mesmo é que, em princípio, os julgamentos cautelares não passam em julgado, não adquirem a autoridade da coisa julgada material (o juiz não afirmou que o direito existe, o juiz simplesmente disse que parece existir o direito, existe uma aparência, um *fumus boni iuris*); ou então ele nega a medida cautelar dizendo que não há essa aparência do direito (e talvez o direito exista, mas ele não está aparente o suficiente para que a medida cautelar seja concedida)'" (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: RT, 1994, p. 32-33).

184 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.

MARINONI também identifica como pressuposto da tutela cautelar o *fumus boni iuris* ou “a aparência do bom direito”, dizendo que essa aparência, “na verdade, significa a probabilidade de que a afirmação do fato venha a ser provada”.¹⁸⁵

Segundo os pressupostos constantes do inciso I do artigo 273 do Código de Processo Civil, conforme lição de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, “a) a *prova inequívoca* do direito da parte e a *verossimilhança* de suas alegações (arts, *caput*); e b) o *fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação* (art. 273, I, CPC)”.¹⁸⁶, pode-se afirmar, seguindo a linha do professor ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA que, absolutamente, “o disposto no inciso I do artigo 273 não tem por objetivo instituir modalidade de antecipação sumária do direito com presunção de certeza e estabilidade do provimento. A função ali prevista é essencialmente cautelar”.¹⁸⁷

4.2 A referência à “prova inequívoca da verossimilhança da alegação”

Inobstante esses primeiros requisitos ou pressupostos gerais do *fumus e periculum damnum irreparabile* para a atuação da antecipação de tutela cautelar no próprio procedimento comum do processo de conhecimento, faz a lei referência à prova inequívoca da verossimilhança da alegação para a concessão da medida antecipatória.

Em um primeiro momento essa referência pode dar a entender que se está diante de uma tutela “maior” que a da simples aparência do direito em situação concreta de risco de dano irreparável.

Porém, como bem ilustra o professor ALCIDES, quer-se falar ali apenas em “exigência de prova suficiente sobre a verossimilhança da pretensão afirmada”.¹⁸⁸

70.

185 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: RT, 1994, p. 32-33). Veja-se, interessantemente, o visionarismo do professor MARINONI antes das reformas realizadas em 1994: “Se tivermos mais que *fumus*, por serem desnecessárias outras provas além daquelas trazidas aos autos com a petição inicial, inexistente situação de aparência, mas situação em que o direito é evidenciável *prima facie*. Em situações como esta, como é absolutamente lógico, é completamente desnecessária a tutela cautelar e, muito menos, o processo de cognição exauriente que lhe deverá seguir. Esta constatação é sobremaneira importante, e evidencia a necessidade de termos medidas (sem processo) cautelares e antecipatórias dentro de um procedimento abreviado, que bem pode ser o ordinário com julgamento antecipado da lide”, p. 62-63.

186 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. II, p. 597.

187 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 179.

188 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Antecipação e antecipações: dez anos de tutela antecipada*

Ou seja, para o mestre quando a lei alude “à prova inequívoca da verossimilhança da alegação certamente não quer se referir a um grau de convencimento maior do que aquele inspirado pela noção de *fumus boni iuris*”.¹⁸⁹

No mesmo sentido vê-se os professores LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, para os quais a “prova inequívoca”, capaz de convencer o juiz da ‘verossimilhança da alegação’, somente poderá ser entendida como a ‘prova suficiente’ para o surgimento do verossímil, *entendido como o não suficiente para a declaração da existência ou inexistência do direito*”.¹⁹⁰

Pois, ver-se-á adiante, diferentes juízos formais de verossimilhança acabam sendo chamados a operar sobre as situações de aparência de direitos, decorrendo de expressões mais ou menos amplas e fluidas como perigo de dano irreparável ou de ineficácia do provimento final¹⁹¹ o chamamento da tutela cautelar, residual às demais funções jurisdicionais ditas primárias, sendo, portanto, a prova suficiente aquela sobre qual se apoiará o juízo cautelar para a concessão da antecipação prevista no artigo 273, I, do Código de Processo Civil.

4.3 Juízos de mera verossimilhança, juízos com presunção de direitos e juízos de certeza jurídica como juízos formais decorrentes do ordenamento processual

Segundo ilustra sem confusão o mestre ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA, “é

ou de antecipações de tutela. *Estudos de direito processual civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*, obra coletiva, coord. LUIZ GUILHERME MARINONI, São Paulo: RT, 2005, p. 234.

189 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Antecipação e antecipações: dez anos de tutela antecipada ou de antecipações de tutela. *Estudos de direito processual civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*, obra coletiva, coord. LUIZ GUILHERME MARINONI, São Paulo: RT, 2005, p. 234.

190 ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 215.

191 “Nessas expressões vagas, fluidas, há um grau de indeterminação e subjetivismo incompatível com os critérios de que tem se valido o legislador para admitir formalmente graus diferentes de certeza e, paralelamente, eficácias diferentes aos provimentos quanto à estabilidade. O ordenamento, sempre que admite presunção de certeza, reporta-se a dados específicos, regrados, de uma relação jurídica material para autorizar a imediata produção de efeitos executivos. Quando admite presunção com certa dose de discricionariedade judicial, condiciona a produção de efeitos executivos à falta ou inconsistência da impugnação (ações monitórias). A locução *prova inequívoca para o convencimento da verossimilhança da alegação* somente pode significar que existe prova suficiente, já constituída, para a caracterização do *fumus*, isto é, da aparência de um direito. Quanto ao indicativo de que prova inequívoca quer significar prova suficiente do *fumus*, posicionou-se também MARINONI” (CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 293).

com base no sistema positivo que se pode extrair os critérios de que se valeu o legislador para distinguir entre *certeza*, *presunção de certeza* e *aparência* (ou mera verossimilhança) do direito, cujas eficácias confere aos provimentos que solucionam os conflitos”.¹⁹²

Segundo sua explicação magistral, enquanto nos planos filosófico e histórico existe a possibilidade de se reduzir todos os juízos aos planos da probabilidade, face à falibilidade ínsita aos juízos humanos em sua tarefa de valoração dos fatos e provas, no plano jurídico o ordenamento pode estabelecer uma nítida distinção, como de fato estabelece, em vista das garantias ou das condições objetivas a que se submetem esses juízos, para conferir-lhes, pois, diferentes eficácias que repercutem no grau de estabilidade dos provimentos e dos seus efeitos.¹⁹³

“Trata-se de um critério técnico, porque o grau de verossimilhança em cada caso decorre de elementos formais, preestabelecidos, que indicam a quantidade e a qualidade da *notio*, isto é, da atividade cognitiva do juiz”.¹⁹⁴

“CALAMANDREI”, ensina o mestre, “já havia observado agudamente que todo juízo de verdade é, na essência, um juízo de verossimilhança, o qual não se distingue com precisão dos juízos de aparência, de possibilidade ou dos juízos de probabilidade”.¹⁹⁵ E assim é que, continua, “para o direito, os conceitos de verossimilhança e de certeza jurídica não têm fundamento psicológico nem sociológico, decorrendo de política processual”.¹⁹⁶

É pois consoante essa opção de política processual legislativa que os *juízos de mera verossimilhança*, *juízos com presunção de certeza* e *juízos de certeza jurídica* são *juízos formais*, voltados à harmonização dos “princípios da segurança jurídica (ampla defesa e contraditório) aos princípios da efetividade da jurisdição (tutela adequada às diferentes situações em conflito)”.¹⁹⁷

192 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 375.

193 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 375.

194 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Antecipação e antecipações: dez anos de tutela antecipada ou de antecipações de tutela. *Estudos de direito processual civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*, obra coletiva, coord. LUIZ GUILHERME MARINONI, São Paulo: RT, 2005, p. 236.

195 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 378.

196 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 378.

197 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 378.

“Citando VOLTAIRE, diz CALAMANDREI que mesmo se louvando o juiz nos depoimentos concordes de mil testemunhas, toma por verdadeiro o fato que tem mil chances de verossimilitude, sendo que é a lei que contrapõe os conceitos de verossimilhança e verdade formal”.¹⁹⁸

OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA se referiu ao juízo de verossimilhança como pressuposto e limite da atividade jurisdicional cautelar.¹⁹⁹

ALCIDES então em exame da diversidade de fundamentos para as antecipações possíveis pelo artigo 273 do Código de Processo Civil – e porque não dizer para toda e qualquer antecipação formada em juízo de cognição exauriente, de cognição sumária de direitos e de cognição cautelar desses mesmos direitos – conclui 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”.²⁰⁰ “O juízo de verossimilhança”, assim, “será tecnicamente diferente em cada uma das situações devido à vinculação a diferentes pressupostos e à especificidade dos fins”.²⁰¹

Com efeito, em determinadas situações o juiz será levado a avaliar o *periculum damnum irreparabile* face ao *fumus*, em que “exsurgirá o interesse processual em buscar uma tutela residual, subsidiária, emergencial, a qual se compraz com um juízo de mera verossimilhança, o qual – historicamente – foi identificado como um juízo cautelar (de cognição sumária cautelar)”.²⁰²

“ADROALDO FURTADO FABRÍCIO distingue *antecipações e antecipações*,

198 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 378, nota 17.

199 “O juízo de simples *verossimilhança* desempenha, em verdade, uma função de relevância mais profunda, relativamente à função cautelar e, de modo geral, com relação a todo o fenômeno jurisdicional. Pode-se dizer que o juízo de mera plausibilidade do direito para cuja proteção se invoca a tutela de segurança, é não apenas pressuposto mas igualmente limite desta modalidade especial de atividade jurisdicional. Com efeito, a proteção cautelar não pressupõe somente a simples *aparência* do direito a ser tutelado, mas exige que ele não apareça ao julgador como uma realidade evidente e indiscutível” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 69).

200 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Antecipação e antecipações: dez anos de tutela antecipada ou de antecipações de tutela. Estudos de direito processual civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*, obra coletiva, coord. LUIZ GUILHERME MARINONI, São Paulo: RT, 2005, p. 234.

201 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Antecipação e antecipações: dez anos de tutela antecipada ou de antecipações de tutela. Estudos de direito processual civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*, obra coletiva, coord. LUIZ GUILHERME MARINONI, São Paulo: RT, 2005, p. 234.

202 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Antecipação e antecipações: dez anos de tutela antecipada ou de antecipações de tutela. Estudos de direito processual civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*, obra coletiva, coord. LUIZ GUILHERME MARINONI, São Paulo: RT, 2005, p. 235.

com diferentes graus de celeridade e de certeza; enquanto há antecipações que são motivadas pela urgência qualificada, há outras que atendem ao maior grau de *evidência*, baseadas em dados objetivos”.²⁰³

Será este juízo de mera verossimilhança, portanto, aquele que deverá desenvolver o juiz diante de uma provável situação de dano iminente e irreparável como a pressuposta pelo inciso I do artigo 273 do Código de Processo Civil. Pois, como referido por MARINONI, “é necessário frisar, desde já, que a tutela cautelar exige que a cognição se limite a um juízo de probabilidade”.²⁰⁴

4.4 Discricionariedade na avaliação judicial das situações cautelandas

Como refere o professor ALCIDES, a menção genérica ao *fumus* e ao *periculum damnum irreparabile* ou demais fórmulas eqüivalentes, como perigo de ineficácia do provimento final, situação de urgência, e outras, sem a indicação específica dos motivos caracterizadores dessas situações, coincide com os chamados conceitos vagos, fluidos, solicitando uma avaliação discricionária do juiz para examinar os fatos apontados como idôneos para dar vida aos pressupostos específicos da cautela, qualitativa e quantitativamente em cada caso conflitivo concreto.²⁰⁵

A “discricionariedade implica em investigação crítica e na seleção da resposta jurisdicional mais adequada ao caso concreto, ou na identificação da única solução possível”, como advertiu TERESA CELINA ARRUDA ALVIM WAMBIER”.²⁰⁶

Como menciona OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, em referência a GALENO LACERDA, “discrção não significa arbitrariedade, mas liberdade de escolha e de

203 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 419.

204 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: RT, 1994, p. 28.

205 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 370.

206 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 370. Consoante menciona o professor ALCIDES, “(...) discricionariedade no âmbito da tutela cautelar, o que exige senso crítico e prudência do juiz na avaliação dos pressupostos do *fumus boni iuris* e *periculum damnum irreparabile* para decretar a medida mais adequada e suficiente para atender a pretensão cautelar e a menos gravosa possível aos interesses do réu, pois se está exercendo uma tutela de urgência, com base apenas na aparência do direito (*fumus*), sem nenhum dado objetivo ou elemento descritivo para balizar de modo vinculado a medida a ser deferida no caso *sub iudice* (TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER. *Os agravos no Código de Processo Civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 239-263)”, p. 370-371, nota 5.

determinação dentro dos limites da lei”.²⁰⁷

Por isso, face a específicas situações de *periculum damnum irreparabile* diante de um juízo de mera probabilidade de interesses relevantes (*fumus*), poderá, ou melhor, deverá o juiz conceder a antecipação de tutela prevista no inciso I do artigo 273 como a solução adequada à eliminação do risco de dano apresentado em concreto.

4.5 Declaração específica na tutela cautelar

ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO lembra que “o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, em maior ou menor medida, sempre se colocam como objeto de cognição do juiz, vale dizer, como elementos verificáveis a cada causa pelo magistrado que os haverá de declarar presentes para conceder”²⁰⁸ a medida cautelar respectiva sobre a situação cautelanda.

Pode-se falar, nesse sentido, em atividade declaratória do juiz quando da decretação da medida cautelar (em nosso caso antecipatória) apenas quanto à probabilidade da situação envolvendo o *fumus*, vale dizer, declaração quanto a aparência da verossimilhança da alegação deduzida em juízo.

Pois o juízo de verossimilhança exigido em cognição cautelar “não tem por escopo a certificação ou presunção de direitos, pois os interesses, diante da situação de extrema urgência, são tutelados circunstancialmente à luz do *fumus boni iuris*. Trata-se da tutela autônoma e finalista sobre o *fumus boni iuris*”.²⁰⁹

Consoante o mestre ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA, o provimento cautelar pode encerrar “a declaração da existência ou *inexistência do direito de cautela*, isto é, do *fumus*, do direito provável, pois é esse o direito que anima a pretensão cautelar que se situa como o objeto ou como a lide da tutela cautelar”.²¹⁰

“Tudo depende da avaliação dos pressupostos, normalmente argüidos

207 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 101.

208 MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Observações sobre a natureza cautelar da tutela antecipatória do art. 273, I, do CPC. *Reforma do Código de Processo Civil*, obra coletiva, coord. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 223.

209 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Antecipação e antecipações: dez anos de tutela antecipada ou de antecipações de tutela. *Estudos de direito processual civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*, obra coletiva, coord. LUIZ GUILHERME MARINONI, São Paulo: RT, 2005, p. 235.

210 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 246.

livremente pelas partes e apreciados discricionariamente pelo juiz, porquanto não existe fato vinculativo, expresse, quanto à natureza da medida e à extensão da medida a ser concedida”.²¹¹

“Afim, trata-se de uma tutela de verossimilhança, que se compromete com a verossimilhança e declara o estado de verossimilhança”.²¹²

“A eficácia será *meramente mandamental ou meramente executiva*, como se dá no caso dos provimentos cautelares de procedência, em que a eficácia declaratória se restringe a um direito subsidiário, não havendo declaração de certeza ou presunção de certeza sobre direitos subjetivos”.²¹³

4.6 O deferimento de medida cautelar ainda que por juiz incompetente

Como referiu o professor ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA, é possível o deferimento de medida cautelar ainda que por juiz incompetente, como se vê da seguinte jurisprudência colacionada pelo mestre: “(...)’Cabível o deferimento de medida liminar, por juiz incompetente, para evitar o perecimento do direito’ (TRF, 2.ª Região, 4.ª T., MC 1999.02.01.062497-4, Rel. Juiz Rogerio Carvalho, DJ 26.09.2000)”.²¹⁴

Isso, pois, segundo seu ensinamento inconfundível, a medida cautelar inominada “é a saída processual para o *estado de necessidade jurisdicional*, não admitindo obstáculos opostos para exercer a sua vocação funcional, de natureza constitucional, no âmbito do regime jurídico que lhe é peculiar”.²¹⁵ Não se esqueça ainda consoante o mestre que o “artigo 273, I, (...) do CPC contém na verdade a

211 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 322-323.

212 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 246. “Pode-se pois admitir que há declaração no provimento cautelar. Nesse sentido é a posição de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, que, seguindo a trilha de PONTES sobre as diferentes cargas de eficácia dos provimentos, observa que a atividade de declaração existe, mas fica obscurecida pela maior carga de *mandamentalidade* do provimento de segurança. Diz realmente que em sede cautelar predominam as atividades de *imperium* sobre a *notio*, pois ‘a eficácia preponderante na sentença cautelar deve, portanto, consistir muito mais em uma ordem do que em um julgamento’. Afim, prossegue OVÍDIO, ‘a sentença de procedência na ação cautelar reconhece a existência de uma pretensão à segurança, decorrente da simples aparência do direito. Apenas não a declara existente’ (formalmente)”, p. 247.

213 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 254.

214 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 618, nota 269.

215 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 574.

reprodução do princípio que legitima o direito geral de cautela da parte e o poder geral de acautelar do juiz, para requerer e decretar medidas atípicas”.²¹⁶

Cabível, portanto, a antecipação de tutela cautelar mesmo que deferida por juiz incompetente, face à excepcionalidade da situação cautelanda, que anima a atividade jurisdicional sobre o *fumus* e o *periculum damnum irreparabile*.

4.7 Temporariedade como atributo ontológico das medidas cautelares

As medidas decretadas em consonância com o regime cautelar são tidas como ontologicamente temporárias, pois nascem em decorrência de situações concretas de perigo de dano, devendo durar enquanto estiver configurado esse mesmo risco que as inspiraram.

Nesse sentido pronunciou-se MARINONI, para quem, deveras, “a tutela cautelar, como temporariedade, conecta-se à situação de perigo”.²¹⁷

ALCIDES disse ser possível de se “afirmar que ontologicamente os provimentos cautelares são temporários”.²¹⁸

OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA referiu-se à temporariedade dos provimentos cautelares, que “haverão de ser temporários *em seus efeitos fáticos*, a fim de não causar ao demandado um dano irreparável, no caso de a sentença do processo destinado a certificar a existência do direito acautelado concluir por sua inexistência”.²¹⁹

Consoante o mestre ALCIDES, em análise aplicável à antecipação prevista no inciso I do artigo 273, “as antecipações cautelares de urgência submetem-se a um regime peculiar ao gênero cautelar, pois, cessando a situação de perigo, tendem a desaparecer”.²²⁰

216 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 483.

217 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: RT, 1994, p. 68

218 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 330.

219 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 82.

220 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 331. Veja-se um exemplo do mestre sobre a temporariedade nas antecipações cautelares: “Para confirmar a temporariedade nas antecipações cautelares, pode-se tomar o exemplo de uma ação que a empresa autora 'A' move em confronto da empresa 'B' da qual é representante comercial para promover a venda de certos produtos no território de um dos Estados da Federação e, em litisconsórcio passivo necessário, em confronto com a empresa 'C', que a despeito da cláusula de exclusividade foi contratada pela co-ré para promover a venda dos

As antecipações cautelares, portanto, submetem-se à temporariedade enquanto atributo genético ou ontológico das medidas cautelares, devendo durar em seus efeitos enquanto ficar configurada a situação ou de *periculum* ou de *fumus*.

4.8 Satisfatividade da medida antecipatória cautelar

O problema da satisfatividade das medidas antecipadas cautelares foi extensamente discorrido pela doutrina.

MARINONI considera que “pode existir antecipação de parte dos efeitos da sentença do 'processo principal’²²¹, exatamente como se dará no caso da antecipação hoje prevista no inciso I do artigo 273 do Código de Processo Civil, quando ocorrerá o fenômeno da *inter-relação de lide*.”

ALCIDES, considerando a tutela do interesse apenas aparente e periclitante (*fumus e periculum damnum*) constante do artigo 273, I, disse que essa será “satisfativa tanto no plano fático como no plano jurídico”.²²²

Para ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO, “elimina-se ou neutraliza-se a situação perigosa, mediante a antecipação da eficácia fática da sentença que venha a dar pela procedência do pedido”.²²³

mesmos produtos no território do mesmo Estado, estabelecendo com isso uma concorrência aparentemente indevida com a empresa autora, donde os inevitáveis prejuízos patrimoniais pela redução dos ganhos na corretagem. Pede por isso a declaração de nulidade ou quiçá a anulação do contrato estabelecido entre as co-rés, mais perdas e danos. Alegando que a empresa 'C' já está operando e com isso trazendo perigo de danos irreparáveis à autora, comprometendo a sua expectativa de receita para suportar os gastos que efetuou, inclusive para montar uma estrutura de venda em todo o Estado, pede a tutela antecipada, no sentido de ser *suspensio* o contrato com a empresa concorrente. Diante das provas documentais produzidas, reputadas suficientes para aquilatar a situação de *fumus* e de *periculum damnum irreparabile*, o juiz concede a tutela antecipada, cujos efeitos executivos consistem precisamente em impedir a corretagem pela empresa 'C' relativamente àqueles produtos. Na contestação as rés alegaram e provaram, ainda que sumariamente, que em face das demandas aceleraram de modo sensível o aumento da produção, enquanto a empresa autora não tem condições de acompanhar o mesmo ritmo para as vendas. Em face de requerimento das rés e entendendo ter cessado a situação de perigo de dano irreparável para a autora e que a situação de risco se projetava para a empresa 'B' o juiz revoga a tutela antecipada e o processo prossegue com a instrução com vistas à solução definitiva”, p. 330.

221 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: RT, 1994, p. 102. “Não devemos, efetivamente, pensar a antecipação como antecipação no mundo jurídico. Na verdade, se concluirmos que a antecipação ocorre no mundo jurídico, ou seja, na órbita dos efeitos principais, nunca, com efeito, poderemos admitir a antecipação na tutela cautelar. Quando se fala em antecipação de determinados efeitos da sentença definitiva, portanto, se quer dizer, obviamente, antecipação de certos efeitos materiais. Deveras, a tutela cautelar assegura os resultados práticos da tutela definitiva; atua no plano fático”, p. 103.

222 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 483.

223 MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Observações sobre a natureza cautelar da tutela antecipatória do art. 273, I, do CPC. *Reforma do Código de Processo Civil*, obra coletiva, coord.

“De um modo geral, a concessão de uma liminar apenas *antecipa uma eficácia própria da futura sentença de procedência* e, neste sentido, é um 'ato do processo', heterotopicamente posto em fase que não lhe deveria corresponder se a *ordinariedade* fosse preservada”.²²⁴

Consoante OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, é “*antecipação satisfativa* do direito toda liminar que conceda ao demandante algum resultado prático que o mesmo somente poderia obter se a demanda fosse, afinal, procedente”.²²⁵

OVÍDIO explica que *satisfazer direitos*, “segundo a opinião largamente dominante, nem sempre tornada explícita, é verdade, significa *declará-lo existente* em sentença definitiva (final)”.²²⁶ Resta evidente que essa opinião liga-se à superada concepção tradicional de jurisdição, segundo a qual os direitos somente encontrariam satisfação através de sua declaração após um processo de cognição ampla e exauriente, recebendo a decisão as eficácias próprias da declaração de certeza de direitos e da imutabilidade da coisa julgada material.

“A satisfatividade ou antecipação fática dos efeitos do provimento que presume a existência do direito se dá na medida em que é possível estabelecer a presunção e não na medida da suficiência ou da necessidade para afastar uma situação de perigo, pois isso é próprio da medida de urgência”²²⁷, ensina o professor ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA falando sobre o princípio da adequação regente das medidas cautelares.

Para CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA o comando judicial “cautelar, inclusive liminar, deve ser emitido, mesmo à custa de uma satisfação provisória, se a situação perigosa só pode ser evitada ou minimizada com a antecipação”.²²⁸

Finalmente, o professor ALCIDES faz referência a *um conceito*

SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 227. Consoante lhe parece: “ao referir a eficácia antecipatória cautelar, quero somente chamar a atenção para várias hipóteses de cabimento de medidas verdadeiramente acautelatórias, tanto típicas como atípicas, que não podem prescindir da emissão de efeitos antecipatórios do provimento definitivo, sob pena de se tornarem um nada no mundo jurídico”, p. 226

224 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 52.

225 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 59.

226 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 59.

227 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 483.

228 *Apud* CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 418-419, nota 58.

pamprocessual de execução, que comporte todos os modos de realização dos interesses materiais, inclusive o de cautela, através de *efeitos positivos*, que provocam alteração material no plano fático, ou mesmo através de *efeitos meramente negativos*, que impedem sejam operadas modificações no plano fático, podendo-se, assim, vislumbrar-se a exata dimensão da cautela, atuando sobre lides próprias, que pressupõem afirmação de *fumus* e de *periculum damnum*, satisfazendo a pretensão cautelar, mediante a decretação de medidas conservativas ou antecipatórias e assegurando, simultaneamente, a idealidade dos interesses plausíveis.²²⁹

Veja-se, então, se é possível que a satisfação atinja as raias da irreversibilidade.

4.9 Irreversibilidade

Chega-se ao momento de se perguntar quando será possível a concessão de provimentos cautelares antecipatórios faticamente irreversíveis.

O professor ALCIDES admite sua verificação “diante de um estado de necessidade processual de segurança, quando, em situações extremas, não houver outra alternativa para afastar a situação de perigo de dano irreparável ao interesse plausível”.²³⁰

EGAS MONIZ DE ARAGÃO refletiu que apenas pelo “confronto dos interesses em litígio e aplicando o princípio da proporcionalidade será possível equacionar o problema”.²³¹

O professor ALCIDES explica que esse princípio da proporcionalidade mencionado por EGAS “corresponde ao *Verhältnismässigkeitsprinzip*, que a doutrina alemã tem aplicado, que consiste na ponderação do risco da irreparabilidade do prejuízo que paira sobre o autor em confronto com a irreversibilidade do provimento que paira sobre o réu”.²³²

“A natureza residual da tutela de urgência não se compadece com

229 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 350.

230 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 358.

231 *Apud* CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 360, nota 43.

232 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 359-360.

proibições, nem mesmo quanto à irreversibilidade, pois há que se realizar sempre um juízo de proporcionalidade entre os interesses em jogo”.²³³

ALCIDES dá alguns exemplos de irreversibilidade citados por BEDAQUE, como aquele do “pedido de autorização para que o filho viaje em companhia de um dos cônjuges contra a vontade do outro; ou ainda o pedido de autorização de intervenção cirúrgica que o pai pretende seja realizada no filho, mas que encontra oposição da mãe, que prefere modalidade de tratamento alternativo”.²³⁴

Menciona ainda o mestre outro exemplo referido agora por EGAS MONIZ DE ARAGÃO, de um decreto contra a Administração Pública para entrega imediata de passaporte para a realização de uma importante viagem ao estrangeiro, a cuja entrega a Administração se nega, pois, se deferida a medida liminar, o autor realizaria a viagem e nada apagaria o ato praticado, e, se fosse indeferida a viagem, não poderia mais fazê-la para aquele determinado evento.²³⁵

Segundo HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, para a verificação da irreversibilidade, “somente casos extremos, excepcionalíssimos”²³⁶ a justificariam.

Consoante lembra MARINONI, “o risco de prejuízo irreversível, como é óbvio, por si só não pode impedir a concessão da tutela antecipatória, pois a proteção adiantada do direito tem como requisitos o risco de irreversibilidade ao direito do autor e a sua probabilidade”.²³⁷

Para encerrar, ressalte-se que, para o professor ALCIDES, a irreversibilidade situa-se “como uma restrição *relativa*, que não pode se projetar como um *impedimento absoluto* à concessão de medidas cautelares (...) em face da natureza absolutamente *subsidiária* da tutela cautelar, que em casos extremos haverá de comportar provimentos irreversíveis, pelo menos faticamente”.²³⁸

233 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Antecipação e antecipações: dez anos de tutela antecipada ou de antecipações de tutela. *Estudos de direito processual civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*, obra coletiva, coord. LUIZ GUILHERME MARINONI, São Paulo: RT, 2005, p. 244.

234 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 361.

235 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 361.

236 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. II, p. 570.

237 MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado constitucional*, p. 81.

238 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11, p. 356.

5. Conclusão

A atual conformação do ordenamento jurídico pelos valores e princípios dos direitos fundamentais da Constituição Federal determinam sejam os direitos adequados e efetivamente tutelados pela atividade jurisdicional.

Não há que se duvidar que a jurisdição, atualmente, exerce sua atividade sob uma perspectiva muito mais importante do que aquela vislumbrada pelos clássicos quando da formulação de suas teorias acerca do papel do juiz como mero declarador ou confirmador das palavras do texto da lei. E hoje ela se encontra muito melhor aparelhada para a realização de sua tarefa de dar efetiva tutela aos direitos.

Com efeito, a existência de tutelas de urgência como a disposta no artigo 273 do Código de Processo Civil, notadamente quanto à legitimação de uma tutela cautelar fundamentada no pressuposto do perigo de dano irreparável, confirmam o posicionamento de vanguarda em que se encontra a ciência processual brasileira em comparação com a doutrina estrangeira, a partir de confrontos de estudos de direito comparado.

A instituição de uma antecipação de tutela cautelar no curso do procedimento padrão do Livro I do Código, além de genial, por romper o paradigma da ordinarização original, admitindo-se que as funções jurisdicionais possam ser combinadas para uma verdadeira efetividade da tutela jurisdicional, destaca-se por sua praticidade refletida em economia procesual.

Realmente, com a possibilidade de incoação de uma medida antecipatória cautelar no *iter* do processo de conhecimento, não mais se terá de recorrer ao procedimento do Livro III do Código para se obter tutela cautelar de direitos em situação de risco, mas, pelo contrário, poder-se-á cumular a demanda cognitiva inicial com pedido cautelar, ensejando, desse modo, a inter-relação de lide para a proteção de interesses meramente plausíveis, verossímeis, diante de situações concretas de perigo de dano iminente.

Há, assim, o reconhecimento de um direito geral de cautela subsidiário a todo direito material ou mesmo interesse juridicamente relevante por parte dos cidadãos e de um poder geral cautelar residual por parte do juiz, que discricionariamente avaliará se o caso necessita de proteção urgente ou não, inclusive com a adoção de medidas faticamente satisfativas e, eventualmente,

irreversíveis de satisfação de direitos.

A técnica de antecipação de tutela pode perfeitamente se compatibilizar com o regime da cautelaridade, ditado pelos pressupostos específicos genéricos de *fumus boni iuris* e *periculum damnum irreparabile*, devendo ser consideradas com cuidado posições que extrapolem em dar ao tema um tratamento demasiado rigoroso em vista de formalismos estéreis.

A melhor doutrina, destarte, seria aquela inspirada por uma ideologia substancialista, que encaixa a pretensão à segurança como imanente à estrutura constitucional de todo Estado de Direito, pois se o Estado chamou a si a composição dos conflitos sociais, ele deve oferecer todas as soluções possíveis para a sua pacificação como contrapartida do monopólio jurisdicional.

Com a previsão da tutela antecipada do artigo 273, I, do Código de Processo Civil fecha-se, assim, o sistema de tutelas jurisdicionais de proteção dos direitos, pois, como referiu PROTO PISANI, a tutela cautelar funciona como *tutela di chiusura* das ditas tutelas primárias dos direitos, de cognição e execução.

E ela existe em nossa sistemática processual imiscuída nos próprios meandros do processo de conhecimento paradigma de proteção jurisdicional de direitos, para se evitar que a mera ameaça de lesão possa ser confirmada.

6. REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Execução*. São Paulo: RT, 2007 (*Curso de Processo Civil*, v. 3).

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: RT, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologias, sociedad*. Buenos Aires, Ejea, 1974.

CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. vol. 11.

DINAMARCO, Cândido. *A instrumentalidade do processo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1990.

KAFKA, Franz. *O processo*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. vol. VIII, t. I.

MACHADO FILHO, Aires da Mata. *Novíssimo dicionário ilustrado Urupês*. 23. ed. São Paulo: AGE, 1976.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ação no Estado constitucional*, artigo indicado pelo professor Marinoni como leitura para acompanhamento das aulas da disciplina Direito Processual Civil A, na Universidade Federal do Paraná, em 2005. Editado atualmente em *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado constitucional*, artigo indicado pelo professor Marinoni como leitura para acompanhamento das aulas da disciplina Direito Processual Civil A, na Universidade Federal do Paraná, em 2005. Editado atualmente em *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: RT, 1994.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed., São Paulo: RT, 2004.

ROSA, João Guimarães. *Grande sertão: veredas*. 1. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. I.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. II.