

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ANDRÉ LUIZ BÄUML TESSER

**PERIGO DE DANO E PERIGO DE DEMORA: OBSERVAÇÕES PARA UMA
DISTINÇÃO ENTRE TUTELA CAUTELAR E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA
URGENTE E ALGUNS REFLEXOS**

CURITIBA

2013

ANDRÉ LUIZ BÄUML TESSER

**PERIGO DE DANO E PERIGO DE DEMORA: OBSERVAÇÕES PARA UMA
DISTINÇÃO ENTRE TUTELA CAUTELAR E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA
URGENTE E ALGUNS REFLEXOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direito das Relações Sociais, Linha de Pesquisa: Direito, tutela e efetividade.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

CURITIBA

2013

TERMO DE APROVAÇÃO

ANDRÉ LUIZ BÄUML TESSER

PERIGO DE DANO E PERIGO DE DEMORA: OBSERVAÇÕES PARA UMA
DISTINÇÃO ENTRE TUTELA CAUTELAR E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA
URGENTE E ALGUNS REFLEXOS

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart
Universidade Federal do Paraná - UFPR

Prof. Dr. Alcides Alberto Munhoz da Cunha
Universidade Federal do Paraná - UFPR

Prof. Dr. Daniel Mitidiero
Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS

Curitiba, 06 de fevereiro de 2013.

*Dedico esta dissertação a Deus e à
Letícia; a Ele, principalmente porque a
colocou no meu caminho. Sem ambos,
este trabalho não seria possível.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à minha amada esposa Letícia, que me apoiou, confortou e soube compreender e gerir os momentos de ausência involuntária, física e espiritual.

Agradeço, ainda, à minha família, berço dos meus pilares éticos, morais e intelectuais de vida, em especial aos meus pais, Tânia e Ângelo.

Um especial agradecimento ao meu orientador e mestre, Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart, pelas palavras de incentivo, pelo apoio e pela orientação, sempre pronto a me empurrar para frente, desde o início da ideia da realização do Mestrado.

Agradeço aos meus colegas de Mestrado e meus amigos, que me acompanharam nesta caminhada e que, de alguma forma, contribuíram para que esta etapa fosse vencida.

Agradeço ao Professor Remo Caponi, que gentilmente me recebeu e acolheu na Università Degli Studi di Firenze, permitindo que eu pesquisasse diretamente em uma das maiores instituições de ensino de Processo Civil da Europa.

E, por fim, um agradecimento especial aos meus amigos e colegas: Sérgio Said Staut Jr., pelo apoio, pela indicação de leituras direcionadoras e pelas sempre profícuas discussões de ideias e; Marcel Kesselring Ferreira da Costa, que soube compreender a minha ausência profissional em alguns momentos, em nome da conclusão do Mestrado.

RESUMO

A presente dissertação trata da distinção entre as duas espécies de perigo que podem legitimar a concessão de provimentos de urgência (tutela cautelar ou antecipação de tutela urgente), quais sejam, perigo de dano (infrutuosidade) e perigo de demora (tardança). Trata também desta distinção como critério de distinção teleológico entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela fundada na urgência e de alguns reflexos destas diferenças. Na exposição do tema, parte-se dos referenciais teóricos da doutrina de Piero Calamandrei e da recepção de suas ideias pela doutrina italiana, inclusive daquela parcela que se debruça sobre ela com uma visão crítica, e, no Brasil, da obra de Ovídio Baptista da Silva, bem como dos demais doutrinadores que, de alguma forma, recepcionam suas lições, realizando a partir dela algumas mediações, sempre no sentido crítico. Utiliza-se, para tanto, um método de análise histórico e crítico, com base, principalmente, destes referenciais teóricos importantes para a correta compreensão da temática. Nesta compreensão, é possível chegar à conclusão de que existe uma diferença entre a situação de perigo que justifica a concessão de tutela cautelar e aquela que condiciona um provimento antecipatório de urgência, inclusive como ponto de partida de análise de distinções entre estes institutos.

Palavras-chave: Tutela cautelar. Antecipação de tutela urgente. Perigo de dano. Perigo de demora. Provimentos de urgência.

RIASSUNTO

Questa dissertazione tratta della distinzione tra le due specie di pericolo che possano legittimare la concezione di provvedimenti d'urgenza (tutela cautelare ed anticipazione di tutela urgente), cioè, pericolo di danno (infruttuosità) ed pericolo di ritardo (tardività). Tratta anche di questa differenza come criterio di distinzione teleologico tra la tutela cautelare ed la anticipazione di tutela fondata nella urgenza e di alcuni riflessi di queste differenze. Nella esposizione del tema, si parte della referenze teorica di Piero Calamandrei e della ricezione di loro idee per la dottrine italiana, compresi di quella parcela che si offerte sul loro con una visione critica, ed, nel Brasile, della opera di Ovídio Baptista da Silva, oltre di altri giuristi che, di alcuni modo, ricevem loro lezioni, faccendo di partenza della alcuni mediazioni, sempre nel senso critico. Per entrambi, fá uso di un metodo di ricerca approcio e critico, della partenza di certi teoriche importante per la corregere comprensione della tematica. In questa comprensione, è possibile aggiungere alla conclusionze di che c'è una differenza tra la situazione di pericolo che giustificano la concezione di tutela cautelare e quella che è condizione di un provvedimento anticipatorio di urgenza, compresi come punto di partenza di analisi delle distinzione tra questi istituti.

Parole chiave: Tutela cautelare. Anticipazione di tutela urgente. Pericolo di danno. Pericolo di ritardo. Provvedimenti d'urgenza.

RESUMEN

El presente trabajo de fin de master aborda la distinción entre los dos tipos de peligro que pueden justificar la concesión de medidas de urgencia (tutela cautelar o anticipación de tutela urgente), es decir, el peligro de daños (infructuosidad) y el peligro de retraso (tardanza). Asimismo, aborda esta distinción como criterio de distinción teleológica entre tutela cautelar y anticipación de tutela basada en la urgencia y algunas reflexiones de estas diferencias. En la exposición del tema, el punto de partida son los referenciales teóricos de la doctrina de Piero Calamandrei y de la recepción de sus ideas por la doctrina italiana, incluso la parte que se centra en la visión crítica, y, en Brasil, la obra de Ovidio Baptista Silva, así como otros douinadores que, de alguna manera, recepcionam sus lecciones, haciendo de él algunas mediaciones, siempre hacia crítico. Utiliza los métodos de investigación y el enfoque histórico y crítico, a partir de determinados referenciáis teóricos importantes para la correcta comprensión de este tema. En esta comprensión, es posible concluir que existe una diferencia entre la situación de peligro que justifica la concesión de la tutela cautelar y lo que condiciona un provimientio anticipado de urgencia, incluso como punto de partida para el análisis de las diferencias entre estos institutos.

Palabras clave: Tutela cautelar. Anticipación de la tutela. Peligro de daño. Peligro de retraso. Medidas de urgencia.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 - PREMISSAS E JUSTIFICATIVAS METODOLÓGICAS - UM ESTUDO TEÓRICO, CRÍTICO E HISTÓRICO.....	17
CAPÍTULO 2 - A TEORIA DE CALAMANDREI E SUA DECISIVA INFLUÊNCIA NO CPC ITALIANO DE 1942 E SEUS REFLEXOS NA DOCTRINA E LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	30
2.1 UM POSICIONAMENTO GERAL SOBRE A INFLUÊNCIA DA OBRA DE PIERO CALAMANDREI NA ITÁLIA E NO BRASIL.....	30
2.2 A POSIÇÃO DE CALAMANDREI SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA TUTELA CAUTELAR.....	35
2.3 A DEFESA QUE CALAMANDREI EMPREENDE EM FAVOR DE UM PODER GERAL DE CAUTELA.....	51
CAPÍTULO 3 - A DIFERENÇA ENTRE <i>PERIGO DE DANO</i> E <i>PERIGO DE DEMORA</i> COMO CRITÉRIO TELEOLÓGICO PARA UMA DISTINÇÃO ENTRE TUTELA CAUTELAR E A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA FUNDADA NA URGÊNCIA.....	56
3.1 CALAMANDREI E OS DOIS TIPOS DE <i>PERICULUM IN MORA</i> : <i>PERICOLO DI INFRUTTUSITÀ</i> E <i>PERICOLO DI TARDIVITÀ</i> – REFLEXOS NA DOCTRINA ITALIANA	57
3.2 A DOCTRINA BRASILEIRA E O APAGAMENTO DA DISTINÇÃO FEITA POR CALAMANDREI ENTRE AS DUAS ESPÉCIES DE <i>PERICULUM IN MORA</i>	72
3.3 A DOCTRINA BRASILEIRA QUE RECONHECE A EXISTÊNCIA DE DUAS ESPÉCIES DE <i>PERICULUM IN MORA</i> , INCLUSIVE COMO CRITÉRIO DE DISTINÇÃO ENTRE TUTELA CAUTELAR E ANTECIPAÇÕES DE TUTELA	83
CAPÍTULO 4 - AS CONSEQUÊNCIAS DA DISTINÇÃO ENTRE TUTELA CAUTELAR E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NO QUE TANGE À NATUREZA JURÍDICA	101

4.1	A DISTINÇÃO ENTRE TUTELA CAUTELAR E A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PELAS SUAS NATUREZAS JURÍDICAS: A INSERÇÃO DE CADA UMA DELAS <i>EM SEU DEVIDO LUGAR</i>	103
4.2	O DIREITO MATERIAL (SUBSTANCIAL) DE CAUTELAR E A POLÊMICA SOBRE SUA EXISTÊNCIA	119
4.3	A QUESTÃO DA INSTRUMENTALIDADE DA TUTELA CAUTELAR: SEUS ASPECTOS, REFLEXOS E CONSEQUÊNCIAS.....	143
4.3.1	A instrumentalidade na concepção de Piero Calamandrei	144
4.3.2	Algumas críticas feitas pela doutrina italiana à concepção de Calamandrei sobre a instrumentalidade	146
4.3.3	A instrumentalidade da tutela cautelar vista pela doutrina brasileira: a recepção à concepção de Calamandrei e também às críticas e a colocação da instrumentalidade sob outro prisma.....	152
4.3.4	<i>A instrumentalidade atenuada</i> na recente doutrina italiana: reflexões e críticas	161
	CAPÍTULO 5 - ALGUNS ASPECTOS IMPORTANTES E ATUAIS	
	DERIVADOS DA DISTINÇÃO ENTRE TUTELA CAUTELAR E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA	172
5.1	A ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DO PROVIMENTO ANTECIPATÓRIO SATISFATIVO	173
5.2	UMA MEDIAÇÃO NA DISTINÇÃO: NOTAS SOBRE FUNGIBILIDADE	199
	CONCLUSÃO	207
	REFERÊNCIAS.....	217

INTRODUÇÃO

A temática que envolve as diversas perspectivas sobre os chamados "providimentos de urgência" – aquelas providências jurisdicionais determinadas para eliminação de situações de perigo a que estão expostos direitos ou situações juridicamente tuteláveis – no processo civil é corrente e objeto, na doutrina, de inúmeras monografias específicas. Também, sempre ocupa papel importante dentro das obras que possuem tendência totalizadora como os manuais e cursos de processo civil ou mesmo de obras destinadas a comentários da legislação processual civil.

Na doutrina brasileira, o tema ganha especial relevância a partir do advento da Lei nº 8.952/94, que, alterando o Código de Processo Civil, dentre outras mudanças, positiva a possibilidade de concessão da chamada "antecipação de tutela" para todo e qualquer procedimento, alargando as hipóteses, até então específicas e previstas em alguns procedimentos ditos especiais, da obtenção de medidas que satisfaçam plenamente o direito postulado antes do advento do fim da prestação jurisdicional.

Isso porque, partindo-se desse novo regramento do direito positivo, a doutrina viu-se obrigada a enfrentar o problema de assinalar as distinções e eventuais semelhanças entre o "novo" instituto da "antecipação de tutela (ou tutela antecipada ou ainda tutela antecipatória)" e aquele instrumento que vinha sendo utilizado para a obtenção de medidas satisfativas antecipadas, qual seja, a tutela cautelar.

Dessa forma, sem sombra de dúvida, a temática sobre a distinção entre tutela cautelar e antecipação de tutela não é nova, tampouco tem escassa exposição na doutrina processualística civil.

Por outro lado, ainda que a doutrina tenha se debruçado ativa e significativamente sobre o tema, algumas questões indicadas pelos processualistas não parecem ter sido exploradas tão abundantemente quanto outras.

Uma delas é esta que se pretende analisar como temática central do presente trabalho: a distinção que existe entre as situações de perigo que legitimam a concessão de uma tutela cautelar de uma antecipação de tutela fundada na urgência.

Portanto, não se pretende realizar, na presente dissertação, uma análise tradicional das semelhanças e distinções entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela fundada na urgência. Mas, sim, busca-se olhar para tais identidades e diferenças a partir de um elemento que lhe é indispensável como requisito de concessão de tais medidas: a situação de perigo.

De início, aliás, adverte-se que serão indicadas observações e considerações tendo em conta as distinções entre as situações de perigo que animam a tutela cautelar e a antecipação de tutela quando esta é fundada na urgência, ressaltando-se que a técnica antecipatória não tem por fundamento exclusivo a eliminação de uma situação de perigo.

Com efeito, pois, as hipóteses de antecipação de tutela não se esgotam nos regramentos previstos nos artigos 273, inciso I e 461, § 3.º, do Código de Processo Civil, que regulam a concessão de antecipações de tutela fundadas na urgência (na existência de um *dano irreparável ou de difícil reparação e receio de ineficácia do provimento final*, para ficar nas expressões cunhadas na legislação). Igualmente, no artigo 273, inciso II¹ está presente outra forma de antecipação de tutela.

É por isso que Luiz Guilherme Marinoni sustenta que "a técnica antecipatória permite que se dê tratamento diferenciado aos direitos evidentes e aos direitos que correm risco de lesão"², o que equivale a dizer que, para o mestre paranaense, a antecipação de tutela pode ser concedida para afastar uma situação de perigo (risco de lesão) ou para tutela imediata de direitos que sejam evidentes.

Igualmente, Daniel Mitidiero separa as hipóteses de antecipação de tutela em duas: (i) a técnica antecipatória fundada na urgência; e (ii) a técnica antecipatória fundada na evidência, a partir do que chamou de "defesa inconsistente"³.

Vale notar ainda que o artigo 273, do CPC, no seu § 6.º⁴, apresenta uma outra figura a que chamou de "tutela antecipada", com base na incontrovérsia de

¹ CPC, Art. 273. "O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu."

² MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 10.ed. São Paulo: RT, 2008. p.41.

³ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: RT, 2012. p.130/136.

pedidos ou de parte deles, e que Luiz Guilherme Marinoni conceitua como "a antecipação do momento em que deveria ser proferido o julgamento do pedido"⁵ e que Daniel Mitidiero aponta ser a "*tutela definitiva à parcela incontroversa da demanda*"⁶, para "acelerar o julgamento de parcela do mérito da causa, com economia de determinados atos processuais e do tempo do processo"⁷.

Porém, como se pretende no presente trabalho apresentar a problemática da distinção das situações de perigo que podem justificar a concessão de uma tutela cautelar ou de uma antecipação de tutela, será tratada desta última espécie apenas quando fundada na urgência. Por tal razão e por uma questão de delimitação do objeto de pesquisa (e também, de método), não serão trazidas as questões mais específicas acerca da antecipação de tutela fundada na evidência (CPC, art. 273, II) ou ainda da hipótese do que o legislador processual chamou de "tutela antecipada", com fundamento em pedido ou parcela deste incontroverso (CPC, art. 273, § 6.º).

Isso posto, o presente trabalho tem por objetivo traçar algumas linhas distintivas entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela tendo como ponto de partida a distinção que existe entre as situações de perigo que a legitimam: para a tutela cautelar, um *perigo de dano (infrutuosidade)* e para a antecipação de tutela fundada na urgência, um *perigo de demora (tardança)*.

Adianta-se, desde logo, que na doutrina brasileira a distinção entre as duas espécies de perigo ora indicadas não são uma unanimidade e, por conta disso, tampouco uma constante, como se poderá ver na exposição da temática. Porém, os doutrinadores que tratam dessa diferenciação o fazem de uma forma consistente a merecer uma (re)leitura como a que se pretende fazer na presente dissertação.

A escolha do tema deu-se em razão, justamente, da negativa de parte significativa da doutrina brasileira em enxergar as distinções existentes – ou, por

⁴ CPC, Art. 273. [...] § 6.º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 10.ed. São Paulo: RT, 2008. p.43.

⁶ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: RT, 2012. p.136. (com grifos no original)

⁷ *Id.*

vezes, em negligenciar sua importância – especialmente como ponto de partida de análise da diferenciação entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela.

A temática da distinção entre os provimentos de urgência e sua investigação a partir das diferentes situações de perigo que as justificam não tem somente interesse teórico-acadêmico, mas igualmente prático-forense na perspectiva da correta individualização de que situação de risco se está a tratar para a concessão de uma tutela cautelar ou de uma antecipação de tutela fundada na urgência. Saber identificar e distinguir as situações de perigo a que pode estar exposto um direito ou situação juridicamente tutelável é, igualmente, saber compreender e diferenciar se, para afastamento de tal risco, é necessária a concessão de uma tutela cautelar ou de uma antecipação de tutela. E, por evidente, isto tem reflexos claros na prática forense, para jurisdicionados, advogados, promotores e juízes no exercício de seus papéis no processo.

Certamente que, para uma análise satisfatória da temática, foi preciso voltar às origens da teorização sobre os provimentos de urgência. Nessa dimensão, aliás, o primeiro capítulo da presente dissertação busca explicar algumas opções metodológicas (inclusive quanto às formas de exame das questões) e justificar a escolha do primeiro ponto de partida da análise de uma teorização sobre os provimentos de urgência, a partir da doutrina de Piero Calamandrei, especialmente de sua obra clássica sobre o tema dos "provimentos cautelares", *"Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari"*, de 1936.

Com as observações metodológicas e justificativas feitas como premissas no primeiro capítulo, a presente dissertação segue no caminho do resgate de algumas noções importantes sobre a teoria dos provimentos cautelares para Piero Calamandrei. Mas, primeiramente, e como medida indispensável para a compreensão da importância da teoria do mestre florentino, o segundo capítulo do presente trabalho traz algumas linhas sobre a influência das ideias e concepções de Calamandrei sobre a temática dos provimentos urgentes no Código de Processo Civil Italiano de 1942, e de sua recepção na doutrina italiana, e, igualmente, como esta influência atravessou o Oceano Atlântico e se fez presente (até hoje) na legislação e na doutrina processual civil brasileira.

Esse segundo capítulo encontra-se subdividido da seguinte forma: (i) uma situação geral e sobre a influência da obra de Piero Calamandrei na Itália e no

Brasil, em que se apresentam linhas gerais sobre a importância da obra do mestre de Firenze sobre os provimentos urgentes na legislação e na doutrina de ambos os países; e (ii) o exame de duas temáticas, escolhidas como demonstrações e comprovações desta influência tanto na perspectiva teórico-doutrinária quanto legislativa no Brasil e na Itália, quais sejam, a posição de Calamandrei sobre a natureza jurídica da tutela cautelar e a defesa que ele faz a favor de um poder geral de cautela. Na exposição deste trabalho, ficará clara a influência das ideias do mestre florentino na perspectiva ora analisada.

Depois de devidamente contextualizadas e apresentadas as bases teórico-legislativas que denotam a influência do mestre florentino sobre a temática dos provimentos urgentes, o terceiro capítulo trata essencialmente do tema central da presente dissertação: a diferença entre perigo de dano e perigo de demora como critério teleológico para uma distinção entre tutela cautelar e a antecipação de tutela fundada na urgência.

Nesse capítulo, a análise aparece dividida em três tópicos distintos. Primeiramente, e fundamental como ponto de partida da compreensão desta distinção, a exposição da teoria de Piero Calamandrei sobre a existência de dois tipos de *periculum in mora* a justificar a concessão de um provimento de urgência (*pericolo di infruttuosità e pericolo di tardività*), inclusive como autorizadores da concessão de dois tipos de provimentos (conservativos e antecipatórios) que o mestre florentino enxerga como espécies de provimentos cautelares e de seus reflexos na doutrina italiana.

Por consequência, discorre-se acerca de como a doutrina brasileira (ou parte significativa dela) fez o apagamento da distinção realizada por Calamandrei entre as duas espécies de *periculum in mora*, unificando-a sob esta única categoria, sustentando ainda que só existe essa situação de urgência para a concessão tanto de uma tutela cautelar quanto de uma antecipação de tutela com fundamento na urgência. Neste ponto, aliás, se poderá compreender também o porquê da relativa escassez doutrinária brasileira sobre a distinção entre antecipação de tutela urgente e tutela cautelar a partir da situação de perigo que lhes dá fundamento.

Finalmente, fechando o terceiro capítulo, focaliza-se importante parcela da doutrina brasileira que reconhece a existência de duas espécies de *periculum in mora*, inclusive como critério teleológico de distinção entre tutela cautelar e

antecipações de tutela fundada na urgência, tendo como marco teórico inicial, as lições de Ovídio Baptista da Silva e, posteriormente, as teorias que seguiram o mestre gaúcho, embora com ponderações e mediações importantes.

A partir, então, dessa premissa da existência de duas tipologias distintas de situações de perigo a justificar, cada uma delas, a concessão de uma tutela cautelar ou de uma antecipação de tutela urgente, e de como esta distinção serve também como critério teleológico (finalístico) de diferenciação entre estes dois provimentos urgentes, é preciso (e possível) apresentar como esta diversidade se apresenta também quando se aborda a diferença entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela urgente no que diz respeito à sua natureza jurídica, para sua correta compreensão e identificação.

Assim, o quarto capítulo trata exatamente das consequências da distinção entre tutela cautelar e antecipação de tutela urgente no que tange às suas respectivas naturezas jurídicas. Esta parte da dissertação também está dividida em três tópicos, sendo o primeiro relativo à distinção entre tutela cautelar e a antecipação de tutela fundada na urgência pelas suas naturezas jurídicas, como medida de inserção de cada uma delas *em seu devido lugar*, e, os dois subsequentes na análise de duas consequências naturais e lógicas desta distinção.

A primeira dessas consequências da distinção entre a tutela cautelar a antecipação de tutela urgente no que tange às suas naturezas jurídicas é a polêmica sobre a existência de um direito material (substancial) de cautela. A segunda é a questão da instrumentalidade da tutela cautelar, abordada em quatro dimensões distintas (e, por isso, subdivididas), mas correlatas (e, portanto, inseridas como subdivisões de um mesmo tópico): (i) a instrumentalidade na concepção de Piero Calamandrei; (ii) algumas críticas feitas pela doutrina italiana à concepção de Calamandrei sobre a instrumentalidade; (iii) a instrumentalidade da tutela cautelar vista pela doutrina brasileira, na perspectiva da recepção à concepção de Calamandrei e também das críticas e a colocação da instrumentalidade sob outro prisma; e (iv) a chamada instrumentalidade atenuada (*strumentalità attenuata*) na recente doutrina italiana, não se olvidando de realizar um exame crítico desta temática.

Destarte, realizada essa leitura sobre a distinção entre a tutela cautelar e a antecipação da tutela fundada na urgência, não se poderia olvidar da exposição de alguns aspectos importantes (e atuais) derivados desta distinção, especialmente sob

a perspectiva da dimensão do papel da jurisdição no Estado Constitucional. Nesse particular, optou-se pela análise de duas temáticas atuais (inclusive sob a óptica das discussões acerca da proposta legislativa de reforma do Código de Processo Civil brasileiro): a chamada "*estabilização*" dos efeitos do provimento antecipatório satisfativo e a questão sobre a possibilidade (e em que sentido) da *fungibilidade* entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela urgente. É isso que se empreende no quinto capítulo desta dissertação.

O presente trabalho se encerra com uma tessitura do autor dos tópicos apresentados, a título de conclusão, como medida de impressões finais sobre a temática da dissertação.

Há que se ressaltar, antes de se iniciar a análise das questões ora indicadas, que a presente dissertação não tem por objetivo o esgotamento total e absoluto das temáticas nela discutidas. Tampouco tem pretensão de ser, verdadeiramente, uma reconstrução holística da questão relativa à(s) distinção(ões) entre a tutela cautelar e a antecipação da tutela fundada na urgência. O objetivo deste trabalho é o de apresentar, sob a óptica do reconhecimento da existência de duas espécies de perigo a justificar a concessão de provimentos urgentes, uma possível diferenciação entre eles, visando à contribuição de sua correta delimitação e compreensão, na sua perspectiva teórica, com inegáveis reflexos também na prática forense.

CAPÍTULO 1

PREMISSAS E JUSTIFICATIVAS METODOLÓGICAS - UM ESTUDO TEÓRICO, CRÍTICO E HISTÓRICO

Como já delineado na Introdução, o presente trabalho pretende buscar uma tentativa de clareamento da distinção entre os dois tipos de *periculum* que podem fundamentar a concessão e atuação de uma medida urgente no Processo Civil.

Dessa maneira, o que aqui se pretende fazer é uma reconstrução histórica e crítica de uma parte importantíssima da teorização da doutrina processualística civil sobre a tutela cautelar. Isso implica, sem dúvida, o resgate histórico de antigas noções e na sua adequada contextualização, e a busca pelo real sentido de expressões linguísticas e de conceitos jurídicos que se (a)firmaram durante o curso da História do Processo Civil que se pode chamar de pertencente à tradição "romano-canônica"⁸ e que têm significativa relevância para o tema da tutela cautelar.

Nesse exato sentido, portanto, parece fundamentalmente importante, de forma preliminar ao desenvolvimento do trabalho, tecer algumas observações sobre o procedimento metodológico que será empregado na exposição da temática.

Um estudo desta natureza, que pretende a (re)construção de noções delineadas em outro momento histórico, não pode prescindir justamente da historiografia como método de compreensão e exposição.

Aliás, a utilização da historiografia como método de pesquisa e compreensão do direito é de significativa importância para o presente estudo. E, para isso, nada melhor que lançar mão da própria história do direito e de algumas de suas premissas metodológicas para a delimitação, análise e exposição do objeto da presente pesquisa. Vejam-se as palavras de Ricardo Marcelo Fonseca, para quem "a história do direito passa a ter uma função crítica, desmistificadora do formalismo jurídico que

⁸ O termo "romano-canônico" é utilizado para definir todo um sistema jurídico que tem como raiz histórica o Direito Romano que, após o declínio do Império, continuou a ser aplicado na Europa Continental, recebendo influência direta do Direito nascido no âmbito da Igreja Católica, do qual o Processo Civil Brasileiro descende. Pode ser encontrado, por exemplo, na obra de Ovídio Baptista da Silva (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007).

busca sempre 'isolar' o direito de seu tempo, funcionando desse modo como 'consciência crítica' dos demais juristas"⁹.

Nesse sentido, Ricardo Marcelo Fonseca assinala que é possível identificar dois tipos de historiografia jurídica. Uma delas, como meramente legitimadora de um discurso dogmático, que pretende ver no direito "atual" o ápice da evolução do direito, no qual, portanto, se apresenta uma linha evolutiva em sentido ascendente do direito, em que o estudo do passado jurídico serve apenas para reafirmar e confirmar o caminho natural de um crescimento evolutivo, característica de uma historiografia que se pode dizer "positivista"¹⁰, muito presente no século XIX e naturalmente com influências decisivas na doutrina do direito do século XX.¹¹

Porém, há outra forma de historiografia identificada por Fonseca que, acalentada pelos estudos e pela orientação teórica de historiadores do direito como Paolo Grossi, António Manuel Hespanha e Pietro Costa, por exemplo, tem por finalidade,

não mais construir retrospectivamente uma "linha do tempo" do direito [...] com a finalidade mal disfarçada de colocar o presente num ponto de chegada inevitável de todo um processo de preparação e "lapidação" histórica; não mais isolar a historiografia jurídica numa função meramente "introdutória", em certo sentido, servil) com relação à dogmática jurídica.¹²

É esse "novo" modelo historiográfico, comprometido com uma visão crítica e com a utilização da história do direito para efetivamente compreender o passado, e não simplesmente tratá-lo como mero legitimador do presente, que se pretende usar como método no presente trabalho.

Uma historiografia que, como método, tal como sustenta Ricardo Marcelo Fonseca, funciona para

⁹ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2010. p.36.

¹⁰ Sobre a historiografia dita positivista para Ricardo Marcelo Fonseca, veja-se especialmente o capítulo denominado "Positivismo", "Historiografia positivista" e "História do direito", na obra "Introdução teórica à história do direito" (*Ibid.*, p.39/66).

¹¹ *Ibid.*, p.35.

¹² *Ibid.*, p.35-36.

ao demonstrar as profundas diferenças existentes entre experiências jurídicas do passado e da atualidade, ter a capacidade de relativizar o presente, contextualizar o atual, "desnaturalizando-o" e colocando-o na contingência e na provisoriedade histórica a que ele pertence. A análise do passado do direito passa a servir para, ao afirmar a historicidade que é ínsita ao direito [...] demonstrar aos juristas das áreas da dogmática jurídica [...] que seus saberes, para serem bem manejados, dependem fundamentalmente de uma responsável análise diacrônica. [...] a história do direito passa a demonstrar que uma análise teórica de qualquer dos "ramos do direito" deve ser atravessada pela história [...] e sua boa compreensão depende de sua inscrição temporal.¹³

Ora, um estudo que pretende a reconstrução de conceitos jurídicos calcados em um momento histórico, político, econômico e social completamente diverso do presente, para compreensão destes institutos na contemporaneidade da dogmática processual civil, não pode prescindir de uma análise historiográfica nesta perspectiva crítica e não legitimadora.

Isso será significativo, ademais, porque é preciso compreender que o direito não pode ser visto como algo "ahistórico", principalmente porque ele sofre influências diretas e reflexas do contexto histórico, político, social e religioso em que se insere. Como produção humana que é, o direito não pode ser visto como algo separado e distante daquelas aspirações humanas que lhe dão sentido. E, para regular compreensão dessas aspirações e como elas se manifestarão sobre o direito, faz-se absolutamente necessário compreender (e identificar) sua dimensão histórica.¹⁴

Nesse aspecto, aliás, é importante ressaltar que a compreensão histórica do tema importará como pressuposto metodológico de todo o trabalho. Exatamente porque é desse entendimento histórico dos requisitos de perigo para concessão dos provimentos de urgência que surgirá a delimitação de suas diferenças e, em especial, da necessidade da (re)construção e justificativa para a manutenção de regimes e regulações jurídicas distintos.

¹³ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2010. p.36.

¹⁴ Nas palavras de Paolo Grossi, "Se o direito é vocacionado a ordenar a história humana, é certo que tenha em si uma determinada vocação a encarnar-se na experiência histórica, transformando-se numa dimensão insuprimível de tal experiência. E, como trama da experiência o direito vive a sua vida, bem inserido no tecido social, econômico e político." (GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.27).

E, nesse particular, como pressuposto metodológico-teórico, a função dessa perspectiva histórica está muito mais em romper do que em apresentar um quadro supostamente evolutivo do tema, como se o "*grand finale*" fosse a atual conformação legislativa e o direito vigente.

Dessa forma, portanto, o presente trabalho pretende esquivar-se da análise histórica de índole "positivista", não se pretendendo, elaborar um "esborço histórico" ou uma "introdução histórica". Para regular compreensão do tema, é justamente disto que se pretende ficar longe.

É imperiosa, também, a lição de Paolo Grossi, sobre a importância da História do Direito, para o jurista ao advertir que

um dos papéis, e certamente não o último, do historiador do direito junto ao operador do direito positivo seja o de servir como sua consciência crítica, revelando como complexo o que na sua visão unilinear poderia parecer simples, rompendo as suas convicções acríticas, relativizando certezas consideradas absolutas, insinuando dúvidas sobre lugares comuns recebidos sem uma adequada confirmação cultural.¹⁵

Aliás, como já apontado, o que se pretende com o presente trabalho é justamente a ruptura com a ideia de evolução do Direito Processual Civil, como se isto fosse algo lógico no caminho percorrido através dos tempos por tal ciência, como se o direito vigente fosse, então, um aperfeiçoamento do processo civil como ápice deste processo "evolutivo".

Este é o papel que se pretende atribuir à História do Direito como método do presente trabalho. Como bem assevera Hespanha, "a missão da História do Direito é antes a de problematizar o pressuposto implícito e acrítico das disciplinas dogmáticas, ou seja, o de que o direito dos nossos dias é o racional, o necessário, o definitivo"¹⁶.

Para o regular desenvolvimento da temática que se pretende analisar de forma adequada, aliás, romper com a ideia de uma compreensão histórico-positivista será fundamental, em especial para se tentar desconstruir a concepção de identificação

¹⁵ GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2.ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p.13.

¹⁶ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p.21.

que se quer fazer crer entre o requisito de perigo necessário para a concessão das tutelas cautelar e a antecipação da tutela satisfativa, é algo que parece imprescindível.

Ademais, a simples apropriação descontextualizada de conceitos e de acepções atuais (como, por exemplo, o de *periculum in mora* a justificar a concessão das medidas urgentes) para aplicação ou compreensão em épocas históricas distintas (e distantes) não é algo que parece possível admitir em uma análise historiográfica como a que se pretende neste trabalho.

A esse respeito, veja-se a lição de António Manuel Hespanha

realmente, conceitos como pessoa, liberdade, democracia, família, obrigação, contrato, propriedade, roubo, homicídio, são conhecidos como construções jurídicas desde os inícios da história do direito europeu. Contudo, se avançarmos um pouco na sua interpretação, logo veremos que, por baixo da superfície da sua continuidade terminológica, existem rupturas decisivas no seu significado semântico. O significado da mesma palavra, nas suas diferentes ocorrências históricas, está intimamente ligado aos diferentes contextos, sociais ou textuais, de cada ocorrência. Ou seja, é eminentemente relacional ou local. [...] E esta descontinuidade semântica frustra por completo esta pretensão de uma validade intemporal dos conceitos embebidos nas palavras, mesmo que estas permaneçam.¹⁷

Para resgate e reconstrução histórica de algumas categorias e correta compreensão de outras que são importantes no desenvolvimento da presente pesquisa, e sob o manto metodológico desta historiografia crítica, será importante e fundamental, portanto, evidenciar e trabalhar muito mais com as "descontinuidades históricas" do que com aquelas supostas "permanências", estas últimas tão caras àqueles que fazem da história do direito um mero capítulo introdutório e legitimador da exposição de suas teorias dogmáticas.

E, como adverte Ricardo Marcelo Fonseca,

a descontinuidade, assim, sempre tão estigmatizada, passa a ser um elemento importante na análise histórica com um triplo papel: 1) passa a ser uma operação deliberada do historiador, que distingue os níveis de análise, os métodos que são adequados a cada um e as periodizações que lhes são

¹⁷ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p.26-27.

convenientes; 2) é o resultado da descrição do historiador, que passa a buscar os limites e os pontos de inflexão do processo; 3) é um conceito sempre explicitado, que assume forma e função específicas de acordo com o domínio questionado.¹⁸

Igualmente na sustentação da importância do exame das "descontinuidades" como forma de compreensão do passado jurídico, Ricardo Marcelo Fonseca vai relembrar a lição de Pietro Costa, em especial quando o historiador italiano aponta que não se deve olhar para o direito romano em relação ao direito moderno apenas em termos de uma continuidade, mas, efetivamente, debruçar-se sobre as "*cesuras, rupturas e mudanças de rota*"¹⁹.

E, é justamente na análise das "descontinuidades" operadas a partir da teoria de Piero Calamandrei sobre a dupla tipologia de *periculum* que podem dar razão a medidas urgentes, que, como se verá adiante, levou à unificação de apenas uma categoria conceitual (*periculum in mora*) como legitimadora de qualquer medida urgente, fosse de natureza satisfativa ou cautelar, porquanto, para o processualista florentino, toda medida urgente sempre seria objeto de um *provimento cautelar* que reside a chave importante para a correta compreensão do problema da distinção entre o *perigo de dano* e o *perigo da demora* e, então, a partir disto, tal análise é fundamental para o objeto do presente trabalho.

Aliás, como igualmente se verá adiante, a doutrina (e a legislação) brasileira também realizou a operação desta "descontinuidade" acerca das tipologias de perigo existentes nas medidas urgentes, a partir, curiosamente, da "continuidade" da noção de Calamandrei sobre a natureza *cautelar* de qualquer provimento urgente.

Dessa forma, o método historiográfico e crítico de duvidar das continuidades e buscar exatamente nas descontinuidades um sentido de compreensão mais amplo e igualmente verificável é imprescindível neste trabalho, pois só assim se pode, como quer Ricardo Marcelo Fonseca, "entrar no palco histórico das vicissitudes que exclusões e desprezos nos ramos do saber"²⁰.

¹⁸ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2010. p.123.

¹⁹ *Ibid.*, p.23.

²⁰ *Ibid.*, p.22-23.

Neste particular, veja-se outra esclarecedora passagem da obra do historiador do direito da UFPR, para quem

trata-se, enfim de buscar na reconstituição histórica do passado – tão negligenciado pelo jurista no seu trabalho de compreensão do direito atual – a recuperação de expectativas históricas vencidas, dos becos sem saída, dos apelos que foram sufocados. E quanto mais adequadas forem as perguntas formuladas a este passado, maior a possibilidade de obtermos respostas aos impasses do direito atual, na medida da redenção deste passado perdido.²¹

É justamente no estudo daquilo que foi negligenciado, esquecido ou apagado pela maioria da doutrina clássica da teorização da tutela cautelar e que teve notada influência na produção jurídica (doutrinária e legislativa) sobre o tema e nos afirmamentos divergentes daquilo que, de alguma forma, não prevaleceu na compreensão da questão que se poderá encontrar (e resgatar, de forma contextualizada) verdadeiramente a essência da distinção entre as tipologias de perigo que fundamentam medidas urgentes e como esta diferenciação é fundamental para igualmente distinguir uma *tutela cautelar* de uma *medida antecipatória satisfativa*.

Portanto, é nesta *história marginal* que, como se verá adiante, será possível encontrar as bases da compreensão do objeto do presente trabalho pautadas em posições doutrinárias que insistiram em resistir, e em não deixar apagar totalmente a distinção entre *perigo de dano* e *perigo de demora* e sua direta e correlata relação com a distinção entre o que comumente se convencionou chamar de *tutela cautelar* e de *tutela antecipada*.²²

Na mesma esteira da utilização da historiografia como método de análise e compreensão do objeto do trabalho, outra forma de análise da história também parece adequada como ferramenta para as finalidades desta pesquisa. A chamada "micro-história", que tem em Carlo Ginzburg seu mais conhecido expoente, também pode trazer contribuições importantes, no sentido metodológico, para este trabalho.

²¹ FONSECA, Ricardo Marcelo. Notas sobre a construção de um discurso historiográfico. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, n.28, p.258, 1994/1995.

²² O termo aqui é empregado da forma como, por vezes, uma doutrina mais clássica o utiliza. Isso porque, mais adiante, será possível compreender que a expressão *tutela antecipada* talvez não seja a terminologia mais adequada para evidenciar exclusivamente o fenômeno da antecipação de tutela satisfativa, observação que é importante fazer desde logo.

De uma forma bem resumida, Carlo Ginzburg define a micro-história propriamente como uma forma de fazer pesquisa e, portanto, como método, um modelo epistemológico. No seu ensaio "Sinais: raízes de um paradigma indiciário", o historiador italiano sustenta e defende a micro-história como uma metodologia de pesquisa que permite identificar e encontrar nos vestígios e indícios elementos da história que não são verificáveis quando se pensa unicamente em um modelo "padrão" de uma história, diga-se, "macro".²³

Na sua obra, Ginzburg utiliza, inicialmente, a exposição do chamado "método morelliano" aplicado à História da Arte para fundamentar a apresentação do método indiciário como um possível modelo de epistemologia. O método de Giovanni Morelli sustenta ser possível, na análise de uma pintura, reconhecer o trabalho de um determinado artista, não a partir dos elementos gerais mais comuns ao seu trabalho, pois isso pode ser facilmente disfarçado. Mas, o que nunca pode ser modificado são os pequenos detalhes (os "indícios") que permitem a identificação do artista. Nas suas palavras, "é necessário examinar os pormenores mais negligenciáveis, e menos influenciados pelas características da escola a que o pintor pertencia: os lóbulos das orelhas, as unhas, as formas dos dedos das mãos e dos pés"²⁴.

Assim, o estudo dos "indícios" desses pequenos detalhes (que são negligenciados quando se monta o quebra-cabeça da história e se olha para ele de uma forma distanciada, e que, sob essa perspectiva somem em detrimento a uma visão mais geral) certamente se consubstancia em um método de pesquisa de aplicação possível também ao direito.

A micro-história de Ginzburg permite repensar as generalizações possíveis, partindo do caso (individual) para o geral, com base em um método circular, por meio do qual o individual é bombardeado por perguntas para aumentar sua dimensão, sendo que, quando se relacionam diversos os casos individuais, se pode chegar a uma generalização verdadeiramente generalizante. Trata-se, na verdade, de uma

²³ GINZBURG, Carlo. Sinais: raízes de um paradigma indiciário. In: _____. **Mitos, emblemas, sinais**. 2.ed. Tradução de Federico Carotti. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.143/179.

²⁴ *Ibid.*, p.144.

inversão metodológica em que se busca o geral pela análise dos individuais e não se busca o enquadramento dos individuais dentro da generalidade.²⁵

Luís Fernando Lopes Pereira, ao tratar do método indiciário como ferramenta do historiador, aponta que este deve ser seguido, na recomposição prudente do todo tendo como ponto de partida o particular.²⁶

Nas suas próprias palavras, "a pesquisa deve prospectar indícios e buscar a definição de uma hipótese aceitável (ainda que conjectural e provisória), estabelecida com base na sua '*plausibilidade, coerência e potência explicativa*', com a intenção de lançar luzes interpretativas ao objeto"²⁷.

Mas, e qual a utilidade prática deste método para o presente trabalho é a pergunta que deve ser respondida. No que esta metodologia da chamada "micro-história" pode contribuir para o enfrentamento e afirmamento de questões importantes nesta pesquisa também é algo que precisa ser especificamente delineado.

A resposta parece ser simples, mas ao mesmo tempo exige certa mediação para, ao tratar de situações concretas, poder explicar como esse tipo de método contribuiu para a exposição de algumas assertivas neste trabalho. De forma simples, dir-se-ia que a procura por indícios, sinais, pequenos detalhes, como "pistas" de realidades não reveladas é fundamental em qualquer trabalho que tenha por objetivo desconstruir certezas e não se constitua em uma mera exposição cansativa do que já foi escrito.

Uma busca crítica por verdadeiras razões por trás de "verdades científicas" ou de um discurso generalizante (como, por exemplo, aquele que sustenta que, tanto para a concessão de uma medida cautelar quanto para a concessão de uma antecipação de tutela satisfativa, se exige como requisito de urgência o *periculum in mora*) certamente encontra no método indiciário proposto pela "micro-história ginzburguiana" uma ferramenta adequada e importante.

²⁵ Não é à toa que Ginzburg coloca como epígrafe ao seu texto "Sinais: raízes de um paradigma indiciário" a célebre frase de Warburg "Deus está no particular", indicando que, na verdade, o todo universalizado está no particular.

²⁶ PEREIRA, Luís Fernando Lopes. A circularidade da cultura jurídica: notas sobre conceito e método. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Coord.). **Nova história brasileira do direito: ferramentas e artesanias**. Curitiba: Juruá, 2012. p.31-54, em especial, p.35.

²⁷ *Ibid.*, p.36.

Ao mesmo tempo, de uma forma bem clara, o método indiciário permitirá, como se verá adiante, identificar como a teoria de Piero Calamandrei sobre a tutela cautelar influenciou de forma decisiva e importante tanto o seu regime jurídico na legislação quanto nas teorizações doutrinárias que se seguiram ao mestre florentino.

Mesmo que, por exemplo, o legislador do Código de Processo Civil brasileiro de 1973 não tenha expressamente mencionado a influência da teoria de Calamandrei sobre os provimentos cautelares, como poderia ter feito na sua Exposição de Motivos, ao conceberem aqueles como instrumentais a outro processo, lhe sendo sempre acessórios e dependentes, a simples leitura com um olhar detido sobre os indícios permite dizer, sem sombra de dúvida, que tal influência é inegável na formulação legislativa do artigo 796, da lei processual civil.²⁸

Na mesma dimensão, outro importante traço da metodologia de Ginzburg é nítido no sentido de que a leitura dos textos (e, portanto, inclusive de textos jurídicos) deve ser feita de forma contextualizada e consciente das condicionantes daqueles que produzem os textos. Para tanto, o historiador italiano invoca a ideia de Walter Benjamin no sentido de se realizar a escovação ao contrário da história.

Nas palavras de Ginzburg,

ao avaliar as provas, os historiadores deveriam recordar que todo ponto de vista sobre a realidade, além de ser intrinsecamente seletivo e parcial, depende das relações de força que condicionam, por meio da possibilidade de acesso à documentação, a imagem total que uma sociedade deixa de si. Para "escovar a história ao contrário", [...] como Walter Benjamin exortava a fazer, é preciso aprender a ler os testemunhos às avessas, contra as intenções de quem os produziu. Só dessa maneira será possível levar em conta tanto as relações de força quanto aquilo que é irreduzível a elas.²⁹

Assim, de forma clara, parece inegável sustentar que a história do direito – e, em especial, os modelos de história do direito aqui apontados – traz contribuições importantes e decisivas sob o ponto de vista metodológico do presente trabalho.

²⁸ CPC, art. 796. "O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e **deste é sempre dependente.**" (sem grifos no original)

²⁹ GINZBURG, Carlo. **Relações de força**: história, retórica, prova. Tradução de Jônatas Batista Neto. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p.43.

Nesse sentido, é valiosa a lição, também, de Ovídio Baptista da Silva, ao tratar da imperiosa necessidade de se apreender historicamente o processo civil:

o fenômeno é perfeitamente conhecido dos juristas que lidam com o processo civil, **pois este é o ramo do direito mais comprometido com a história**, uma vez que não lhe cabe apenas prescrever regras hipotéticas, como o faria o jurista do direito material, mas diretamente intervir nos conflitos sociais, impondo, aqui e agora, uma determinada regra de conduta. [...] **as pressões da experiência jurídica podem instituir novos modelos e abrir caminhos inovadores, mesmo que a doutrina tente preservar seus castelos conceituais e resista em admitir que os velhos princípios que sustentam os códigos do século XIX já não mais atendem às exigências da civilização contemporânea.**³⁰

Para finalizar estas observações metodológicas introdutórias, que têm a função de especificar e apresentar as ferramentas utilizadas para se chegar aos resultados finais deste trabalho, é fundamental que sejam feitos alguns afirmamentos.

O primeiro destes afirmamentos é que se tem a consciência de que os resultados que serão apresentados e as observações e argumentações aqui expostas são indelevelmente conclusões que se delineiam a partir do objeto da pesquisa e do método nela utilizado.

Isdo obriga a dizer que, tendo sido delimitado outro objeto de pesquisa (mais amplo ou mais restrito, buscado a partir de outros referenciais teóricos ou históricos, com recortes históricos e epistemológicos distintos, por exemplo) e aplicadas outras ferramentas metodológicas, as conclusões certamente poderiam ser outras. Buscar uma análise crítica do fenômeno relativo às distinções entre *perigo de dano* e *perigo de demora* parte da noção primeira de que *existem diferenças a serem indicadas*. Uma análise meramente descritiva da doutrina que se pode dizer clássica sobre a tutela cautelar certamente assinalará para resultados diversos. Assim, de forma lógica e clara, os resultados finais da pesquisa são diretamente ligados à delimitação do objeto de pesquisa e da metodologia nela aplicada.

O segundo afirmamento a ser feito é que também se tem a consciência de que não se é possível esgotar todas as nuances que podem ser delineadas e atingidas como resultados a serem obtidos a partir da pesquisa. Portanto, é preciso

³⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.179. (sem grifos no original)

deixar claro que a investigação das temáticas aqui tratadas é fruto da escolha do autor e não meramente aleatória, situação que traz para aquele que escreve, sempre, o ônus de explicar e justificar a análise de certas nuances e, eventualmente, a exclusão de outras.

Nessa dimensão, portanto, o presente trabalho é, naturalmente, incompleto, se a perspectiva da qual se olha para ela tem por finalidade a totalidade do estudo da tutela cautelar e das diversas temáticas que lhe são correlacionáveis. Do outro lado, acredita-se que este trabalho possa contribuir para trazer algumas indagações e questionamentos que precisam ser feitos para a integral compreensão – teórica e prática – dos fenômenos relativos às medidas urgentes, em especial a partir da distinção entre os perigos de dano e demora que animam a concessão de tais provimentos.

A última observação metodológica a ser feita diz respeito ao ponto de partida da pesquisa, como se poderá notar a partir do próximo capítulo. O recorte histórico, metodológico e teórico adota como "ponto zero" a obra de Piero Calamandrei sobre a tutela cautelar, cujos afirmamentos foram feitos no clássico livro denominado "*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*", de 1936. A escolha deste recorte dá-se por, basicamente, duas razões: (i) porque é a primeira obra de que se tem notícia como uma tentativa de teorização completa sobre os provimentos cautelares na tradição jurídica que influenciou a legislação e a doutrina brasileiras; e (ii) em razão da recepção – e repetição – das ideias de Calamandrei no âmbito da ciência processual civil italiana e, por consequência, brasileira, especialmente no século XX, mas com repercussões inegáveis até hoje.

Ademais, no que tange especificamente ao tema da presente dissertação, Piero Calamandrei sempre sustentou que o *periculum in mora* que justifica a concessão de um provimento cautelar pode ser de duas espécies: o *pericolo di tardività* e o *pericolo di fruttuosità*, cujas noções, como se verá adiante, serão fundamentais para a explicitação do principal objeto da presente pesquisa.

Claro que seria possível buscar as raízes daquilo que hoje é denominado "tutela cautelar" em um tempo histórico (bem) mais distante. Mas, certamente, tal reconstrução não seria possível no âmbito da presente dissertação, caso se pretendesse fazer uma análise efetivamente histórica e crítica, e não meramente repetitiva de conceitos e ideias olhados pelas lentes do presente. Ou seja: a análise adequada de

noções mais antigas à obra do mestre florentino não poderia ser feita nesta dissertação, de maneira que se optou por não fazê-la, adotando o recorte histórico e teórico já denunciado.

Por outro lado, do ponto de vista da teorização e da própria autonomia dos provimentos cautelares, a obra de Calamandrei parece decisiva, como, aliás, diversos juristas afirmam e o que poderá ser visto adiante. Assim, o ônus da justificação e explicação do recorte feito como ponto de partida do presente trabalho parece realizado com as duas razões anteriormente expostas.

Portanto, acredita-se que estão explicitadas não somente as razões que determinaram a escolha do ponto de partida da análise das distinções entre *perigo de demora* e *perigo de dano* a teorização de Piero Calamandrei e sua obra clássica sobre o tema da tutela cautelar ("*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*"), como também expostos e delineados os métodos de pesquisa e análise utilizados no presente trabalho para se atingir às considerações últimas.

Dessa forma, feitas estas observações metodológicas fundamentais à compreensão da escolha do objeto de pesquisa e das ferramentas utilizadas no seu manejo, é possível partir para a exposição propriamente dita do tema e das conclusões que são possíveis de serem feitas a partir do objeto e da metodologia aplicada.

CAPÍTULO 2

A TEORIA DE CALAMANDREI E SUA DECISIVA INFLUÊNCIA NO CPC ITALIANO DE 1942 E SEUS REFLEXOS NA DOUTRINA E LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

2.1 UM POSICIONAMENTO GERAL SOBRE A INFLUÊNCIA DA OBRA DE PIERO CALAMANDREI NA ITÁLIA E NO BRASIL

Os estudos – e a teoria – de Piero Calamandrei sobre os provimentos cautelares tiveram notória e decisiva influência na promulgação do Código de Processo Civil italiano de 1942 (em substituição ao então código vigente, da época da Unificação da Itália, de 1865) e, pela autoridade de suas lições e pela estatura intelectual do mestre florentino, tiveram igualmente repercussões definitivas sobre a doutrina e a legislação brasileira, em especial no Código de Processo Civil brasileiro de 1973.

A obra célebre e clássica do processualista de Florença, denominada "*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*", de 1936³¹, é considerada um marco teórico sobre a tutela cautelar, cujos afirmamentos inspiraram todos os demais estudos sobre o tema, fosse para exaltar a correção de seus ensinamentos, fosse para assinalar críticas sobre as assertivas lá expostas.³²

Em recente ensaio, Remo Caponi relembra e ressalta a importância da obra de Calamandrei sobre a tutela cautelar apontando que esta última é clássica "*nel*

³¹ CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Padova: Cedam, 1936.

³² Na doutrina brasileira, veja-se, por exemplo, o que aponta Daniel Mitidiero sobre a importância da obra do mestre florentino para o estudo da tutela cautelar: "É inquestionável que o grande teórico da tutela cautelar no período do desenvolvimento das bases da ciência processual civil foi Piero Calamandrei. Com a publicação de seu clássico *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, em 1936, estabeleceram-se os principais traços que posteriormente serviriam para a doutrina e para a legislação trabalharem sobre o tema". (MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: RT, 2012. p.27). (com grifos no original)

momento stesso in cui escono dalla tipografia, perché quella svolta si percepisce d'un colpo, con un solo rapido confronto tra il loro contenuto e la letteratura anteriore"³³.

No mesmo sentido, Giuseppe Tarzia também é enfático ao afirmar que *"il maggior sviluppo della dottrina sulla tutela cautelare, anteriormente al codice del 1942, si deve notoriamente a Calamandrei"*, o que possibilita assinalar que, salvo alguns aspectos, a doutrina do mestre florentino é ainda hoje dominante.³⁴

A importância da compreensão e a explanação dos principais pontos da teoria de Calamandrei se fazem imperativos para o presente trabalho, uma vez que, como se verá, sua obra acabou servindo de base teórica para as reformulações legislativas levadas a efeito no CPC italiano de 1942 e acabaram, notadamente, servindo também de inspiração para a doutrina brasileira, culminando igualmente com indiscutível influência sobre a regulamentação legislativa levada a efeito no Brasil com o advento do Código de Processo Civil de em 1973.

Piero Calamandrei publica sua obra teórica sobre os "provimentos cautelares" em 1936 (embora a tenha finalizado em 1935), em uma monografia que dedica ao seu mestre Giuseppe Chiovenda e que, como ele mesmo adverte no início do livro, é a parte introdutória do curso que ministrou aos alunos da Facoltà di Giurisprudenza da Università di Firenze em 1934. Também como ele mesmo afirma, é inspirada na teoria, além de Chiovenda, de Francesco Carnelutti e tem a finalidade de chamar a atenção dos estudiosos (e, mais ainda, dos jovens) sobre uma região do processo civil que até então era deixada na sombra, embora seja, nas suas palavras, "fecondissima" e cujos problemas não podem não ser tratados de forma séria sem uma correta formulação teórica.³⁵

³³ CAPONI, Remo. **Piero Calamandrei e la tutela cautelare**. Disponível em: <http://www.academia.edu/2225254/Caponi_2012_Piero_Calamandrei_e_la_tutela_cautelare>. Acesso em: 26 dez. 2012. Veja-se ainda a afirmação de Andrea Proto Pisani sobre a obra clássica do mestre florentino sobre os provimentos cautelares, ao assinalar que "a mio avviso rappresenta tutt'oggi lo studio sistematico di maggior valore in tema di tutela cautelare" (PISANI, Andrea Proto. Chiovenda e la tutela cautelare. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v.43, II Série, p.16-34, 1988. Especialmente p.30.

³⁴ TARZIA, Giuseppe. **Il processo cautelare**: A cura di Giuseppe Tarzia e Achille Saletti. 4.ed. Padova: Cedam, 2011. p.xxvi.

³⁵ CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Padova: Cedam, 1936. p.vii e viii.

Logo após a publicação de sua obra, Calamandrei é chamado pelo Governo da Itália, sob a batuta fascista de Mussolini, para, em conjunto com Francesco Carnelutti, liderar a elaboração de um novo Código de Processo Civil, reformando a então vigente legislação codificada, que datava de 1865 e que adveio com a Unificação do Reino.

Em 1939, Mussolini nomeia Dino Grandi como Ministro da Justiça de seu governo e o incumbe de empreender a reforma de diversas legislações italianas, dentre elas o Código de Processo Civil vigente. A ideia de Mussolini é empreender uma reforma completa na legislação para deixá-la como legado e herança jurídica do regime fascista na Itália.³⁶

Grandi então passa a pensar na reunião de alguns processualistas para, a princípio, discutirem o projeto que Solmi havia redigido e dentre esses juristas surge, inclusive como alternativa viável às soluções que se apresentavam, o nome de Piero Calamandrei.³⁷

Assim, a teoria de Calamandrei para a tutela cautelar certamente far-se-ia presente, como se fez – e não poderia ser diferente –, na regulamentação sobre o tema que se operou no Código de Processo Civil italiano de 1942.

³⁶ Franco Cipriani redigiu um belo e exemplar trabalho sobre a história da formação e elaboração do Código de Processo Civil italiano de 1942, reunindo diversos documentos da época, como cartas trocadas entre representantes do Governo (como Dino Grandi) e os processualistas encarregados da reforma, como, por exemplo, Francesco Carnelutti e, claro, Piero Calamandrei. (CIPRIANI, Franco. **Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti**: riflessioni e documenti nel cinquantenario dell'entrata in vigore. Napoli: ESI, 2001). Neste trabalho, também constam as palavras dirigidas por Mussolini aos componentes da "Comissione del Senato e della Camera dei Fasci e delle Corporazioni e al Comitato legislativo" para a reforma do Código sobre este (p.217-218).

³⁷ No trabalho de Cipriani, encontra-se uma carta redigida justamente por Dino Grandi a Piero Calamandrei, em 04 de agosto de 1943, depois da queda do regime fascista, portanto, em que o ex-ministro da justiça informa ao processualista florentino que o código está sob risco da "*furia distruttiva di questi giorni*", pedindo então que Calamandrei faça a defesa do CPC contra essas forças que pretendiam destruí-lo, lembrando ao processualista os "*pressuposti si spirituale libertà*" sobre os quais tinham trabalhado na redação da reforma e que ele próprio Grandi havia empreendido resistência para impedir que a "*fazione*" entrasse e interferisse nos trabalhos (*Ibid.*, p.76-77). Igualmente, consta na obra de Cipriani uma defesa que Calamandrei faz do Código, ressaltando que este tem caráter liberal e democrático e que, inclusive, quando ia a Roma para os trabalhos de elaboração do Código, era vigiado pela polícia, o que o processualista atribui ao fato de que Grandi lhe escolheu para o trabalho, em detrimento a outros juristas fascistas (p.441). Nessa mesma obra, Cipriani faz uma breve análise das novidades do CPC de 1942 e sobre os provimentos cautelares, tais observações podem ser verificadas às páginas 346/350.

A influência de Piero Calamandrei, ainda, ultrapassou as fronteiras italianas e, de forma muito marcante, aparece substancialmente na formulação legislativa do Código de Processo Civil brasileiro de 1973³⁸, o que, por conseguinte, refletirá também na doutrina processualística civil brasileira, com repercussões até hoje muito presentes.

A penetração da teoria do mestre florentino no Brasil, provavelmente, se deu pela igualmente decisiva influência que Enrico Tullio Liebman³⁹ teve na elaboração do CPC de 1973. Sabidamente, o processualista italiano em comento foi seguramente fonte inspiradora do jurista responsável por liderar o projeto de reforma do então vigente Código de Processo Civil de 1939, o que, aliás, se pode ver expressamente da própria exposição de motivos da legislação processual empreendida por Alfredo Buzaid.

Liebman era leitor atento – e entusiasta – das lições de Calamandrei. Basta lembrar que, por exemplo, no seu artigo denominado "*Unità del procedimento cautelare*"⁴⁰ faz diversas observações da obra do processualista florentino como fundamento de suas próprias ideias e lições sobre o tema da tutela cautelar.

A prova da influência de Calamandrei na legislação processual brasileira de 1973, por exemplo, é uma observação lançada justamente na Exposição de Motivos

³⁸ Em verdade, antes mesmo da publicação do Código de Processo Civil em 1973, a doutrina de Calamandrei já tinha penetração na doutrina brasileira. Na monografia de Alfredo de Araújo Lopes da Costa, que Daniel Mitidiero diz ser a única publicada sob a égide do código de 1939 (MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: RT, 2012. p.85), já se encontra fortemente a influência do mestre florentino na produção jusprocessualística brasileira sobre o tema dos provimentos cautelares. Lopes da Costa, referenciando Calamandrei, aponta que "a temporariedade das medidas preventivas, em processo, mais propriamente chamar-se-ia *provisoriedade*" (LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Medidas preventivas**: medidas preparatórias – medidas de conservação 02.ed. Belo Horizonte: Bernardo Alves, 1958. p.16). Também, nos "Comentários ao Código de Processo Civil", tratando do codex de 1939, o atualizador da obra de Hugo Simas, João Vicente Campos, expressamente referencia a obra de Piero Calamandrei, ao tratar dos chamados, à época, "processos acessórios" (SIMAS, Hugo. **Comentários ao código de processo civil**. 2.ed. atualização de João Vicente Campos. Rio de Janeiro: Forense, 1962. v. VIII, Tomo 1, p.59-61).

³⁹ A se recordar que Liebman se refugiou no Brasil durante o período do governo fascista italiano, justamente pelo fato de ser judeu (CIPRIANI, Franco. **Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti**: riflessioni e documenti nel cinquantenario dell'entrata in vigore. Napoli: ESI, 2001. p.29). Sobre a influência de Liebman no CPC de 1973 e na doutrina brasileira, por brevidade, veja-se DINAMARCO, Cândido Rangel. Liebman e a cultura processual brasileira. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (Org.). **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005. p.487-512.

⁴⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Problemi del processo civile**. Napoli: Morano, 1962. Em especial, p.104/110.

da Lei n.º 5.969/1973 (Código de Processo Civil), sobre a terminologia adotada no seu Livro III:

"7. Ainda quanto à linguagem, cabe-nos explicar a denominação do Livro III. Empregamos aí a expressão processo cautelar. Cautelar não figura, nos nossos dicionários, como adjetivo, mas tão-só como verbo, já em desuso. O projeto o adotou, porém, como adjetivo, a fim de qualificar um tipo de processo autônomo. Na tradição de nosso direito processual era a função cautelar distribuída, por três espécies de processos, designados por preparatórios, preventivos e incidentes. O projeto, reconhecendo-lhe caráter autônomo, reuniu os vários procedimentos preparatórios, preventivos e incidentes sob fórmula geral, não tendo encontrado melhor vocábulo que o adjetivo cautelar para designar a função que exercem. A expressão processo cautelar tem a virtude de abranger todas as medidas preventivas, conservatórias e incidentes que o projeto ordena no Livro III, e, pelo vigor e amplitude do seu significado, traduz melhor que qualquer outra palavra a tutela legal. [...] No direito italiano, argentino e uruguaio também a doutrina manifestou o seu assentimento à expressão processo cautelar" (e, como fundamento da adoção da terminologia, se verifica como primeira obra citada a monografia clássica de Calamandrei sobre o estudo dos provimentos cautelares).⁴¹

Diante disso, não se pode negar de forma alguma a decisiva contribuição da teoria de Calamandrei sobre a tutela cautelar (em especial, aquela empreendida a partir de sua obra clássica sobre o tema) nos códigos de processo civil da Itália, de 1942, e do Brasil de 1973⁴², como se verá adiante com alguns tópicos especialmente significativos para o presente estudo.

Ademais, e, sobretudo, para a questão principal do presente trabalho (a distinção entre os perigos *de dano* e *de demora*), a teoria de Calamandrei é igualmente importante, como ponto de partida da centralidade do estudo, inclusive para que seja possível cotejar as possíveis críticas à atualidade de suas lições e assinalar algumas

⁴¹ Exposição de Motivos da Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

⁴² Veja-se, novamente, exposição de Daniel Mitidiero sobre a influência de Calamandrei na redação do Código de Processo Civil brasileiro de 1973: "A influência das ideias de Calamandrei na doutrina posterior e na construção legislativa dos provimentos cautelares em vários quadrantes da tradição romano-canônica não pode ser seriamente contestada. [...] O caso brasileiro – do emblemático Código Buzaid – é eloquente." (MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: RT, 2012. p.30). O próprio processualista gaúcho faz referência a outra obra sua em que se pode encontrar um detalhamento ainda maior desta influência do mestre florentino no artigo denominado "O processualismo e a formação do Código Buzaid." (MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. **Revista de Processo**, São Paulo, v.35, n.183, p.165-194, 2010).

soluções em sentido diverso daquelas levadas a efeito pelo mestre florentino, sem olvidar de sua decisiva contribuição para as questões aqui tratadas.

Nesse sentido, é importante apresentar tais pontos específicos que são colaterais ao trabalho, inclusive e posteriormente, em especial, aquele que interessa de forma central ao presente estudo, a distinção empreendida por Calamandrei entre o que chamou de *pericolo di infruttuosità* e *pericolo di tardività*.

2.2 A POSIÇÃO DE CALAMANDREI SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA TUTELA CAUTELAR

Antes de se iniciar propriamente a exposição das ideias relativas ao presente ponto do trabalho, adverte-se que a natureza jurídica da tutela cautelar será melhor e mais amplamente discutida em tópico próprio, para cuja compreensão, inclusive, far-se-á importante retornar as lições de Calamandrei e contrapô-las com seus críticos, temperando-as ainda com o que se chama de "direito material (substancial) de cautela". Por ora, fazem-se importante alguns breves afirmamentos sobre como a teoria do mestre florentino acerca da natureza jurídica da tutela cautelar fez eco na doutrina e legislação italianas e também no Brasil.

Inicialmente, é de se ressaltar que Calamandrei, durante o percurso de sua teoria, para se referir ao tema trata especialmente de "*provvedimento*", "*azione*", "*processo cautelare*", referindo-se ainda, de forma especial, que entende como objeto de sua pesquisa, seja mais acertado se falar de "*provvedimento cautelare*" que propriamente de "*azione cautelare*". Justificando tal opção principalmente afirmando que

*se si hanno casi (e uno tipico) ne troveremo proprio nel corso di questo studio) nei quali esiste un provvedimento a cui non corrisponde un'azione (giurisdizione senza azione), questi non protrebbero trovare adeguata collocazione sistematica in una classificazione che si limitasse a inquadrare i vari tipi di provvedimenti giurisdizionali nella cornice dei vari tipi di azione.*⁴³

⁴³ CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Padova: Cedam, 1936. p.5.

Tal opção torna clara igualmente a importância da influência de Giuseppe Chiovenda⁴⁴ sobre a formação – e a teoria – de Calamandrei, pois foi aquele quem, antes da obra clássica deste, formula sua concepção de ação cautelar como sendo um caso específico de "ação sem direito". Chiovenda vai chamar o poder jurídico de se obter um provimento cautelar como uma forma por si mesma de ação, nas suas palavras, "*azione assicurativa*", também provisória, qualificando-a como "*mera azione*", em razão da sua existência sem a correspondência de um direito subjetivo, pois, para ele, "*il diritto al provvedimento cautelare è un diritto dello Stato, fondato sulle necessità generali della tutela del diritto*" e, em razão disso, a parte somente tem o poder de provocar o exercício deste direito do Estado no caso concreto.^{45,46}

Ora, para Calamandrei, ao seguir a firme ideia chiovendiana, se a ação cautelar é uma "*mera azione*", no caso das ações cautelares, é possível falar de "*giurisdizione senza azione*". E, portanto, sua pesquisa se limita a estabelecer quais as características diferenciais que distinguem os provimentos cautelares dos demais provimentos jurisdicionais, apontando ainda que procurará a distinção justamente a

⁴⁴ Chiovenda era, para Calamandrei, "*Il Maestro*", de quem foi discípulo e em quem se inspirava sem qualquer sombra de dúvida. Sobre isto veja-se: (i) CALAMANDREI, Piero. *Il nostro Maestro. Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v.14, Parte 1, p.301 e segs., 1937 e (ii) CALAMADREI, Piero. *In memoria di Giuseppe Chiovenda*. Padova: Cedam, 1949.

⁴⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. 4.ed. Napoli: Nicola Jovene, 1928. p.16. Andrea Proto Pisani faz uma detida – embora concisa – análise da evolução do pensamento de Chiovenda sobre a tutela cautelar, cuja leitura pode ser igualmente sugerida (PISANI, Andrea Proto. Chiovenda e la tutela cautelare. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v.43, II Série, p.16-34, 1988).

⁴⁶ De outro lado, sem negar a importância da obra de Chiovenda, mas ressalvando que essa não representa ainda uma sistematização da tutela cautelar, Daniel Mitidiero argutamente observa que "A obra de Chiovenda, contudo, não representa *verdadeira sistematização* da tutela cautelar. A *azione assicurativa* chiovendiana é apenas o marco do qual a *função cautelar se despreza da tutela jurisdicional executiva e desloca-se do âmbito de proteção dos direitos para a tutela da autoridade do Estado*. A efetiva sistematização do tema, cuja influência na doutrina e nas legislações posteriores é enorme, deve-se notoriamente à teorização de Piero Calamandrei sobre os *provvedimenti cautelari*." (MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: RT, 2012. p.27). (com grifos no original). Também, no Brasil, mesmo antes do advento do código de 1973, Lopes da Costa já afirmava sua noção sobre as "medidas preventivas" centrado na doutrina de Giuseppe Chiovenda, a partir da ideia da "ação assecuratória", exercida como "mera ação" (LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Medidas preventivas**: medidas preparatórias – medidas de conservação. 02.ed. Belo Horizonte: Bernardo Alves, 1958. p.25-27).

partir de um critério que chamou de substancial, derivativo, então, de seu conteúdo e de seus efeitos jurídicos.⁴⁷

Vejam-se as próprias palavras do jurista italiano, nas conclusões de sua obra:

*io penso, al contrario, che i provvedimenti cautelari abbiano una loro inconfondibile fisionomia processuale, che permette di collocarli nella sistematica del processo come categoria a sè, determinabile in base a criteri che, pur non essendo gli stessi che servono a distinguere i provvedimenti di cognizione da quelli di esecuzione, non si trasformano per questo da processuali in materiali.*⁴⁸

A posição do processualista florentino sobre a natureza do "provimento" cautelar é, sem dúvida alguma, de emprestar a ele uma genética processual.^{49,50} A negação expressa que faz da afirmação de Enrico Allorio sobre a existência de um "*diritto sostanziale di cautela*", como fundamento da existência de um preexistente direito subjetivo à cautela – e a própria indiferença com que a repele, sobre a qual diz textualmente que se exime de repetir "*gli argomenti per i quali da tempo la prevalente dottrina italiana e tedesca ha sorpassato questa vecchia storia*"⁵¹ – dão

⁴⁷ CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Padova: Cedam, 1936. p.6.

⁴⁸ *Ibid.*, p.140. (com grifos no original)

⁴⁹ Há que se asseverar que Franco Lancellotti faz uma advertência no sentido de que foi a doutrina alemã do final do século XIX aquela que constitui o ponto de partida da sistematização da tutela cautelar sob um perfil exclusivamente processual (LANCELLOTTI, Franco. Osservazioni critiche intorno all'autonomia processuale della tutela cautelare. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, p.232-271, 1942. Em especial, p.235-236). Todavia, na obra clássica de Calamandrei, a tutela cautelar encontra uma sistematização própria que terá, como se viu e se verá adiante, reflexos e repercussões importantíssimas para seu estudo.

⁵⁰ Ovídio Baptista da Silva também assinalará que Calamandrei empresta uma natureza processual à tutela cautelar. Nas palavras do processualista gaúcho, criticando o mestre florentino, aponta que ele: "agrega procurando definir a natureza desse 'perigo de dano': '*derivado do retardamento de um provimento jurisdicional definitivo*'. Isso é o que seria o conhecido *periculum in mora*. E aí está o erro de sua doutrina. **Com tal colocação do problema, cortam-se todas as amarras que poderia ligar as chamadas medidas cautelares ao direito material dando-lhes um sentido nítido e exclusivamente processual.**" (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **A ação cautelar nominada no direito brasileiro**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p.33-34. (com itálicos no original, mas sem grifos no original)

⁵¹ CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Padova: Cedam, 1936. p.75-76.

conta de que, para Calamandrei, os provimentos cautelares são fenômenos exclusivamente processuais e, por isso, não poderiam ser de outra natureza que não fosse meramente processual.

Tal noção terá repercussões inegáveis sobre as próprias características que Calamandrei assinalará sobre os provimentos cautelares. Por exemplo, a sua "provisoriedade", como importante característica a permitir a distinção entre os provimentos cautelares dos demais provimentos jurisdicionais⁵², porquanto, para ele, tais provimentos tendem a ser substituídos por outro provimento que seja definitivo, denota a clara natureza exclusivamente processual e o seu pertencimento a esta realidade. Isso porque a condicionante de um provimento cautelar passa a ser o advento de um novo provimento, que só pode ser jurisdicional e, se assim o é, deve ser de índole processual.

E isso fica ainda mais nítido e claro, quando da apresentação da célebre noção sobre a instrumentalidade do processo (provimento) cautelar, que Calamandrei apresenta como a nota verdadeiramente típica de tal fenômeno, pois é sob esta premissa que se fundamenta a ideia de que o provimento de natureza cautelar não é um fim em si mesmo, mas está sempre voltado "*a servizio di un provvedimento definitivo*"⁵³.

Logo, é a partir dessa ideia de instrumentalidade que Calamandrei sustenta que a tutela cautelar é instrumento mediato a se fazer sentir para a garantia do eficaz funcionamento da justiça, tendo em vista que todos os provimentos da jurisdição são instrumentos do direito material que atuam. É daí que o processualista de Florença se permite concluir com a célebre conceituação que a instrumentalidade da tutela cautelar é uma instrumentalidade qualificada, elevada ao quadrado, sustentando a ideia de que o processo cautelar é o instrumento do instrumento.⁵⁴

⁵² CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Padova: Cedam, 1936. p.9/12.

⁵³ *Ibid.*, p.21.

⁵⁴ *Ibid.*, p.21-22.

Aqui, novamente, a teoria de Calamandrei se aproxima da de Chiovenda, em especial sobre a inserção da tutela cautelar como algo pertencente ao Estado⁵⁵, pois se é voltada à proteção da jurisdição, somente pode ser algo que pertence àquele a quem incumbe prestá-la. Para Calamandrei, a tutela cautelar é voltada a garantir a seriedade da função jurisdicional, inclusive afirmando que a expressão polícia judiciária parece bem adaptada à função cautelar, pois, para ele, *"la materia dei provvedimenti cautelari costituisce la zona di confine tra la funzione giurisdizionale e quella, amministrativa, di polizia"*⁵⁶.

Portanto, a partir dessas linhas gerais, e que informam toda a teoria de Calamandrei sobre a natureza da tutela cautelar, é possível compreender, por exemplo, porque a disciplina relativa aos provimentos cautelares vem regulada, no CPC italiano de 1942, como uma forma de *"procedimento speciali"*, a partir da noção de sua ligação indelével (instrumentalidade e provisoriedade) com outro provimento jurisdicional.

É possível também compreender por que o artigo 796 do CPC brasileiro em vigência dispõe que "O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal **e deste é sempre dependente**" (sem grifos no original) e porque também, no seu artigo 807, a lei processual civil determina que "As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente **e na pendência do processo principal**; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas" (sem grifos no original).

Fica mais do que clara a opção do legislador processual civil brasileiro de 1973 pela ideia da tutela cautelar como algo que deve perdurar até o advento do provimento definitivo ("na pendência do processo principal", como na expressão cunhada no artigo 807, acima referido). E isso remete à ideia de Calamandrei de provisoriedade e de sua instrumentalidade em relação ao processo principal⁵⁷, pela

⁵⁵ Veja-se as observações já feitas na nota de rodapé 44 (Chiovenda é *"Il Maestro"*).

⁵⁶ CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Padova: Cedam, 1936. p.143-144.

⁵⁷ Não se pode olvidar de referenciar que as expressões "processo cautelar" e "processo principal", como ligadas, também estão presentes na obra de Calamandrei, que, aliás, defende ser esta a melhor terminologia para distinguir os processos cautelares daqueles que não o são, em vez de se utilizar as expressões "processo cautelar" e "processo definitivo". (CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Padova: Cedam, 1936. p.22/26).

sua dependência a este, o que aponta no sentido da recepção da teoria do mestre florentino sobre a instrumentalidade ao quadrado da tutela cautelar.

Ovídio Baptista da Silva já identificava isso, afirmando textualmente que

o CPC pagou um ônus excessivamente grande a essa concepção, ao definir, primeiro, no art. 796, as medidas cautelares como "dependentes", sempre, do processo principal, atribuindo-lhes um vínculo de acessoriedade que *nem sempre* se estabelece no plano processual. E depois, ao concebê-las como medidas determinadas pelo juiz para evitar o *periculum in mora*, ou seja, os danos eventuais derivados da morosidade inerente ao processo ordinário (satisfativo), soldou-se, definitivamente, como se fossem um incidente do processo principal, sempre, de tal modo que os pressupostos para a obtenção seriam a existência de um processo que o código chama "principal" e a ocorrência do risco de dano emergente da demora na tramitação de tal processo (*periculum in mora*).⁵⁸

No Brasil, a ligação que se pretendeu positivar na forma do texto do CPC de 1973 entre a tutela cautelar e a efetividade do chamado *processo principal* teve (e ainda tem) eco na doutrina, especialmente aquela que se pode chamar de "clássica", para quem a tutela cautelar é vista como queria Calamandrei, como um "*instrumento do instrumento*"⁵⁹.

Nas palavras, por exemplo, de Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini e Flávio Renato Correia de Almeida,

se de um lado se pode afirmar que o processo tem caráter instrumental em relação ao direito material (por exemplo, às normas de direito civil), porque existe para fazer com que sejam efetivamente cumpridas estas normas, de outro lado, o processo cautelar existe para garantir a eficácia do processo de conhecimento ou da execução, sendo, logo, nesse sentido e nessa medida, instrumento do instrumento.⁶⁰

Humberto Theodoro Júnior igualmente leciona, a esse respeito, que "o Estado oferece a tutela cautelar à parte", justificando a ideia de que a tutela cautelar

⁵⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **A ação cautelar inominada no direito brasileiro**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p.34-35. (com grifos no original)

⁵⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues, TALAMINI, Eduardo; DE ALMEIDA, Flávio Renato Correia. **Curso avançado de processo civil: processo cautelar e procedimentos especiais**. 9.ed. São Paulo: RT, 2008. v.3. p.39.

⁶⁰ *Id.*

e o processo cautelar, por conseguinte, são colocados à disposição dos litigantes para eliminar situação de dano.⁶¹

Ainda nessa compreensão, a exposição do direito da parte à situação de dano merece proteção do Estado, mediante o processo cautelar, para assegurar para a doutrina clássica o resultado do processo no qual se discute o direito exposto ao dano.

Na lição, novamente, de Humberto Theodoro Júnior, sustentando-se em posições de Hugo Alsina e Gian Antônio Micheli,

as medidas cautelares “não têm um fim em si, eis que servem a um processo principal” (...) baseia-se na imperiosa necessidade de estabilidade ou equilíbrio na situação de fato, entre as partes, e tem como pressuposto uma situação de perigo (*periculum in mora*) que ameaça a eficiência do processo principal.⁶²

Pode-se, ainda, colimar diversos exemplos de processualistas brasileiros que aderem à fórmula de Calamandrei de vincular a instrumentalidade da tutela cautelar ao processo principal e, portanto, manter intacta sua natureza indelevelmente processual e, em razão, desvinculada de qualquer derivação do direito material.

Humberto Theodoro Júnior, por exemplo, afirma, com todas as letras, que o processo cautelar visa à segurança e garantia do eficaz desenvolvimento e do profícuo resultado das atividades de cognição e execução⁶³. Galeno Lacerda chega a sustentar que todas as liminares (e, portanto, todas as decisões proferidas com base em juízos de verossimilhança) têm natureza cautelar.⁶⁴

⁶¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 42.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v.3. p.541.

⁶² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo Cautelar**. 16.ed. São Paulo: LEUD, 1995. p.45-47.

⁶³ *Ibid.*, p.62. Em alguma medida, João Vicente de Campos, atualizando obra de Hugo Simas, também assinala neste sentido, ao asseverar que “procura o juiz, tão-somente, com a medida preventiva garantir que esses resultados do pleito, no tempo em que surgirem, serão *justos* e *eficazes* de modo tal que a preocupação da Justiça não prejudique a eficácia, ou, inversamente, que a eficácia não prejudique a Justiça” (SIMAS, Hugo. **Comentários ao código de processo civil**. 2.ed. atualização de João Vicente Campos. Rio de Janeiro: Forense, 1962. v. VIII, Tomo 1, p.60).

⁶⁴ LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v.8. Tomo I. Igualmente, este é o posicionamento de diversos outros processualistas brasileiros, como, por exemplo: (i) THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 16.ed. São Paulo: LEUD, 1995; (ii) DINAMARCO, Cândido Rangel. O regime jurídico das medidas urgentes. In: _____.

Porém, no Brasil (assim como na Itália também), a visão de Calamandrei sobre a instrumentalidade da tutela cautelar com o processo principal e a sua colocação, portanto, no plano do direito processual, foi contestada em alguma medida.

Assim, Ovídio Baptista da Silva fundamenta, a partir da leitura acurada e crítica da doutrina processual italiana, uma nova teoria para a conceituação da tutela cautelar, atribuindo a esta a função de proteção de um direito aparente submetido a um perigo de dano iminente. A tutela cautelar, então, para o referido jurista e aqueles que seguem sua doutrina, passa a ser vista como algo voltado para a proteção ou segurança de um **direito** efetivamente. Veja-se que a função da tutela cautelar passa a ter uma conotação totalmente diferente, com vistas, inclusive, a diferenciá-la de outras medidas anteriores ao provimento judicial final que têm o caráter de satisfação do direito invocado.

Nas próprias palavras do processualista gaúcho "a tutela cautelar, portanto, protege o direito e não o processo, como muitos entendem"⁶⁵.

E ainda, complementando os seus ensinamentos para justificar a compreensão da tutela cautelar como instrumental a um direito, Ovídio Baptista da Silva aponta que "a tutela cautelar é uma forma de proteção jurisdicional que, em virtude da situação de urgência, determinada por circunstâncias especiais, deve tutelar a simples *aparência* do direito posto em estado de risco de dano iminente"⁶⁶.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart comungam da mesma concepção de Ovídio Baptista da Silva, ao afirmarem textualmente que "a tutela cautelar é direito da parte, correlacionada com o próprio direito à tutela do direito. Em razão deste direito, a jurisdição tem o dever de dar tutela cautelar à parte que tem seu direito submetido a um perigo de dano"⁶⁷.

Ainda nesse sentido, e completando a teoria de Ovídio Baptista da Silva, Marinoni e Arenhart sustentam que a tutela cautelar não tutela um direito, mas sim

A nova era do processo civil. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2009; (iii) BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada:** tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, dentre outros.

⁶⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil:** processo cautelar (tutela de urgência). 3.ed. São Paulo: RT, 2000. v.3. p.49.

⁶⁶ *Id.*

visa "tutelar uma tutela do direito"⁶⁸, mantendo intacta a instrumentalidade da tutela cautelar, mas desvinculando-a do processo e inserindo-a no campo do direito material, ou, mais precisamente, no campo da *tutela dos direitos*.

Dessa forma, e na esteira do entendimento sustentado pela crítica que se fez no Brasil à teoria de Calamandrei, a tutela cautelar não objetiva garantir a efetividade da ação, propriamente dita, e não pode ser vista como uma técnica processual para tal finalidade. O direito à tutela cautelar deriva do próprio direito material e está intimamente ligado à proteção do direito à tutela do direito.

Assim, na conceituação mais moderna, a tutela cautelar, se compreendida como um instrumento – e assim o deve ser –, só poder ser um instrumento destinado a assegurar a viabilidade da obtenção da tutela do direito ou para assegurar uma situação juridicamente tutelável.

Não se olvide que Marinoni e Arenhart compreendem que, em se tutelando a tutela do direito, por lógico se tutelam também o direito em si e sua pretensão de direito material.⁶⁹ Porém, da mesma forma, lecionam com inegável correção que o titular de um direito "somente pode temer a impossibilidade de obter a tutela"⁷⁰ do direito que detém.

Para concluir o raciocínio acerca desta compreensão, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart asseveram, de forma clara, que

quando o direito é violado e surge ao seu titular o direito à tutela deste direito, pode aparecer uma situação de perigo capaz de obstaculizar sua efetividade. Neste momento, para assegurar o exercício dinâmico do direito, ou o modo pelo qual o direito se realiza ou é tutelado, ou seja, a tutela prometida ao próprio direito em sua dimensão estática, deve ser utilizada a tutela cautelar, que é a tutela de segurança da tutela jurisdicional do direito.⁷¹

⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo cautelar**. 2.ed. São Paulo: RT, 2010. v.4. p.22.

⁶⁸ *Ibid.*, p.25.

⁶⁹ *Ibid.*, p.26.

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ *Id.*

Assim, como entendem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, a finalidade da tutela cautelar é a assegução de um direito violado ou, em outro caso, garantir uma situação jurídica tutelável que poderão ser protegidos pelo chamado processo principal.⁷²

Daniel Mitidiero também assinalará que o sentido da finalidade da tutela cautelar não é a proteção de um processo, mas verdadeiramente de um direito. Nas suas palavras, "*A tutela cautelar visa à proteção de um direito submetido ao perigo de dano irreparável ou de difícil reparação*"⁷³.

Em igual sentido, não se pode descuidar de situar o momento histórico, político e ideológico da formulação da teoria de Calamandrei, que, como explanado ainda que forma mais geral, teve importantes influências sobre a tutela cautelar na Itália e também no Brasil.

O Processo Civil da época de Calamandrei, sem dúvida, tem seu núcleo de fixação no Estado Liberal Clássico e era fundado, substancialmente, na não interferência do Estado-Juiz na autonomia privada, como expressão processual do respeito ao individualismo. Nessa dimensão também, em especial na Europa Continental (ao menos nos ordenamentos de tradição do *Civil Law*), ao juiz não era permitida qualquer atividade que pudesse interferir na esfera jurídica privada do indivíduo.⁷⁴

⁷² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo cautelar**. 2.ed. São Paulo: RT, 2010. v.4. p.23.

⁷³ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. São Paulo: RT, 2012. p.41. (com grifos no original)

⁷⁴ Essa compreensão é ainda mais clara quando se destaca que, no Estado Liberal Clássico, o que predomina é o individualismo – que também tem como expressão a não interferência do ente estatal na autonomia privada dos indivíduos – e, também nesta dimensão, a proteção de direitos patrimoniais. E os valores desta modalidade estatal se manifestam também no processo civil. Como ressaltam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, "O art. 1.142 do Código Napoleão, ao dizer que toda obrigação de fazer e não fazer resolve-se em perdas e danos, mais juros, em caso de inadimplemento, não só expressou as preocupações da economia liberal, como, além disto, refletiu os princípios da liberdade e de defesa da personalidade, próprios do jusnaturalismo e do racionalismo iluminista." (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo cautelar**. 2.ed. São Paulo: RT, 2010. v.4. p.45). Destarte, era mais do que natural que o processo civil, instrumento de atuação dos direitos e da jurisdição civil, como poder estatal também refletisse e fosse influenciado por esta ideologia essencialmente individualista e patrimonialista. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, "o direito liberal clássico, além de eminentemente patrimonialista, era marcado pela preocupação fundamental de delimitar rigidamente os poderes de interferência do Estado na esfera jurídica dos particulares". (MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2.ed. São Paulo: RT, 2008. p.56).

Nessa seara, a interferência estatal na esfera jurídica do indivíduo, representando a modificação do estado de fato existente é atividade exercida, no processo civil, no plano da execução, que é exatamente a satisfação fática do direito envolvido em litígio. E, no processo civil do Estado Liberal Clássico, a execução somente é possível quando a parte seja detentora de um título executivo. Essa concepção é representada pelo que Luiz Guilherme Marinoni chamou de "o mito da *nulla executio sine titulo*"⁷⁵.

A exigência da presença de título para que se permita a atividade executiva (e então a manifestação do processo no plano fático) está nitidamente ligada à ideia de que, para que o Estado-Juiz possa interferir no plano fático, há que se ter, obrigatoriamente, certeza jurídica, a ser representada na execução pelo título executivo. Este, como se sabe, ou tem origem em uma decisão judicial (e, portanto, proferida em um processo desenvolvido sob atividade cognitiva suficiente a produzir certeza – a chamada cognição exauriente) ou em um documento escrito ao qual a lei confere força executiva (os títulos executivos extrajudiciais).

Assim, o processo civil de ideologia liberal clássica – e aquele substancialmente presente ao tempo de Calamandrei – tem como paradigma teórico-conceitual, a informar todo o sistema, a separação entre cognição e execução, não se admitindo que, em um mesmo processo, possam estar misturadas as atividades de certificação e satisfação de um direito.

Como assevera Luiz Guilherme Marinoni,

a impossibilidade de uma verdadeira execução anterior à declaração definitiva parte da premissa de que não é possível execução sem o encontro da verdade. [...] Imagina-se que o juiz, mantendo-se o proferir a sentença, já que a verdade do processo civil seria a verdade resultante da realização plena e integral do contraditório.⁷⁶

Dessa forma, portanto, o processo civil "clássico" não permite que o juiz profira julgamentos com base em juízos de verossimilhança (ou de simples aparência sobre o direito posto em juízo), o que representa expressão da ideologia de que o juiz é

⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 10.ed. São Paulo: RT, 2008. p.113.

⁷⁶ *Ibid.*, p.118.

apenas um mero atuador da vontade da lei, criando-se a figura mítica do juiz neutro, mantendo uma clara relação entre neutralidade e a chamada busca da verdade.⁷⁷

Ovídio Baptista da Silva também identifica a inegável relação entre o que ele chamou de princípio da neutralidade do juiz e a ideia da concessão pelo juiz de medida que antecipasse um provimento satisfativo. Nas palavras do célebre processualista,

o princípio que prescreve a neutralidade do juiz, no curso da demanda, é o mesmo que impede a existência simultânea de *conhecimento e execução*, pois o eventual conteúdo executório, numa ação que, pela doutrina, haveria de ser exclusivamente de conhecimento, permitiria a concessão de tutela executiva antecipada, sob forma de liminar, como ainda hoje se dá com nossas ações possessórias de tipo interdital. E isto seria atribuir ao juiz uma faculdade incompatível com a exigência de sua neutralidade. Seria conceder-lhe poder para ordenar, antes de estar em condições de aplicar a lei.⁷⁸

Ainda, o mestre gaúcho entende que

a força do mesmo paradigma teórico a que nos temos referido, como fundamento para a ordinariedade, é que impediu Calamandrei de aceitar a ideia de uma *execução* que precedesse a *cognição*, pois, para a doutrina em geral, executar antes de conhecer seria uma forma de permitir que o juiz julgasse com base em simples *verossimilhança*, outorgando tutela a quem na realidade na fosse titular do direito. Em última análise, abandonando sua neutralidade de órgão encarregado de pronunciar as palavras da lei (Montesquieu), estaria o juiz a conceder alguma espécie de tutela processual a quem a lei não atribuía direito algum.⁷⁹

Nesse contexto, porém, era mais do que natural que o processo civil não fosse insensível à necessidade da concessão de tutela jurisdicional destinada a afastar situações de perigo incidentes sobre um determinado direito. De qualquer sorte, a *urgência* que a situação exigia, para o afastamento da situação de perigo, mantendo incólume a fruição do direito exposto a risco, não permitia que esta tutela jurisdicional fosse concedida com um nível de cognição que se apresentasse como de certeza jurídica, pois todo o trâmite procedimental necessário a atingi-la não se ajustaria à

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 10.ed. São Paulo: RT, 2008. p.117.

⁷⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.90. (com grifos no original)

situação de necessária urgência. Portanto, era preciso permitir que o juiz outorgasse uma tutela jurisdicional com base em simples aparência do direito, ou seja, com cognição sumária.

Por outro lado, como já apontado, ao menos na justificativa do processo como uma ciência pura e dotada de uma racionalidade inescrutável, não era permitido também que esta tutela jurisdicional a ser concedida mediante juízos de mera verossimilhança representasse a satisfação do direito de forma antecipada, porquanto isso representaria quebrar a regra da *nulla executio sine titulo*.

Destarte, a saída encontrada pela doutrina – e que acabou tendo reflexos inegáveis na legislação – foi instituir uma tutela jurisdicional fundada na urgência, que se pudesse conceder mediante juízos de probabilidade (cognição sumária, pois a situação de perigo assim exigia), *mas que representasse não uma satisfação antecipada do direito, mas mera garantia de sua integral fruição, quando (e se) houvesse o reconhecimento, com nível de certeza jurídica, da existência daquele direito que se dizia exposto a uma situação de risco*. E a esta tutela jurisdicional de "simples" garantia de fruição e efetividade de um direito exposto a um dano iminente convencionou-se chamar de *tutela cautelare*.

E, como já apontado, a doutrina italiana, sob os auspícios da obra clássica de Calamandrei sobre os provimentos cautelares, deu substancial importância à teorização daquilo que se empreendeu chamar de tutela cautelare, visto que, até então, os provimentos cautelares eram tratados, especialmente pela doutrina alemã, como meros apêndices da execução forçada.⁸⁰

⁷⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.91. (com grifos no original)

⁸⁰ Por exemplo, como afirma e informa Giovanni Arieta, ao sustentar que *"Il tema dell'autonomia della tutela cautelare è stato sicuramente tra i problemi che hanno maggiormente tormentato la scienza processuacivilistica italiana fin dai primi decenni del secolo, allorchè quest'ultima há cercato di dare ai provvedimenti cautelari una precisa collocazione all'interno del sistema del processo civile. Alla base di tanta incertez vi è sicuramente l'influenza della dottrina tedesca del secolo scorso, la quale, muovendo dalla grande partizione che distingue nella funzione giurisdizionale la cognizione dall'esecuzione, ha conseederato per lungo tempo le misure cautelari come mera appendice dell'esecuzione forzata."* (ARIETA, Giovanni. **I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 CPC**. 2.ed. Padova: Cedam, 1985. p.29-30). Em igual sentido, Calamandrei também faz esta mesma referência sobre o posicionamento da doutrina alemã acerca da funcionalidade cautelare enquanto apêndice da execução forçada (CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Padova: Cedam, 1936. p.7). Porém, é o próprio Calamandrei quem aponta outra referência nesse sentido, anterior à sua, feita por Diana, em seu

Sobre os afirmamentos do que se pode chamar de doutrina clássica para o desenvolvimento da teorização sobre a tutela cautelar, é também de se ressaltar que, conforme alertam Marinoni e Arenhart, "A doutrina clássica afirma que a tutela cautelar se destina a dar efetividade à jurisdição e ao processo", afirmando ainda que esta compreensão nada mais é do que a consequência lógica da ideia de que a jurisdição tem por função, como diria Chiovenda, a atuação da vontade da lei.⁸¹

Aliás, ressaltam os mestres paranaenses que, na visão de Calamandrei, inclusive, a tutela cautelar não é vista como "direito da parte, mas sim do próprio Estado, como imprescindível para que a própria jurisdição garanta a seriedade e a utilidade da sua função"⁸². Calamandrei ainda vai afirmar a instrumentalidade ao quadrado do processo cautelar (a célebre ideia do *instrumento do instrumento*), sustentando serem tais procedimentos "um meio prediposto para a o melhor resultado do procedimento definitivo, que por sua vez é um meio para a aplicação do direito"⁸³.

Porém, a própria doutrina italiana, em verdade, parecia fazer um esforço no sentido de dar uma roupagem cautelar a medidas que, eminentemente, satisfaziam antecipadamente o direito da parte e que, portanto, representavam nítida e claramente a superação da ideia de que a execução deve ser necessariamente precedida de cognição plena e exauriente – ou ao menos representam exceções a tal regra, derrubando um dos mitos do processo civil clássico, qual seja, aquele da *nulla executio sine titulo*.

Tanto é verdade que, por exemplo, Chiovenda falava de procedimentos *provisórios*, aos quais denominava *deklarazione con funzione prevalentemente executiva*⁸⁴,

ensaio denominado "*Le misure conservative interinali*", de 1909 (DIANA, Agostinho. *Le misure conservative interinali*. **Studi Senesi**, v.26, p.210/254, 1909).

⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo cautelar**. 2.ed. São Paulo: RT, 2010. v.4. p.19.

⁸² *Ibid.*, p.22.

⁸³ CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Padova: Cedam, 1936. p.45.

⁸⁴ Tradução livre: "declarações com função prevalentemente executiva." (CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 1960. v.1. p.249).

e mesmo Calamandrei admitia entre suas classificações de provimentos cautelares aqueles destinados a funcionar como "antecipação dos procedimentos decisórios"⁸⁵.

Aliás, na legislação brasileira de 1973, também se revela a imperfeição da ideia de que não é possível satisfazer antecipadamente o direito em nenhuma hipótese (e que, portanto, o princípio da *nulla executio sine titulo* realmente não passa de um mito e que é possível plena execução antes da cognição completa) o que é, por exemplo, representado pela tentativa de caracterização dos chamados "Alimentos Provisionais", como tutela cautelar, porquanto topograficamente localizados no Capítulo II, do Livro III, do Código de Processo Civil.⁸⁶

Assim, mesmo que a ideologia do Processo Civil clássico insistisse na separação inexorável entre cognição e execução, afirmando não ser possível admitir a antecipação da execução, sem prévia certeza jurídica, tal fenômeno existia sem sombra de dúvidas, ainda que os defensores da noção clássica tentassem, por vezes, vestir tais situações com roupagem cautelar, "varrendo para debaixo do tapete" as provas inequívocas de que o paradigma conceitual e ideológico de suas convicções, em verdade, não passava de "mera" opção política, e não uma exigência científica necessária.

Como bem asseveram Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart,

a noção clássica da tutela cautelar é tributária do próprio conceito de jurisdição da época. Se o escopo de tutela dos direitos é esquecido quando

⁸⁵ CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Padova: Cedam, 1936. p.58. Ao tratarem da doutrina do mestre florentino, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart afirmam que "a doutrina de Calamandrei está totalmente contaminada pelo vício da abstração do processo em relação ao direito material. Esta contaminação fica visível quando Calamandrei afirma que toda decisão que antecipa o julgamento do mérito, por dar regulação provisória à relação jurídica controvertida, tem natureza cautelar" terminando por asseverar que, em verdade, o processualista italiano, em sua obra, "acabou falando mais de tutela antecipatória do que de tutela cautelar." (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo cautelar**. 2.ed. São Paulo: RT, 2010. v.4. p.63).

⁸⁶ A respeito da ação de alimentos e, na verdade, da tutela processual deste tipo de direito material, veja-se a lição de Ovídio Baptista da Silva, para quem "Os alimentos, porque o credor não pode esperar, são antecipados, em virtude do *periculum in mora*; e, se são antecipados, são *satisfeitos por antecipação*." (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Do processo cautelar**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.16). Ainda, veja-se que Giovanni Verde apontou como sinal de escassa honestidade intelectual ou de ingenuidade não escusável pensar que o pagamento que satisfaz um crédito alimentar, mesmo que fundado em procedimento cautelar, não satisfaça o direito de crédito, servindo apenas como medida a acautelá-lo (VERDE, Giovanni. **L'attuazione della tutela d'urgenza: la tutela d'urgenza**. Rimini: Maggioli, 1985. p.92).

se diz que a jurisdição deve apenas atuar a vontade da lei, é evidente que a doutrina não poderá concluir que a função cautelar almeja a tutela de um direito, tendo que necessariamente admitir, *para ser coerente com as suas bases ideológicas e jurídicas, que a tutela cautelar tem como razão de ser apenas a função de atuar o ordenamento jurídico.*⁸⁷

Ou ainda, nas palavras de Ovídio Baptista da Silva,

foi através dessa identificação conceitual entre *execução provisória urgente* ('execução para segurança') e tutela cautelar (apenas segurança para uma futura execução) que o Direito italiano livrou-se de seus compromissos ideológicos com a doutrina francesa [...]. O processo cautelar, tal como a doutrina o concebe, permitiu aos juristas peninsulares salvar o *Procedimento Ordinário* preservando-lhes os princípios e as virtudes que a doutrina lhe atribui, ao mesmo tempo em que seus defeitos mais notórios, derivados da posição a que o juiz é submetido, foram abrandados por meio da 'polícia judiciária', engenhosamente concebida por Calamandrei como função própria das medidas cautelares. O arranjo foi tão perfeito que permitiu que se continuasse a proclamar as excelências da ordinariade, enquanto dissimuladamente praticavam-se as mais variadas e imaginativas formas de processos sumários, onde as *liminares satisfativas* proliferam.⁸⁸

De qualquer forma, a adoção pelo Código de Processo Civil brasileiro de 1973 de disposições legislativas que inserem a tutela cautelar como instrumento processual, assim como a presença de uma doutrina bastante numerosa que adota também esta premissa, é prova indelével da influência de Calamandrei no regime jurídico sobre a tutela (e o processo) cautelar no Brasil.

Em igual sentido, Calamandrei também sustenta que a tutela cautelar é uma forma autônoma de tutela jurisdicional (ainda que não a caracterizasse como um *tertium genus*⁸⁹ de atuação jurisdicional, ao lado da tutela de cognição e de execução)⁹⁰. Ora, o Código de Processo Civil brasileiro de 1973 notadamente reconhece como

⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**: processo cautelar. 2.ed. São Paulo: RT, 2010. v.4. p.20.

⁸⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Do processo cautelar**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.71. (com grifos no original)

⁸⁹ A caracterização do *processo (e da tutela) cautelar* como um *tertium genus* foi idealizada por Francesco Carnelutti, na sua obra marcante denominada "*Diritto e processo*". Para uma leitura concisa e rápida sobre a teorização carneluttiana, veja-se MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: RT, 2012. Em especial, p.33/36.

possível a existência de três tipos de atuação jurisdicionais distintas – cognição, execução e cautelar – e o faz expressamente em seu artigo 270, ao estabelecer que "Este código regula o processo de conhecimento (Livro I), de execução (Livro II) e cautelar (Livro III) e os procedimentos especiais (Livro IV)".

Mais do que isso ainda: separa tais atividades jurisdicionais de forma clara, inclusive destinando um livro diferente para cada uma dessas atividades diversas, de maneira a procurar isolá-las e, além disso, não misturá-las.⁹¹ Parece então, bem evidente, mais uma vez, a influência das ideias de Calamandrei no CPC brasileiro de 1973.

2.3 A DEFESA QUE CALAMANDREI EMPREENDE EM FAVOR DE UM PODER GERAL DE CAUTELA

Calamandrei, ao final de sua obra clássica, se permite fazer uma série de indicações para a reforma do processo civil (italiano, em específico), apontando que se a pretensão é para um fortalecimento do próprio processo executivo, é necessário começar com uma *"oculata cura ricostituine del sistema cautelare"*, para o que assinala uma série de defeitos do processo civil no que tange aos provimentos cautelares. E a primeira de suas observações é justamente no sentido da falta da

⁹⁰ CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Padova: Cedam, 1936. p.8 e posteriormente, p.130/140.

⁹¹ Ao menos, na redação original do CPC em 1973, essa era a ideia inclusive paradigmática do Código. Com as diversas reformas que nele se operaram, principalmente a partir da Lei n.º 8.952/1994, que, ao alterar a redação dos artigos 273 e 461, da lei processual civil, inserindo a antecipação de tutela satisfativa como técnica processual genérica e, portanto, admissível a qualquer procedimento, o que se permitiu ter um grau de executividade dentro do processo de conhecimento, o chamado "paradigma racionalista", que separava nitidamente as atividades jurisdicionais diversas, começa a sua ruptura, o que parece culminar com o advento da Lei n.º 11.232/2005 que reconhecerá que execução e conhecimento são fases de um mesmo "processo". Para uma melhor compreensão sobre esta temática, a obra de Ovídio Baptista da Silva é substancial, inclusive sobre a própria ideologia no processo civil. Veja-se então: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007 e BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

atribuição ao juiz de um "*potere cautelare generale*"⁹², que permitisse a adoção de medidas cautelares que melhor correspondessem ao caso concreto, ainda que não tivessem sido expressamente previstas como tal na legislação.⁹³

Não é de se olvidar ainda que, quando trata do chamado "poder geral de cautela" na sua monografia, Calamandrei alude ao famoso caso da pintura de uma parede que contivesse um afresco de sátiros e ninfas encomendada pelo dono de uma boate parisiense a um pintor; este, ao fazer o seu trabalho, resolveu utilizar figuras de alguns frequentadores do local, mas, depois de realizada a pintura, uma das atrizes frequentadoras da boate ao se reconhecer em uma ninfa pretendeu uma medida jurisdicional para retirada da figura que a ela se assemelhava. Sobre isso, o mestre florentino afirma que, no ordenamento processual civil italiano, tal pleito não seria possível, justamente pela falta de uma medida prevista na legislação e que, sendo uma medida dessa natureza algo excepcional, não haveria como se fazer a não interpretação restritiva das regras existentes.⁹⁴

Todavia, o processualista florentino faz referência às lições de Chiovenda e de Allorio que admitiam tal possibilidade, embora o fizessem por argumentos distintos. Chiovenda, ao entender no ordenamento italiano implicitamente existente a "figura geral do provimento provisório cautelar", e Allorio, cuja ideia é de que todo direito subjetivo material deve ter ligado a si, como acessório necessário e implícito, um direito material de cautela.⁹⁵

Veja-se, portanto, que, a princípio, pode parecer que Calamandrei não era favorável à existência de um poder geral de cautela, eis que o nega quanto trata dele especificamente em sua obra. Porém, somente o faz em razão de entender a excepcionalidade da intervenção na esfera jurídica de alguém derivada da concessão de uma medida cautelar (em virtude das peculiaridades de seus requisitos, em especial a cognição sumária que exige) e que, portanto, medidas excepcionais

⁹² Tradução livre: "poder geral de cautela".

⁹³ CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Padova: Cedam, 1936. p.146-147.

⁹⁴ *Ibid.*, p.47/50.

⁹⁵ *Ibid.*, p.49.

devem estar expressamente previstas na legislação, porquanto não se admite, sobre elas, qualquer interpretação extensiva.

Isso porque, o ordenamento processual civil italiano vigente até então (em especial, o Código de Processo Civil de 1865) apenas trazia expressamente os sequestros judiciário e conservativo e ação de denúncia de obra nova e de dano temido⁹⁶, sem prever, portanto, qualquer regra autorizando o juiz a conceder medidas provisórias, além daquelas já expressamente previstas no texto legislativo.

Mas, é justamente quando trata de assinalar algumas indicações (sugestões) para a reforma do processo civil que Calamandrei inicia especificamente com a necessidade de se estabelecer uma regra na legislação que permitisse ao juiz exatamente a concessão de uma medida cautelar melhor adaptada à situação fática concreta, fora dos casos expressamente previstos na legislação.

Da conclusão de Calamandrei sobre a necessidade de se prever expressamente este poder geral de cautela, certamente adveio no Código de Processo Civil de 1942 (também por ele liderado, como visto anteriormente) a disciplina do artigo 700, adotado sob o nome de "*I provvedimenti d'urgenza*"⁹⁷, que determinava, em sua redação original, que:

*Condizioni per la concessione Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito.*⁹⁸

⁹⁶ ITÁLIA. Codice italiano di procedura civile, 1865. Em especial, artigos 921 a 940.

⁹⁷ Tradução livre: "Os provimentos de urgência".

⁹⁸ Tradução livre: "Condições para a concessão fora dos casos regulados nas seções precedentes deste capítulo, aquele que tenha fundado motivo de temer que durante o tempo ocorrente para fazer valer seu direito pela via ordinária, este seja ameaçado de um prejuízo iminente e irreparável, pode pedir ao juiz os provimentos de urgência, que pareçam, segundo as circunstâncias, mais idôneos a assegurar provisoriamente os efeitos da decisão de mérito". Posteriormente, a redação do citado dispositivo legal foi alterada para: "*Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, puo' chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, piu' idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito.*" (Tradução livre: "Fora dos casos reguladores nas precedentes seções deste capítulo, aquele que tenha fundado

O artigo 700, do CPC italiano de 1942, portanto, consagra a velha fórmula idealizada por Calamandrei para solucionar o problema existente, segundo ele, na legislação sobre a inexistência de um poder geral de cautela para o juiz, que, aliás, já era consagrada anteriormente, de forma expressa, na *ZPO* germânica, especialmente nos §§ 935-945. Não à toa o advento da novidade legislativa despertou com intensidade as discussões na doutrina italiana sobre ela. Diversas monografias foram escritas, outras tantas foram atualizadas e, ainda hoje, a disciplina dos "*provvedimenti d'urgenza*" é objeto de diversos estudos na processualística civil italiana, tendo seu regime jurídico sofrido algumas alterações posteriores.

No Brasil, a influência de Calamandrei não deixaria de ser sentida também sobre o poder geral de cautela, quando da elaboração do CPC de 1973⁹⁹.

E ela veio expressa em uma redação muito próxima àquela do artigo 700, de seu diploma legislativo correlato italiano, nitidamente nele inspirada, com a previsão no artigo 798 da lei processual civil brasileira, que estabelece

Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Dispositivo legislativo devidamente inserido no Livro III, do CPC brasileiro de 1973, destinado ao "Processo Cautelar", e que é exatamente o terceiro artigo do citado livro, localizado no Capítulo I, destinado às disposições gerais e que vem

motivo de temer que durante o tempo ocorrente para fazer valer seu direito pela via ordinária, este seja ameaçado por um prejuízo iminente e irreparável, pode pedir ao juiz os provimentos de urgência, que pareçam, segundo as circunstâncias, mais idôneos a assegurar provisoriamente os efeitos da decisão de mérito").

⁹⁹ Antes mesmo do advento do Código de Processo Civil de 1973, Lopes da Costa já defendida a existência de um "poder cautelar geral", a partir da inspiração chiovendiana e interpretando a regra expressa no artigo 675, da lei processual de 1939, que trazia um rol de medidas denominadas "para acautelar o interesse das partes", como de enumeração exemplificativa (LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Medidas preventivas**: medidas preparatórias – medidas de conservação. 2.ed. Belo Horizonte: Bernardo Alves, 1958). Ainda, Hugo Simas também defendia tal posição, embora sem utilizar a expressão "poder geral de cautela", sustentando que é um princípio que tem "decorrência lógica da largueza de poderes conferidos ao juiz no sistema do Código, como necessidade jurídica e política insuperável dos fins da função judiciária, qual a de prever, na ausência de medida para tornar eficaz a decisão do litígio a ser oportunamente proferida, a eventualidade de tornar-se o debate judiciário mero verbalismo acadêmico, campo de pura dialética" (SIMAS, Hugo. **Comentários ao**

acompanhado como seu "fiel escudeiro", o artigo 799, que determina que: "No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução".

E, é justamente nesses dois dispositivos legais que a doutrina brasileira de forma pacífica sustenta estar presente não somente a figura do poder geral de cautela, mas igualmente os requisitos para a concessão de qualquer medida cautelar.

Dessa forma, parece mais do que inegável assinalar no sentido da decisiva e notória influência da teoria de Calamandrei para o regime jurídico relacionado à tutela cautelar no Código de Processo Civil italiano de 1942 (até por conta da participação direta do processualista florentino na sua elaboração) e na doutrina italiana que o seguiu e também no Código de Processo Civil brasileiro de 1973, com reflexos inegavelmente também importantes na doutrina brasileira processualística sobre a tutela cautelar.

Assim, as observações acerca das influências de Calamandrei sobre as noções levadas a efeito nas legislações brasileira e italiana e na doutrina mais clássica destes dois países, em especial aqui delineadas, sobre a natureza processual da tutela cautelar e no estabelecimento do chamado "poder geral de cautela" são exemplos da penetração de suas ideias e de como elas foram sendo repetidas quando dos estudos sobre a tutela cautelar (e também sobre os provimentos de urgência).

E, não seria diferente no que tange também à decisiva influência que teve a posição de Calamandrei sobre a distinção entre *pericolo di tardività* e *pericolo di infruttuosità*, que é absolutamente fundamental para a compreensão do tema central do presente trabalho, o que se verá adiante.

CAPÍTULO 3

A DIFERENÇA ENTRE *PERIGO DE DANO* E *PERIGO DE DEMORA* COMO CRITÉRIO TELEOLÓGICO PARA UMA DISTINÇÃO ENTRE TUTELA CAUTELAR E A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA FUNDADA NA URGÊNCIA

O tema central do presente trabalho e o seu objetivo geral é justamente apresentar os traços distintivos entre o que se pode chamar de *perigo de dano* e de *perigo de demora* e como esta distinção deve contribuir decisivamente para a compreensão das diferenças entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela com fundamento na urgência. Disso devem resultar, igualmente, a necessária separação e diversidade de regime jurídico entre os institutos, também em relação aos requisitos para concessão e os efeitos desta no plano dos fatos daí decorrentes.

Nessa dimensão, parece fundamental compreender que *perigo de dano* e *perigo de demora*, embora institutos que revelem situações semelhantes, em verdade possuem ao menos uma grande distinção que se permite concebê-los efetivamente como fenômenos distintos.

Isso porque, comumente a situação de perigo que justifica a adoção, seja de uma tutela cautelar, seja de uma antecipação de tutela urgente, vem sendo apontada por parte significativa da doutrina brasileira como sendo uma única: aquela conhecida como *periculum in mora*. Tal fato também vem previsto de forma unitária (e, quiçá, assistemática) na própria legislação brasileira, que, invariavelmente, faz uso da expressão *lesão grave ou de difícil reparação* para indicar a situação de perigo que justifica a adoção de uma medida (provimento) de urgência.

Porém, a adequada compreensão sobre as distinções claras que existem entre as duas situações de perigo legitimadoras de medidas urgentes é algo que se revela indispensável, inclusive para um melhor aproveitamento de ambas, o que se justifica não só no plano teórico-acadêmico, mas também sob o ponto de vista da prática forense, na concessão e produção de efeitos derivados de uma medida desta natureza.

Para se chegar a essa distinção parece indispensável partir-se da diferenciação que Piero Calamandrei faz entre estes dois tipos de *perigo* ligados a situações tuteláveis

por meio do processo civil, o que permitirá, inclusive, compreender por que ambas as situações foram justificadas a partir da denominação *periculum in mora*.¹⁰⁰

Posteriormente, e tendo a perspectiva ora apontada como premissa, é de se compreender como (e porque) no Brasil esta distinção, tão clara e clássica na doutrina italiana que inspirou a legislação processual civil brasileira, acabou se perdendo e resultou na fusão de ambas as situações como se fosse uma só, a justificar a concessão de toda e qualquer medida urgente.

Por fim, e de forma crítica, parece fundamental para o presente estudo apresentar as verdadeiras consequências e a real importância de manter-se compreendidas (e, mais do que isto, vivas) as distinções entre o *perigo de dano* e o *perigo da demora*, como medida de correta leitura dos provimentos de urgência admissíveis no processo civil brasileiro.

Nesse sentido, a distinção entre os perigos de dano e de demora deve ser vista como um critério teleológico de sua diferenciação, porquanto permite distinguir a tutela cautelar e a antecipação de tutela fundada na urgência a partir da sua própria finalidade. Enquanto a tutela cautelar visarà à eliminação de um *perigo de dano* a que está submetido um *direito aparente*, a antecipação de tutela com fundamento urgente visa eliminar o *perigo de demora* que o tempo naturalmente causa à outorga da tutela jurisdicional na medida de sua própria efetividade.

É disso, então, que se passará a tratar.

3.1 CALAMANDREI E OS DOIS TIPOS DE *PERICULUM IN MORA*: *PERICOLO DI INFRUTTUSITÀ* E *PERICOLO DI TARDIVITÀ* – REFLEXOS NA DOUTRINA ITALIANA

Na doutrina de Calamandrei, o elemento de urgência que justifica a concessão de um provimento cautelar é por ele denominado de *periculum in mora*, e se consubstancia, em verdade, não somente na existência de um perigo de dano, mas

¹⁰⁰Não se podem olvidar as observações metodológicas acerca do recorte teórico e histórico e a escolha da obra de Calamandrei como ponto de partida do objeto da pesquisa realizado no presente trabalho, como já apontado no Capítulo 1.

que este perigo de dano seja iminente, o que determina que o provimento seja pedido pela parte que sofre este perigo em caráter de *urgência*.¹⁰¹ Portanto, o elemento definidor da necessidade de atuação de um provimento de natureza cautelar é, essencialmente, o *periculum in mora*.

Acontece que Calamandrei concebe, desde logo, sua noção de que os provimentos cautelares podem assumir, resumidamente, duas naturezas: (i) conservativa e (ii) antecipatória, conforme as necessidades da situação fática e jurídica colocada em risco urgente. E é em razão disso e tomando em conta esta distinção, que o processualista florentino assinalará no sentido da existência de duas formas distintas que o *periculum in mora* pode assumir: *pericolo di infruttuosità* e *pericolo di tardività*.

Tal situação se apresenta, para Calamandrei, porque em alguns casos o provimento cautelar não visa acelerar a satisfação do direito controverso, mas somente antecipar os meios aptos a fazer com que o provimento definitivo (no plano da cognição ou no plano da execução) seja justo e plenamente eficaz. Em outros casos, o provimento cautelar visa exatamente acelerar, em caráter provisório, a satisfação do direito controverso, porque o perigo não resulta da simples possibilidade de redução dos meios atinentes à satisfação do direito, mas do próprio perigo que resulta do estado de insatisfação deste bem jurídico (ainda) controvertido.¹⁰²

Parece ser possível, então, a seguinte leitura de Calamandrei: no primeiro caso tratar-se-ia de *antecipar os meios que assegurassem a eficácia do provimento definitivo, sem satisfação do direito material controvertido*, e, no segundo caso, estar-se-ia a tratar de *antecipar os efeitos diretos do próprio provimento definitivo, com satisfação do direito material controvertido*.

¹⁰¹ CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Padova: Cedam, 1936. p.17. Nas suas próprias palavras: "*Il periculum in mora che sta a base delle misure cautelari non dunque il generico pericolo di danno giuridico, al quale si può in certi casi ovviare colla tutela ordinaria; ma è specificamente il pericolo di quell'ulteriore danno marginale, che potrebbe derivare dal ritardo reso inevitabile dalla lentezza del procedimento ordinario, del provvedimento definitivo. [...] è la mora di questo provvedimento definitivo, considerata in sè stessa come possibile causa do ulteriore danno, che si provvede a rendere preventivamente inocua con una misure cautelare, che anticipi provvisoriamente dli effetti del provvedimento definitivo.*" (p.18).

¹⁰² *Ibid.*, p.55-56.

E, a concessão de um provimento cautelar de cada uma dessas naturezas estaria condicionada a um perigo distinto: no primeiro caso, de natureza meramente conservativa, o perigo a justificar a medida é um *pericolo di infruttuosità* (perigo de não frutuosidade) e, no segundo, a situação de urgência se justifica a partir de um *pericolo di tardività* (perigo de tardança).¹⁰³

Logicamente que essa noção de *periculum in mora*, ou, melhor dizendo, a sua conceituação por Calamandrei não foi isenta de críticas. Um de seus mais ferrenhos críticos foi Carlo Calvosa que, criticando o conceito firmado pelo mestre florentino, apresenta sua ideia de *periculum in mora*, deslocando o eixo central da definição do perigo de dano marginal decorrente da demora na prolação do provimento definitivo, como apontado por Calamandrei, para o risco de não atuação efetiva da tutela normativa.

Nas próprias palavras de Calvosa,

*il periculum in mora non può certo concretarsi nel pericolo di quell'ulteriore danno marginale derivante dal ritardo nell'emanazione del provvedimento di merito, ma si sostanzia invece nel pericolo, vorrei dire imminente ed evidente, cioè assolutamente probabile, che la tutela normativa possa non trovare attuazione e aversi transgressione ovvero, il che è anche più grave, nel pericolo che la sanzione-risarcimento possa non essere attuata o risulti di assai difficile attuazione.*¹⁰⁴

Em resumo, a conceituação de Calvosa foi definida por ele de forma sucinta ao afirmar que "*Quando la tutela normativa è in pericolo, entra in funzione la tutela cautelare*"¹⁰⁵.

Porém, o próprio Calvosa, quando publica, ainda em 1948, um artigo comentando uma decisão do Tribunal de Roma sobre um determinado provimento cautelar inominado, "*quase ci si meraviglia*" com o fato de que nem os puros doutrinadores ou os operadores práticos tivessem ainda realizado uma elaboração sistemática sobre o tema dos provimentos cautelares. Mas, faz uma pequena (e

¹⁰³ CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Padova: Cedam, 1936. p.55/58.

¹⁰⁴ CALVOSA, Carlo. **La tutela cautelare: profile sistematico**. Torino: Unione Tipografico-Editricce Torinese, 1963. p.240.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p.243.

importante) observação: excepciona Piero Calamandrei e sua clássica obra sobre o tema.¹⁰⁶

A partir dessa noção, a doutrina italiana ainda hoje conserva essas duas formas de manifestação do *periculum in mora* como situações de perigo distintas e que dão justificação à adoção de provimentos de urgência de natureza distintos, ora conservativos, ora antecipatórios.

Crisanto Mandrioli fará referência à importância da distinção entre o que chamou de "técnica antecipatória" (presente, para ele, substancialmente na disciplina do poder geral previsto no artigo 700, do CPC italiano) e "técnica cautelar" (especialmente, para ele, nas regras previstas no código italiano para os dois tipos de sequestro, conservativo e judiciário). Ademais, Mandrioli sustentará que é importante fazer esta distinção e que esta importância se dá, principalmente, em razão "*della caducazione edl provvedimento al termine del giudizio di primo grado*"¹⁰⁷.

Em igual sentido, e tratando especificamente dos dois tipos de perigos afirmados por Calamandrei, Luigi Paolo Comoglio e Corrado Ferri sustentam igualmente a instrumentalidade que o provimento cautelar possui em relação a um ulterior provimento definitivo, para assegurar sua futura "*utilità o fruttuosità*". E, em razão disso, seguem a doutrina do mestre florentino sobre as duas manifestações que podem ser notadas do *periculum in mora*. Nas suas próprias palavras,

ciò premesso, in via generale, e con riferimento al contenuto che assume il provvedimento di tutela cautelare, occorre distinguere, con la dominante opinione, tra due diverse esigenze, o, se si preferisce, tra due diversi pericula in mora che la tutela stessa tende a eliminare: a) l'esigenza di evitare che il tempo necessario per lo svolgimento del processo renda più difficile l'attuazione esecutiva della sentenza che definisce il processo sul merito (si tratta in questo caso di assicurare preventivamente i mezzi idonei per far sì che il provvedimento sul merito, quando emanato sia concretamente e in pratica utile, efficace e fruttuoso); b) l'esigenza diversa, di evitare che la sola durata del processo, che si protrae nel tempo, sia causa di pregiudizio. Si distingue dunque tra il 'pericolo' da inutilità del futuro provvedimento, resi a cognizione

¹⁰⁶ CALVOSA, Carlo. In tema di provvedimenti cautelari innominati. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v.4, Parte II, p.210-219, 1949.

¹⁰⁷ MANDRIOLI, Crisanto. Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, p.578, 1964.

*piena, e quello consistente nella tardività del provvedimento stesso. Nel primo caso, le misure conservative-cautelari mirano ad anticipare determinati effetti propri dell'attuazione esecutiva della sentenza sul merito, mentre nel secondo caso si tratta di garantire l'effettività della sentenza stessa.*¹⁰⁸

Veja-se que ainda Comoglio e Ferri afirmam que essa é a opinião dominante sobre o tema.

Tarzia também relembra as lições do mestre de Florença sobre os dois tipos de *periculum in mora* identificados e presentes na sua obra, quais sejam, o *pericolo di infruttuosità* e o *pericolo di tardività*.¹⁰⁹

Em igual sentido, Ferruccio Tommaseo, na sua obra destinada aos "*provvedimenti d'urgenza*" e, em especial, àqueles derivados do artigo 700, do CPC italiano, adota de forma direta a mesma concepção sobre a distinção entre as formas de *periculum in mora*. É fundamental aqui, para compreender a dimensão das lições de Tommaseo, ter em conta que o subtítulo de sua obra é justamente "*struttura e limiti della tutela anticipatoria*"¹¹⁰, o que denota já a opção teórica do autor por sugerir a existência de uma *tutela antecipatória* presente na disciplina do artigo 700, do CPC italiano.

Em seu estudo, portanto, assevera que a tutela cautelar se voltará para conservar o *status quo* existente, garantindo a eficaz atuação da sentença de mérito, em razão do que o perigo que a justifica é um perigo de *infruttuosità*, ao passo em que os provimentos de urgência do citado artigo 700 cumprem o papel de fechamento de um sistema voltado a assegurar o direito em juízo contra o *pericolo di tardività*. E, na esteira de sua teoria sobre a natureza antecipatória dos "*provvedimenti*

¹⁰⁸ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado. La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, p.975-976, 1990.

¹⁰⁹ TARZIA, Giuseppe. **Il processo cautelare**: A cura di Giuseppe Tarzia e Achille Saletti. 4.ed. Padova: Cedam, 2011. p.xxix.

¹¹⁰ Tradução livre: "estrutura e limites da tutela antecipatória".

d'urgenza", é inexorável assinalar que o *pericolo di tardività*, então, incide sobre os provimentos antecipatórios.¹¹¹

Andrea Proto Pisani, também professor na mesma universidade florentina que Calamandrei e que se pode considerar como herdeiro de sua escola, igualmente relembra as ideias do mestre de Florença sobre as tipologias de *periculum in mora*, encontradas na sua obra clássica.

Proto Pisani define por *pericolo da infruttuosità* aquele que durante o tempo necessário para o desenvolvimento do processo de cognição plena se opera sobre os fatos de maneira que torna impossível ou muito mais difícil a concreta possibilidade de atuação da sentença. Assevera ainda que, segundo as lições do mestre florentino, não se está neste caso a acelerar a satisfação do direito controverso, mas apenas a assegurar a eficácia plena do provimento definitivo.¹¹²

Ademais, define também o *pericolo di tardività* como aquele em que a simples duração do processo a protrair o estado de insatisfação do direito é a causa do prejuízo, lembrando que, segundo Calamandrei, aqui se busca acelerar a própria satisfação do direito controvertido, ainda que de forma provisória.¹¹³

Assim, é a partir justamente dessa distinção entre os dois tipos de *periculum in mora* que Proto Pisani defende ser possível distinguir entre os provimentos cautelares conservativos de situações fáticas ou jurídicas sobre as quais deve incidir a sentença daqueles efetivamente antecipatórios da satisfação do direito material, observando ainda que, na sistemática italiana, tal distinção não possa ser tão amplamente utilizada

¹¹¹ TOMMASEO, Ferruccio. **I provvedimenti d'urgenza**: struttura e limiti della tutela anticipatoria. Padova: Cedam, 1983. p.127, 129, 133, 141 e 204. Veja-se o exemplo utilizado por Tommaseo para a compreensão da distinção entre as duas figuras, na esteira de seu pensamento da norma do artigo 700 como de fechamento do sistema: "*Si pensi, ad esempio, al diritto di credito ad una prestazione pecuniária: il legislatore lo há assicurato contro il pericolo d'infruttuosità della futura sentenza di condanna con lo strumento del sequestro conservativo; è evidente che tale figura nominata è totalmente inidone a porre rimedio a quel diverso periculum in mora che si sostanzia nel pericolo di tardività e, in particolare, nell'irreparabile pregiudizio che il creditore posa eventualmente risentire per effetto del ritardo soddisfacimento del proprio diritto.*" (p.203-204).

¹¹² PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. 5.ed. Napoli: Jovene, 2006. p.600.

¹¹³ *Ibid.*, p.601.

na perspectiva compreensão das medidas que visam assegurar a prova (denominadas de *provvedimenti di instruzione preventiva*).^{114,115}

As mesmas observações ora indicadas se fazem também presentes na obra que Andrea Proto Pisani escreve com seu sucessor na academia florentina, Remo Caponi, denominada "*Lineamenti di diritto processuale civile*"¹¹⁶.

Porém, Proto Pisani fará uma pequena observação acerca da aplicação da distinção entre os dois tipos de *periculum in mora* para se ter em conta igualmente a distinção entre provimentos cautelares conservativos ou antecipatórios. Seu afirmamento é no sentido de que todos os provimentos cautelares têm, em si mesmos, aspectos conservativos e ao mesmo tempo antecipatórios.¹¹⁷

Nessa esteira, então, que surgirá uma voz dissonante na doutrina italiana: a de Giovanni Arieta. O processualista italiano não irá negar a existência dos dois tipos de *periculum in mora* apontados por Calamandrei, inclusive fazendo referência à própria classificação dada pelo mestre de Florença. Porém, observará em sentido contrário, afirmando que tal distinção não serve para separar (e distinguir, portanto) os provimentos cautelares conservativos daqueles de natureza antecipatória.¹¹⁸

¹¹⁴ PISANI, Andrea Proto. Due note in tema di tutela cautelare. **Foro Italiano**, V, p.147-158, 1983.

¹¹⁵ É importante assinalar, desde já, que Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart asseveram que os procedimentos de asseguarção de prova (como a exibição preparatória – dos artigos 844 e 845, do CPC brasileiro – e a chamada produção antecipada de prova, prevista nos artigos 846 a 851, da lei processual civil nacional) em verdade não encerram tutela cautelar, porquanto buscam a preservação da própria autoridade jurisdicional, estando ligados diretamente à proteção da prova e dos direitos de ação e de defesa. Aliás, afirmam que somente mediatamente se pode falar na finalidade desses procedimentos no sentido do direito material, em razão do que deveriam, inclusive, para os processualistas paranaenses, estarem situados no Livro I, do CPC, juntamente à disciplina do regime probatório (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo cautelar**. 2.ed. São Paulo: RT, 2010. v.4. p.243-244).

¹¹⁶ PISANI, Andrea Proto; CAPONI, Remo. **Lineamenti di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 2001. Em especial p.304-305.

¹¹⁷ PISANI, Andrea Proto. Due note in tema di tutela cautelare. **Foro Italiano**, V, p.147 e segs., 1983.

¹¹⁸ ARIETA, Giovanni. **I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 CPC**. 2.ed. Padova: Cedam, 1985. p.48.

Nas palavras de Arieta,

se la distinzione tra le due specie di pericula (da infruttuosità e da tardività del provvedimento principale) può esse rutila a caratterizzare, in linea generale, il tipo di pericolo che la tutela cautelare è chiamata a neutralizzare, dobbiamo escludere che tale distinzione possa riflettersi e determinare una corrispondente distinzione a livello dei singoli provvedimenti cautelari: in particolare, ritenere che il pericolo da tardività debba essere scongiurato da provvedimenti cautelari anticipatori, cioè da misura di cautela dirette necessariamente ad anticipare il contenuto della futura tutela di merito, significa o può significare attribuire a questi ultimi una funzione strutturalmente anticipatoria che, come vedremo tra breve, è sicuramente estranea ai provvedimenti d'urgenza ex art. 700.¹¹⁹

Porém, no parágrafo seguinte à sua explanação – que essencialmente faz sentido, no que tange especialmente à diferença da natureza jurídica de cada um dos provimentos, entre aquele meramente assecuratório (que a doutrina brasileira não vacila em chamar de *cautelar*) do direito material e aquele efetivamente satisfativo deste mesmo direito substancial (que no Brasil não se hesita em compreender e se chamar de *antecipatório*), como se verá adiante – parece que Giovanni Arieta mistura o conceito de provimento cautelar antecipatório com o de provimento cautelar "*innovativo*" (em contraposição aos provimentos cautelares conservativos), terminologia, aliás, combatida pela doutrina italiana como nota característica dos provimentos cautelares.¹²⁰

Dessa forma, ainda que as ideias de Arieta sejam importantes para a compreensão da distinção da própria natureza das medidas eminentemente *cautelares* daquelas de cunho *satisfativos*, parece que a existência dos tipos de *periculum in mora* e sua inexorável correlação com a distinção entre o que é *conservativo* e do que *satisfativo* é uma noção que não se pode desconsiderar.

¹¹⁹ ARIETA, Giovanni. **I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 CPC**. 2.ed. Padova: Cedam, 1985. p.58-59.

¹²⁰ Por exemplo: CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Padova: Cedam, 1936. p.26 e segs. Interessante ainda é a lição de Ferruccio Tommaseo apontando que esta distinção (entre provimentos conservativos e inovativos) não é utilizada pelos autores mais recentes, em especial, segundo ele, pela justa consideração do caráter constitutivo (e, portanto, inovativo) da tutela cautelar em todas as suas manifestações (TOMMASEO, Ferruccio. **I provvedimenti d'urgenza: struttura e limiti della tutela anticipatoria**. Padova: Cedam, 1983. p.36, nota de rodapé 78). Em verdade, certamente, como a doutrina brasileira já compreende desde as lições de Pontes de Miranda sobre as eficácias dos provimentos jurisdicionais, toda decisão judicial que outorga tutela jurisdicional possui algum caráter constitutivo e pode ser caracterizada, portanto, em alguma medida ao menos, como "inovativa".

Então, dos afirmamentos ora expostos, parece que fica clara a nítida influência e recepção da doutrina de Calamandrei sobre a existência de dois tipos de *periculum in mora* a ensejar a aplicação do que ele chamou de provimentos cautelares. Neste momento, todavia, parece importante que se apresente um nível de mediação que é indispensável à compreensão da atualidade das questões que se pretende discutir no presente trabalho.

A inegável influência de Chiovenda no pensamento de Calamandrei, já apontada em outro momento do presente trabalho, e, sobretudo, o momento histórico, político e ideológico em que se encontra situado o processualista florentino, como já apontado, não permitiram que ele admitisse de forma mais explícita que, em verdade, quando se está a falar de "*provimento cautelare anticipatorio*" está-se diante do caso puro e simples de antecipação de execução

O princípio da *nulla executio sine titulo*, a nítida separação entre as atividades de cognição e execução e a regra de que a atividade executiva do Estado-Juiz, no sentido da plena atuação sobre o patrimônio jurídico do réu visando à execução forçada, somente se pode verificar após um exame de cognição exauriente, são pressupostos teórico-ideológicos vigentes no processo civil (e na sua ciência, portanto) à época do mestre florentino. E, sobretudo esta última regra impedirá que Calamandrei possa considerar os provimentos urgentes que representam satisfação antecipada do direito da parte como medidas de antecipação de execução.

Tanto isso é verdade que Calamandrei somente considerará que a execução provisória pode ser vista como um provimento cautelar "*in quei casi in cui mira non a soddisfare anticipatamente il creditore, ma a conservare, mentre pendente il giudizio di appello, gli oggetti della futura esecuzione forzata*"¹²¹. Ou seja, a execução somente pode se refletir de forma a satisfazer o direito reconhecido após a tramitação do processo com cognição exauriente, pois enquanto possível somente a execução

¹²¹ CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Padova: Cedam, 1936. p.37.

provisória, esta tem caráter nitidamente cautelar. E, na tipologia do mestre florentino, se é cautelar, não pode ser execução.¹²²

Vejam-se as próprias palavras de Calamandrei, em uma nota de rodapé em que critica justamente a posição apontada por Enrico Allorio sobre a natureza não cautelar de provimentos que representam a satisfação antecipada, resolvendo-as no plano de uma verdadeira execução antecipada:

*il punto da risolvere è proprio questo: come possa la sola considerazione del pericolo nel ritardo portare alla esecuzione della sanzione principale prima che sai accertato il diritto a tale sanzione, e per quale meccanismo processuale la esecuzione forzata satisfativa, che di regola presuppone il titolo esecutivo, possa eccezionalmente concedersi prima che il titolo sai nato. Se questa non è tutela cautelare, io non so, a parte le denominazioni che contano poco, che cosa essa possa mai essere.*¹²³

Ressalta-se que alguns autores, como, por exemplo, Cristofolini¹²⁴ e Allorio¹²⁵, sustentam à mesma época de Calamandrei que os provimentos que são voltados a antecipar a satisfação de um direito não podem ser considerados como cautelares.

É nessa dimensão, portanto, que Calamandrei se obrigará a sustentar que, em verdade, aqueles provimentos que *antecipam a satisfação do direito material* correspondem a uma tipologia específica cautelar, correlata, embora distinta, daqueles provimentos que são destinados a *garantir a atuação da sentença de mérito, sem representar satisfação antecipada do direito controverso, mas apenas permitindo*

¹²² É significativa a observação de Mario Dini, que sustenta, ao afirmar a distinção entre as ações cautelares e as ações executivas que "*le cautelari non possono realizzare alcun diritto sul patrimonio dell'obbligato, perchè difetta in esse l'accertamento del diritto stesso, di cui anzi è certa l'esistenza.*" (DINI, Mario. **I provvedimenti d'urgenza nel diritto processual civile (art. 700 a 702 Cod. Proc. Civ.)**. 3.ed. Milano: Giuffrè, 1961. p.126). Mesmo que tal afirmação possa ser absolutamente incoerente com a admissão da existência de provimentos "cautelares" antecipatórios, como Dini igualmente admite, a assertiva é reveladora da absoluta prevalência do princípio da *nulla executio sine titulo* e da própria ideia de que, em razão disto, não pode haver execução sem cognição exauriente prévia.

¹²³ CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Padova: Cedam, 1936. p.40, em nota de rodapé.

¹²⁴ CRISTOFOLINI, Giovanni. **Processo d'ingiunzioni**. Padova: Cedam, 1939. p.11-12.

¹²⁵ ALLORIO, Enrico. Per una nozione del processo cautelare. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Parte I, p.18-44, 1936.

que aquela (sentença) possa ser atuada de forma eficaz e útil. Destarte, para o processualista florentino, *antecipação e asseguaração do direito* são lados de uma mesma moeda, que leva a alcunha de *provimentos cautelares*.¹²⁶

Não se pode esquecer, ademais, que essa inserção de duas medidas com finalidades distintas (embora ambas voltadas a afastar situações de *periculum*) como se fossem espécies de um mesmo gênero encontrou reforço na própria legislação italiana. No CPC de 1942 (recorda-se, para o qual Calamandrei contribuiu de forma intensa e decisiva), os "*provvedimenti d'urgenza*" são regulados em uma Seção (Sezione V), do Capítulo III (Capo III) denominado "*Dei procedimenti cautelari*", do Livro IV (Libro IV), chamado "*Dei procedimento speciali*", juntamente, aliás, com outras medidas que apresentam inegável caráter de satisfação do direito material controvertido, como, por exemplo, a denúncia de obra nova, regulada na Seção III (Sezione III), do mesmo capítulo e livro.

Em resumo: na teoria de Calamandrei, admitem-se provimentos satisfativos antecipados, mas eles não podem, jamais, assumir a feição de medidas efetivamente executivas, sendo classificados como meramente cautelares. Ou seja, a satisfação antecipada do direito material existe, mas não pode se apresentar como tal. Quase na perspectiva da estória sobre o processo movido pela Santa Inquisição contra Galileo Galilei, este respondeu: "A Terra não se move em torno do Sol", em alto e bom som; "e, no entanto, se move", murmurando para não ser ouvido pelos seus inquisidores.

E, sem dúvida, a partir das noções apresentadas por Calamandrei e da própria regulação da legislação italiana, que expressamente atribui aos "*provvedimenti d'urgenza*" – que podem antecipar a satisfação de um direito material – um caráter "cautelar", parece ter ficado especialmente difícil para a doutrina italiana se desvencilhar das amarras teóricas e legislativas que dão caráter cautelar para provimentos satisfativos antecipados.

¹²⁶ Parece plausível, inclusive, sustentar que a teoria de Calamandrei tem bastante relação com uma denominação que os provimentos urgentes (cautelares e satisfativos) receberam no Brasil, como se fossem espécies de um mesmo gênero, chamado de *tutelas de urgência*. Esta terminologia, por razões que se explicitarão mais adiante, parece, no entanto, absolutamente equivocada, em razão da nítida distinção entre a natureza jurídica da medida assecurativa do direito em relação àquela satisfativa do direito.

É substancialmente significativa a repercussão dessa ideia de inserir os provimentos que satisfazem o direito postulado no plano da tutela cautelar na doutrina italiana. As monografias, os artigos, as resenhas, enfim, a produção jurídica processual italiana se inclina de forma decisiva sob este paradigma teórico-legislativo, cunhado a partir de "*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*" e das modificações levadas a efeito na legislação italiana sobre a temática no "*Codice di Procedura Civile*" de 1942.

Os estudos de Carlo Calvosa¹²⁷, Luigi Paolo Comiglio e Corrado Ferri¹²⁸, Giuseppe Tarzia¹²⁹, Andrea Proto Pisani¹³⁰, este também em obra escrita em conjunto com Remo Caponi¹³¹, Mario Apicella¹³², Mario Dini¹³³, Giovanni Arietta¹³⁴ por exemplo, assinalam todos no mesmo sentido daquele sustentado por Calamandrei, de que os provimentos cautelares podem assumir a forma de conservação da atuação eficaz de um provimento definitivo, ou, ainda, de satisfação antecipada do direito controvertido.

Porém, na própria doutrina italiana, é possível encontrar posições dissonantes desta dominante ideia sobre os dois efeitos práticos (conservação e satisfação) em

¹²⁷ Para ele, a tutela cautelar tem função assecuratória da tutela normativa, podendo se realizar com a cristalização de um estado de fato ou com uma antecipação de uma nova situação jurídica (CALVOSA, Carlo. **La tutela cautelare: profile sistematico**. Torino: Unione Tipografico-Editricce Torinese, 1963. p.166).

¹²⁸ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado. La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, p.963-981, 1990. Em especial p.975-976.

¹²⁹ TARZIA, Giuseppe. **Il processo cautelare: A cura di Giuseppe Tarzia e Achille Saletti**. 4.ed. Padova: Cedam, 2011.

¹³⁰ PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. 5.ed. Napoli: Jovene, 2006, e também em PISANI, Andrea Proto. Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Parte I, p.109-139, 1987. Em especial, Proto Pisani se refere à "tutela cautelare c.d. conservativa (o anche solo parzialmente anticipatoria)" e "tutela cautelare anticipatoria" (PISANI, **Lezioni di diritto...**, p.601), distinção que será utilizada como método para compreensão da diversidade de natureza jurídica da tutela cautelar em relação à antecipação de tutela executiva, o que ocorrerá mais adiante.

¹³¹ PISANI, Andrea Proto; CAPONI, Remo. **Lineamenti di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 2001.

¹³² APICELLA, Mario. **I provvedimenti cautelarei non nominate (art. 700 CPC)**. Castello: Leonardo da Vinci, 1947.

¹³³ DINI, Mario. **I provvedimenti d'urgenza nel diritto processual civile (art. 700 a 702 Cod. Proc. Civ.)**. 3.ed. Milano: Giuffrè, 1961.

¹³⁴ ARIETA, Giovanni. **I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 CPC**. 2.ed. Padova: Cedam, 1985.

relação ao direito material que os provimentos ditos cautelares por Calamandrei podem assumir.

Primeiramente, Crisanto Mandrioli¹³⁵, em um artigo publicado em 1964 (que, aliás, parece ter sido motivado pelo que chamou de "*una recente negazione dell'utilità di distinguere la categoria dei provvedimenti anticipatori o interinali da quella dei provvedimenti cautelari*"¹³⁶), já sustentava que "técnica cautelar" e "técnica antecipatória" são técnicas diversas e que, exatamente por isso, não podem ser confundidas.

Seu ponto de partida para apresentar a distinção de ambas "técnicas"¹³⁷ é a diferenciação que faz entre *função* e *natureza* (jurídica). Para Mandrioli, o elemento principal da contraposição entre as duas é que a cautelar

è imperniata sulla durata del provvedimento principale, rispetto al quale assolve ad una funzione strumentale [...]; l'altra, quella anticipatoria, è imperniata sulla limitazione della durata del provvedimento anticipante all'ambito del giudizio di primo grado; cio che rende addirittura priva di significato l'eventualità del giudizio di primo convalida,

em razão do que entende que, então, resta bem individuada a categoria dos provimentos antecipatórios ou interinais em confronto com aqueles nitidamente cautelares, ainda que a maior parte da doutrina entenda aqueles como uma subespécie destes últimos.¹³⁸

Por fim, Mandrioli fará a observação de que se compreender tal distinção não é algo supérfluo, aduzindo expressamente que

la dimostrazione che quest'ultima distinzione non è superflua, e che, al contrario, è utile configurare l'autonoma categoria dei provvedimenti interinali costituisce un altro dei risultati di questa ricerca. Tale utilità emerge soprattutto dalla presenza costante, nella struttura e nella tecnica anticipatoria, di taluni

¹³⁵ MANDRIOLI, Crisanto. Per una nozione strutturale dei provvedimenti antipatori o interinali. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, p.551-581, 1964.

¹³⁶ *Ibid.*, pág 551.

¹³⁷ Note-se que Mandrioli mantém a afirmação de que existe uma *técnica* cautelar, o que parece mantê-la dentro do espectro exclusivo do processo, e não do direito material, portanto.

¹³⁸ MANDRIOLI, *op. cit.*, p.577-578.

*elementi caratteristici, ed in primo luogo quello della caducazione del provvedimento al termine del giudizio di primo grado.*¹³⁹

Ugo Rocco também manifesta sua discordância contra a atribuição de efeitos antecipatórios às medidas cautelares, sustentando que, os autores, quando o fazem, atuam sob um *"falso presupposto che i provvedimenti cautelari abbiano come loro caratteristica di attuare in via preventiva, e, quindi, di anticipare la soddisfazione del diritto in controversia"*¹⁴⁰. Em razão disso, se permite discordar da doutrina que confere característica cautelar aos provimentos que nominam curadores e tutores provisórios e, mais especialmente sob o prisma da antecipação como satisfação do direito material, também discorda (e aqui, faz referência expressa à posição de Calamandrei, contrapondo-a) quanto à natureza cautelar que se dá aos provimentos que outorgam alimentos em caráter provisório.

Isso se dá porque, segundo Rocco, *"lo scopo dei provvedimenti è quello di fornire all'alimentando i mezzi per sopperire alle più impellenti necessita della vita, quale è quella, sopra tutto dell'alimentazione, che manca"*¹⁴¹.

Ferruccio Tommaseo, na sua obra sobre os *"provvedimenti d'urgenza"*, também sustenta a existência da distinção entre acautelar e satisfazer e, portanto, funda sua teoria sob o paradigma de que os provimentos antecipatórios não podem ser vistos como uma espécie de provimento cautelar. Como premissa dessa distinção, Tommaseo se propõe a uma (re)construção do próprio termo *antecipação* tendo como base metodológica critérios diversos, para não confundi-lo com o termo *satisfação*. A partir disso, é possível, para Tommaseo, inserir um grau de *antecipação* no que chama de *tutela cautelar urgente*.

Sua crítica à doutrina que lhe é anterior, então, passa por uma depuração terminológica que, antes de ser mera questão ferramental, parece apresentar contribuições importantes para a distinção, sob o prisma da natureza jurídica, da *tutela cautelar* em relação à *antecipação de tutela*. Nas suas próprias palavras,

¹³⁹ MANDRIOLI, Crisanto. Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, p.551-581, 1964. p.578.

¹⁴⁰ ROCCO, Ugo. **Trattato di diritto processuale civile**. Torino: UTET, 1960. v.5: Parte speciale: Processo cautelare. p.136-137.

¹⁴¹ *Ibid.*, p.137.

*la convinzione che la tutela cautelare utilizzi costantemente la tecnica dell'anticipazione è così forte, o almeno così largamente accettata, che spesso si giunge a ravvisare nella stessa anticipazione un elemento che rivela o concorre a rivelare il carattere cautelare di un determinato istituto.*¹⁴²

Tommaseo, então, não tem como não abandonar algumas premissas teóricas e que, em alguns casos refletem-se, inclusive, na perspectiva legislativa – basta ver como ele aponta (e, de alguma forma, parece também criticar) a inclusão dos "*provvedimenti d'urgenza*" no capítulo destinado aos procedimentos cautelares no CPC italiano de 1942.¹⁴³ Destarte, a crítica do Tommaseo vai ao sentido exato da confusão que se pode fazer entre *satisfação do direito material* e *antecipação dos efeitos do provimento final*. Crítica esta, aliás, que será mais amplamente debatida e discutida no presente trabalho em outro ponto, porquanto extremamente útil à compreensão da distinção entre a natureza jurídica da tutela cautelar e da antecipação de tutela.

Feitas essas considerações sobre a teoria apresentada por Calamandrei, relativamente à existência de dois tipos de *periculum in mora* a justificar a concessão de provimentos cautelares e como tal formulação teórica repercutiu na legislação italiana (em especial, no CPC de 1942) e na doutrina italiana, é fundamental procurar compreender como a maior parte da doutrina brasileira, aos poucos, foi obliterando a distinção entre os dois tipos de perigo manifestados na teoria do mestre florentino, e quais as consequências que esta obliteração trouxe – e ainda traz – para a compreensão da tutela cautelar e da antecipação de tutela.

¹⁴² TOMMASEO, Ferruccio. **I provvedimenti d'urgenza**: struttura e limiti della tutela anticipatoria. Padova: Cedam, 1983. p.9.

¹⁴³ *Ibid.*, p.51/54.

3.2 A DOUTRINA BRASILEIRA E O APAGAMENTO DA DISTINÇÃO FEITA POR CALAMANDREI ENTRE AS DUAS ESPÉCIES DE *PERICULUM IN MORA*

Como já visto, Calamandrei apresenta sua teoria da existência de duas espécies de *periculum in mora* (*pericolo di infruttuosità* e *pericolo di tardività*), inclusive como fundamento da distinção entre os provimentos ditos por ele *conservativos* e *antecipatórios*, respectivamente, e, ao mesmo tempo, inclui na mesma categoria de *provimentos cautelares* aqueles que são destinados a conservar um determinado estado de fato ou de direito, permitindo-se a plena e eficaz atuação da sentença final e também aqueles que são destinados a satisfazer antecipadamente os efeitos da sentença que ao final deverá ser prolatada, sem, entretanto, considerar esta última como atividade atinente à execução.

Essa concepção, como explanado, restou também admitida como premissa na reforma legislativa ocorrida na Itália da primeira metade do século XX e que resultou no advento de um novo Código de Processo Civil, em 1942 (embora datado de 1940) em substituição à legislação codificada de 1865, que entrou em vigor em razão da Unificação do Reino da Itália.

Em algumas breves linhas, também se procurou demonstrar que a teoria de Calamandrei (e os reflexos dela na doutrina e na legislação italiana) também teve alcance no Brasil, em especial, no advento do Código de Processo Civil de 1973 e na doutrina brasileira sobre a tutela cautelar. Importa agora aprofundar as questões sobre a repercussão e a recepção da cultura jurídica processual civil italiana no que tange à tutela cautelar na experiência brasileira.

A chave para o início da compreensão parece ser a adoção na legislação processual de 1973 dos mesmos paradigmas teórico-legislativos que foram adotados pela experiência italiana. Mas, como se verá adiante, com uma pequena, mas importantíssima diferença: o apagamento da distinção entre *pericolo di infruttuosità* e *pericolo di tardività*.

A repetição do regime jurídico adotado no CPC italiano de 1942, a partir do poder geral de cautela lá instituído no artigo 700, no Brasil, como também já apontado,

se deu no estabelecimento do mesmo poder geral de acautelamento previsto no artigo 798, do código processual civil brasileiro de 1973.¹⁴⁴

A previsão no citado dispositivo de que é possível ao juiz conceder as medidas provisórias adequadas quando uma parte, antes do julgamento da lide, puder causar ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação permitiu que, no Brasil, o Poder Judiciário concedesse medidas urgentes diversas daquelas especificamente previstas no Capítulo II, do Livro III – destinado ao processo *cautelar*, do código (como, por exemplo, arresto, sequestro, caução, busca e apreensão, dentre outras) e também diversas daquelas pontualmente previstas em alguns procedimentos especiais (como, por exemplo, as liminares nas ações possessórias ou nos embargos de terceiro).

O disposto no citado artigo 798 do CPC brasileiro – complementado, em certa medida, pelo artigo 799, do *codex* – fundamentou então, no direito positivo, o denominado poder geral de cautela e deu razão ao surgimento do que então se convencionou chamar de *ação cautelar inominada*.

E, portanto, de *lege ferenda*, toda e qualquer decisão em caráter provisório e com base em cognição sumária, que visasse afastar uma *lesão grave e de difícil reparação* (para se utilizar a terminologia do artigo 798, do CPC) e que não estivesse prevista expressamente no ordenamento processual brasileiro, *deveria ser considerada como exercício de um poder geral de cautela e, portanto, nesta dimensão, nestes casos, o juiz estaria a outorgar verdadeiramente uma tutela cautelar*.

Tal situação permitiu, inclusive, que a prática forense fizesse do artigo 798, do CPC um instrumento para o que Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart denominaram de *uso não cautelar da ação cautelar inominada*.¹⁴⁵ Outra parte da doutrina brasileira – até hoje – sustenta que então se fez possível o ajuizamento de uma *ação cautelar satisfativa*¹⁴⁶, ainda que, neste caso, se faça presente uma imprecisão terminológica sem solução, porquanto, para a concepção adotada no presente

¹⁴⁴ Vide, sobre isto, especialmente Ponto 2.3 do presente trabalho.

¹⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**: processo cautelar. 2.ed. São Paulo: RT, 2010. v.4. p.53.

¹⁴⁶ Luiz Guilherme Marinoni também utiliza a expressão para identificação de um fenômeno (MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 10.ed. São Paulo: RT, 2008. p.103-104).

trabalho, os termos "*cautelar*" e "*satisfativa*" encerram dois fenômenos além de distintos, contraditórios.

Portanto, se fazia presente, ao lado da doutrina e da legislação, também na prática forense brasileira a concepção de Piero Calamandrei, pois tanto os provimentos conservativos (ou se diria, *verdadeiramente cautelares*) quanto os provimentos antecipatórios (ou se diria então, *satisfativos*), se lhes faltasse previsão normativa expressa, poderiam ser postulados e tinham fundamento na mesma base do direito positivo que estabelecia uma *ação cautelar inominada*.¹⁴⁷

Porém, de forma diversa do que ocorreu na Itália, onde, como já visto, a doutrina continuou reconhecendo e mantendo a distinção entre as duas espécies de *periculum in mora* que Calamandrei dizia serem passíveis de afastamento pelos provimentos cautelares, inclusive neles fundamentando a distinção entre os de natureza conservativa e os de natureza antecipatória, no Brasil, a maior parte da

¹⁴⁷ Desde logo, e por advertência, pois se fará mais adiante um aprofundamento desta questão, vale ressaltar a arguta observação de Luiz Guilherme Marinoni: "Parte da doutrina italiana, em que se baseia a doutrina brasileira divergente, afirma que a tutela antecipatória deve ser considerada como cautelar apenas para viabilizar a utilização da tutela antecipatória na prática forense. Quando se diz, na Itália, que a tutela antecipatória deve ser compreendida como cautelar, isto é feito apenas para que seja possível a conclusão de que os operadores do direito podem solicitar tutela antecipatória com base na norma legal que consagra a tutela cautelar inominada (o art. 700 do CPC italiano). É que na Itália, ao contrário do que ocorre no Brasil, não há previsão legal de tutela antecipatória. A prática forense italiana distorceu o uso da tutela cautelar inominada (como aconteceu no Brasil) para admitir que o referido art. 700 fosse utilizado como fundamento da tutela antecipatória. Como essa última espécie de tutela é fundamental para a efetividade do processo – que, segundo a própria doutrina italiana (por exemplo, Luigi Paolo Comoglio, *La Garanzia Costituzionale dell'Azione ed il Processo Civile*, Padova, CEDAM, 1970), tem fundamento no art. 24 da Constituição da República – os doutrinadores italianos (como Proto Pisani, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Napoli, Jovene, 1994) passaram a sustentar a natureza cautelar da tutela antecipatória. Ou seja, a tutela antecipatória em face do perigo de dano irreparável passou a ser admitida no direito italiano em razão das pressões sociais por tutela jurisdicional adequada e mediante uma interpretação da palavra 'assicurare', presente no art. 700, à luz do mencionado art. 24 da Constituição italiana. Tanto é verdade que um recente projeto, elaborado pela 'Comissão Tarzia', tem por fim corrigir o referido art. 700, colocando a palavra 'antecipar' ao lado da expressão 'assegurar', com o intuito de esclarecer que atualmente, em vista das novas exigências da sociedade contemporânea, não há como negar a possibilidade do uso da tutela antecipatória, que antes era prestada sob o manto protetor da tutela cautelar. Vários doutrinadores brasileiros entendem que a instrumentalidade não é característica da tutela antecipatória. Assim, por exemplo, João Batista Lopes: 'O primeiro ponto a ser enfatizado é a distinção entre tutela antecipada e tutela cautelar: a primeira tem caráter satisfativo e a segunda é provisória e instrumental' (Tutela antecipada e o art. 273 do CPC, in *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. São Paulo: RT, 1997, p.206). Arruda Alvim, aliás, ao distinguir tutela antecipatória de tutela cautelar, afirma peremptoriamente que 'as medidas cautelares são marcadas pela idêntica-função de serem instrumentos do processo principal' ("Tutela antecipatória", in *Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 1996, p.105-106) (MARINONI, Luiz Guilherme. **Da tutela cautelar à tutela antecipatória**. Disponível em: <marinoni.adv.br/baixar.php?arquivo=files_/...doc>. Acesso em: 06 dez. 2012).

doutrina brasileira empreendeu uma aparente simplificação do problema, reduzindo as situações de urgência a justificar a adoção de uma medida jurisdicional para afastar os riscos a um único termo: *periculum in mora*.¹⁴⁸

A preferência pelo termo em latim tem, ainda, ao que parece, um defeito de não corresponder idealmente à expressão propriamente cunhada pela legislação, qual seja, *lesão grave e de difícil reparação*, que se refere, ao menos em princípio, a um perigo de *dano* e não a um perigo de *demora*. Todavia, a opção se deu pela categoria genérica sob a qual Calamandrei generalizava as duas situações de perigo que poderiam ensejar a outorga de uma, para ele, *tutela cautelar*.

Os exemplos da unificação da terminologia são vários na doutrina brasileira e podem ser colimados mesmo depois que o ordenamento processual civil adotou a cláusula geral de antecipação de tutela satisfativa fundada na urgência (e, portanto, positivando uma distinção que, no plano ontológico, sempre existiu, entre atividade cautelar e atividade satisfativa), o que se deu com a alteração na redação original dos artigos 273, em especial em seu inciso I¹⁴⁹ (destinado à antecipação de tutela fundada na existência de um perigo) e 461, em especial em seu § 3.^o¹⁵⁰ (que consagra a antecipação de tutela de obrigação de fazer e não fazer com fundamento urgente), do Código de Processo Civil, pela Lei n.º 8.952/1994.

¹⁴⁸ Ainda que se esteja a assinalar os reflexos da teoria de Calamandrei na doutrina brasileira posterior ao advento do Código de Processo Civil de 1973, em razão da notada influência das concepções do mestre florentino nesta legislação, a doutrina nacional, antes mesmo daquele *codex*, já utilizava o conceito unificador “*periculum in mora*” como a justificar as medidas preventivas previstas na legislação processual civil brasileira então vigente, de 1939. João Vicente Campos, na obra em que atualiza os comentários de Hugo Simas, faz uso da expressão referenciando expressamente o mestre florentino, afirmando que “justificam-se as medidas preventivas, como explica CALAMANDREI (*Introduzione*, cit., pág. 15) pelo chamado *periculum in mora*” (SIMAS, Hugo. **Comentários ao código de processo civil**. 2.ed. atualização de João Vicente Campos. Rio de Janeiro: Forense, 1962. v. VIII, Tomo 1, p.61). Lopes da Costa usará a mesma expressão, embora a cunhe como “*periculum morae*”, relacionando-a diretamente com a urgência da qual se depende para a concessão das medidas preventivas (LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Medidas preventivas**: medidas preparatórias – medidas de conservação. 02.ed. Belo Horizonte: Bernardo Alves, 1958. p.29).

¹⁴⁹ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (Alterado pela L-008.952-1994) I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

¹⁵⁰ Art. 461. § 3.º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante

É de se notar que, inclusive, as expressões utilizadas pelo legislador reformista de 1994 para identificar os perigos que podem dar ensejo às medidas antecipatórias nos dispositivos ora mencionados, aparentemente, encerram conceitos diversos. Enquanto no artigo 273, I, se utilizou a expressão "*dano irreparável e de difícil reparação*", e, portanto, ao que se parece se está a referir a um *perigo de dano*, no artigo 461, § 3.º, foi cunhada a expressão "*receio de ineficácia do provimento final*", o que se assemelha a um risco de uma tutela ineficaz, o que é, em certa forma, compreensível, tendo em vista que tal dispositivo está previsto em ações que tenham por objeto obrigações de fazer ou não fazer e que, em razão disso, não tenham a ver diretamente com *dano*, elemento da responsabilidade civil e que, inicialmente, parece ligado a uma tutela ressarcitória.¹⁵¹

Os exemplos da doutrina brasileira de adoção de um elemento comum no que tange à urgência, para a concessão de tutelas cautelares e de antecipações de tutela satisfativa urgentes são mais do que inúmeros. O elemento *periculum in mora* está presente na doutrina clássica no Brasil como elemento comum à tipologia das medidas urgentes.

Humberto Theodoro Júnior sustenta, ao falar tanto da tutela cautelar quanto da antecipação da tutela satisfativa fundada na urgência, que

ambas as tutelas integram um só gênero, o das tutelas de urgência, concebidas para conjurar o perigo de dano pela demora do processo, e, em muitos casos, haverá uma certa dificuldade em descobrir, com rigor, a qual das duas espécies pertence a providência que, *in concreto*, se vai adotar para contornar o *periculum in mora*.¹⁵²

Veja-se que então, Humberto Theodoro Júnior, além de unificar o requisito da urgência para concessão tanto da tutela cautelar quanto da antecipação de tutela satisfativa sob a expressão *periculum in mora*, acaba por fundir o *pericolo di tardività*

justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (Acrescentado pela L-008.952-1994).

¹⁵¹ Sobre a distinção entre tutela ressarcitória e de obrigações de fazer e não fazer (reintegratórias em alguma medida), a obra de Luiz Guilherme Marinoni, em especial "Técnica processual e tutela dos direitos." (MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2.ed. São Paulo: RT, 2008).

¹⁵² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 44.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v.2. p.657. (com grifos no original)

e o *pericolo di infruttuosità* falando no *perigo de dano causado pela demora no processo*.

Galeno Lacerda, ao afirmar que toda *liminar* tem natureza *cautelar*, do que decorre que as antecipações de tutela satisfativa estão também no plano dos provimentos cautelares¹⁵³, igualmente unifica as situações de perigo que justificam a concessão de uma medida urgente sob o signo da expressão *periculum in mora*.¹⁵⁴

Daniel Amorim Assumpção Neves também afirma serem idênticos os requisitos no que tange à urgência para a concessão de uma tutela cautelar e de uma antecipação de tutela satisfativa urgente. Nas suas palavras,

o preenchimento desses requisitos (N.A.: está-se a falar do *fumus boni iuris*) no caso concreto, entretanto, não é o suficiente para a concessão da tutela de urgência, exigindo-se, além deles, o *periculum in mora*, na tutela cautelar, e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, na tutela antecipada de urgência (art. 273, I, do CPC). Apesar das diferenças nas nomenclaturas, *periculum in mora* e fundado receio de dano representam exatamente o mesmo fenômeno: o tempo necessário para a concessão da tutela definitiva funcionando como inimigo da efetividade dessa tutela. Em outras palavras, tanto na tutela cautelar quanto na tutela antecipada de urgência caberá à parte convencer o juiz de que, não sendo protegida imediatamente, de nada adiantará uma proteção futura, em razão do perecimento de seu direito.¹⁵⁵

Não se pode deixar de observar que, além de unificar as situações de perigo, Daniel Neves também se esquece que o legislador brasileiro cunha a mesma expressão ("*perigo de dano irreparável ou de difícil reparação*") tanto para a tutela cautelar, no artigo 798, do Código de Processo Civil, quanto para a antecipação de tutela fundada na urgência prevista no artigo 273, I, da Lei Processual Civil.

Mirna Cianci e Rita Quartieri também asseveram ser idêntico o requisito de urgência para concessão das medidas de natureza diversa – e o fazem sob o signo do *periculum in mora*, ao sustentarem que

¹⁵³ Vide, especialmente, nota de rodapé 64.

¹⁵⁴ LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v.8. Tomo I. p.45 e 68, por exemplo.

¹⁵⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Tutela antecipada e tutela cautelar. In: ARMELIN, Donald (Coord.). **Tutelas de urgência e cautelares**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.325.

relativamente ao *periculum in mora*, também a princípio será requisito comum aos dois tipos – cautelar e antecipatório – na medida em que não só a urgência das medidas de conservação como o gozo imediato do direito, sem a necessária cognição exauriente, deverá ter lastro na sua importância decorrente da ação do tempo no processo.¹⁵⁶

Adotam o mesmo entendimento, sobre a existência somente do *periculum in mora* a justificar a concessão tanto da tutela cautelar quanto da antecipação de tutela fundada na urgência, por exemplo, Cândido Rangel Dinamarco¹⁵⁷, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery¹⁵⁸, Athos Gusmão Carneiro¹⁵⁹, Teori Albino Zavaski¹⁶⁰, Antônio Cláudio da Costa Machado¹⁶¹, Cassio Scarpinella Bueno¹⁶², Eduardo Talamini¹⁶³ e José Miguel Garcia Medina¹⁶⁴, igualmente de forma meramente exemplificativa.

¹⁵⁶ CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. Unificação do regime da tutelas de urgência. In: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita; MOURÃO, Luiz Eduardo; CAMARGO Ana Paula C. (Coord.). **Temas atuais das tutelas diferenciadas: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.603.

¹⁵⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.65.

¹⁵⁸ NERY JR., Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 7.ed. São Paulo: RT, 2007. p.529.

¹⁵⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.32-33.

¹⁶⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p.78.

¹⁶¹ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela antecipada**. 2.ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p.446/449.

¹⁶² BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos. p.40 e 234. Na sua monografia sobre a antecipação de tutela, também sustenta a mesma posição. Nas suas palavras, “ao contrário do que se dá na comparação entre o *fumus boni iuris* das ações cautelares e a prova inequívoca que leva à verossimilhança da alegação da tutela antecipada, o pressuposto do inciso I do art. 273, o “dano irreparável ou de difícil reparação” pode, com perfeição, ser assimilado ao *periculum in mora*, típico e constante da tutela de urgência” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.42, com itálicos no original).

¹⁶³ TALAMINI, Eduardo. **Medidas urgentes (“cautelares” e “antecipadas”): a lei 10.444/2002 e o início de correção de rota para um regime jurídico único**. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rlp_EDUARDO_TALAMINI.pdf>. Acesso em 13. Jan. 2013.

¹⁶⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: RT, 2011. p.908. Na sua obra escrita em conjunto com Fábio Caldas de Araújo e Fernando Fonseca Gajardoni, Medina novamente traz esta ideia de que o *periculum in mora* é o requisito de urgência comum

Neste ponto, é inevitável que se faça uma mediação, ainda que breve, mas importante, das consequências deste posicionamento. O equívoco desta parte da doutrina não termina no singelo aspecto da unificação das situações de perigo como pressuposto da concessão das medidas urgentes. Isto porque, se, à exceção de Galeno Lacerda, os doutrinadores ora apontados reconhecem a diferença que existe entre uma medida cautelar e uma antecipação de tutela satisfativa fundada na urgência, mas no plano dos requisitos para sua concessão, esta diferenciação não está presente na situação de perigo, os processualistas ora nominados obrigam-se a colocar a distinção no requisito relativo à cognição exigível e necessária para a concessão de cada medida¹⁶⁵.

E, nesse diapasão, a conclusão desta parte da doutrina é unânime, apontando no sentido de que a cognição exigida para a concessão da medida cautelar é mais "fraca" ou mais "sumária" do que aquela exigida para o deferimento de uma antecipação de tutela satisfativa com fundamento urgente. Em resumo, tal parte da doutrina principia pela ideia de que, se a cautelar apenas *assegura* a fruição futura de um direito, enquanto a antecipação de tutela satisfativa *realiza plenamente de forma antecipada* um direito, seria lógico que se exigisse uma cognição mais robusta para o deferimento desta última.

Para tais autores, se *realizar o direito* é mais do que meramente *assegurar o direito*, para a realização antecipada há que se exigir que o juiz esteja mais convencido das razões do requerente da medida em relação à mera *asseguração* (cautelar).

Daniel Amorim Assumpção Neves, nas suas palavras, afirma que

um dos requisitos para a concessão da tutela antecipada é a prova inequívoca da verossimilhança da alegação, segundo previsão expressa do art. 273, *caput*, do CPC. Para a tutela cautelar, um dos requisitos para sua concessão, é o *fumus boni iuris*. Apesar de ambos se situarem no plano da probabilidade do direito, é inegável que entre eles existe uma diferença fundamental. [...] Nessa verdadeira linha de convencimento, pode-se afirmar

como requisito da tutela cautelar e da antecipação de tutela (MEDINA, José Miguel Garcia; DE ARAÚJO, Fábio Caldas; GAJARDONI, Fernando Fonseca. **Processo civil moderno: procedimentos cautelares e especiais**. 3.ed. São Paulo: RT, 2010. v.4. p.101).

¹⁶⁵ Neste particular, é peculiar também a posição de Eduardo Talamini, que não vê diferença substancial entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela, apontando que a distinção é meramente quantitativa, o que é premissa para assinalar que ambas fazem parte do gênero "tutelas de urgência". (TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto do novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, n.209, p.13-34, 2012).

que a prova inequívoca da verossimilhança da alegação está mais próxima da certeza que o *fumus boni iuris*, ainda que em ambos os casos já exista um convencimento suficiente para o juiz considerar ao menos aparente o direito do autor.¹⁶⁶

Mirna Cianci e Rita Quartieri seguem a mesma linha, ao sustentarem que "a princípio, para a concessão da cautelar bastante será a demonstração da plausibilidade do direito subjacente, ao passo que, para a concessão dos efeitos da tutela antecipatória mais será exigido, ou seja, a demonstração da verossimilhança do direito"¹⁶⁷.

No mesmo sentido, as lições de Cassio Scarpinella Bueno, para quem

é comum ler na doutrina e também na jurisprudência que os pressupostos para a tutela antecipada são mais “fortes, mais “contudentes”, mais “difíceis de serem demonstrados” do que o *fumus boni iuris* (em geral entendido como “aparência do bom direito”, como se o direito pudesse ser ruim ou mau) das ações cautelares. **Rigorosamente isso é correto, até como forma de apresentar distinções à dinâmica da tutela antecipada e da tutela cautelar.**¹⁶⁸

Mais emblemáticos ainda nesse sentido, são os afirmamentos de Teori Albino Zavascki, para quem

atento, certamente, à gravidade do ato que opera restrição a direitos fundamentais, estabeleceu o legislador, como pressupostos genéricos, indispensáveis à qualquer das espécies de antecipação da tutela, que haja (a) prova inequívoca e (b) verossimilhança da alegação. O *fumus boni iuris* deverá estar, portanto, especialmente qualificado: exige-se que os fatos, examinados com base na prova já carreada, possam ser tidos como fatos certos. **Em outras palavras: diferentemente do que ocorre no processo cautelar (onde há juízo de probabilidade quanto aos fatos alegados), a antecipação da tutela de mérito supõe verossimilhança quanto ao**

¹⁶⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Tutela antecipada e tutela cautelar. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). **Tutelas de urgência e cautelares**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.317-318.

¹⁶⁷ CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. Unificação do regime da tutelas de urgência. In: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita; MOURÃO, Luiz Eduardo; CAMARGO Ana Paula C. (Coord.). **Temas atuais das tutelas diferenciadas: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.603.

¹⁶⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.39, com itálicos, mas sem grifos no original.

fundamento de direito que decorre de (relativa) certeza quanto à verdade dos fatos.¹⁶⁹

Com todo respeito que a obra do Ministro do STF merece, os argumentos de Teori Albino Zavascki são, ao que parecem, meros jogos de linguagem. Até mesmo porque qual é a real diferença *para o plano do processo* entre *probabilidade quanto aos fatos alegados* ou *relativa certeza quanto à verdade dos fatos*? Em ambos os casos, *não se terá certeza dos fatos e se estará diante, portanto, de um juízo de probabilidade quanto a eles.*

Não parece possível, com a devida vênia, *graduar níveis de aparência*. No plano da cognição processual e da justificativa que dela o juiz terá que fazer como exigência constitucional de fundamentação de sua decisão, uma determinada situação fática e jurídica simplesmente só admite as seguintes categorias: *é, não é* ou ainda *parece ser*.

Veja-se que a situação da exposição da teoria de Zavascki é tão curiosa que, ao tentar sublinhar as diferenças que para ele existem no que tange ao plano da cognição necessário para concessão de uma medida asseguradora para uma medida satisfativa, o processualista fala em *certeza dos fatos*, ao tratar da antecipação da tutela urgente, mas, cuida de, entre parênteses, cunhar a expressão *relativa*. Ora, existe *certeza*, no plano da cognição no processo civil, que seja *relativa*? Se existe *certeza*, não há dúvidas em se dizer que se está diante de um caso não mais de cognição sumária, mas sim de cognição exauriente, o que, naturalmente, seria contraditória com toda a teoria exposta por Zavascki no que tange à sumariedade cognitiva exigível para a concessão das medidas urgentes.¹⁷⁰

¹⁶⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p.75. (com itálicos, mas sem grifos no original)

¹⁷⁰ Como já apontado, essa noção de gradação de níveis de aparência como critério distintivo, no que tange aos requisitos para concessão, de medidas cautelares em relação a antecipações de tutela satisfativas urgentes, não é exclusiva de Teori Albino Zavascki. Além dos autores já apontados, outros juristas seguem igual entendimento, dentre eles, inclusive, Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira que, por outro lado, têm uma contribuição decisiva e importante para permitir a distinção entre as medidas urgentes sob o plano de sua natureza jurídica, como se verá adiante (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael. Distinção entre tutela antecipada e tutela cautelar. In: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita; MOURÃO, Luiz Eduardo; CAMARGO Ana Paula C. (Coord.). **Temas atuais das tutelas diferenciadas**: estudos em homenagem ao professor Donald Armelin. São Paulo: Saraiva, 2009. p.265-281).

Dessa forma, e concluindo-se esta breve mediação, parece mais correta a lição de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, dentre outros, que tratam da *verossimilhança* como requisito da concessão tanto da medida cautelar quanto da antecipação de tutela satisfativa urgente.¹⁷¹

Na verdade, as posições ora indicadas são apenas alguns exemplos de processualistas brasileiros que defendem a existência de uma única situação de urgência a justificar a concessão tanto da tutela cautelar quanto da antecipação de tutela satisfativa com fundamento urgente. E, quando o fazem, dizem ser esta situação aquela conhecida como *periculum in mora*.

Esse posicionamento de parte da doutrina processualística civil brasileira revela como um número significativo e importante de teóricos nacionais adotou a concepção de Piero Calamandrei, acerca do *periculum in mora* como fundamento da concessão de medidas de natureza cautelar e antecipatória, mas, ao mesmo tempo, *apagou a distinção feita desde o início pelo mestre florentino da existência de dois tipos de perigo sob o signo da mesma expressão terminológica* (*periculum in mora*): o *pericolo di tardività* (*perigo de demora*) e o *pericolo di infruttuosità* (*perigo de dano ou de não frutuosidade*).

A prática forense brasileira igualmente abraçou o entendimento doutrinário dessa grande parte dos autores, e não são poucos os exemplos em que, tanto para uma medida cautelar quanto para uma medida satisfativa antecipada, se utiliza a expressão *periculum in mora* para significar o perigo que justifica a sua concessão.¹⁷²

Dessa forma, como se pode ver, mesmo depois que a legislação brasileira corretamente reconheceu, separou e admitiu que as medidas urgentes podem ser

¹⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo cautelar**. 2.ed. São Paulo: RT, 2010. v.4. p.29.

¹⁷² Na jurisprudência brasileira, a expressão *periculum in mora* serve para identificar tanto a situação de perigo que fundamenta a concessão de uma antecipação de tutela quanto a concessão de uma medida cautelar. Por exemplo, no STJ, como fundamento da antecipação de tutela veja-se: (i) AgRg no AREsp 216393/ES Relator(a): Ministro Herman Benjamin, DJe 31/10/2012; (ii) AgRg na AR 4762/SP, Relator(a): Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 01/08/2012; (iii) AgRg no AREsp 38547/SP, Relator(a): Ministro Castro Meira, DJe 17/02/2012, dentre outros exemplos. Ainda, no próprio STJ, decisões que afirmam o *periculum in mora* como fundamento da concessão de medida cautelar, verifique-se: (i) EDcl no AgRg na MC 19811/SP, Relator(a): Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 22/11/2012; (ii) AgRg na MC 20114/RS, Relator(a) Ministro: Luis Felipe Salomão, DJe 21/11/2012; (iii) AgRg nos EDcl no REsp 1322694/PA, Relator(a): Ministro Humberto Martins, DJe 30/10/2012, dentre outros diversos exemplos igualmente.

tanto satisfativas quanto cautelares, e que cada uma delas merece tratamento jurídico distinto, a doutrina brasileira em peso continuou sustentando que a situação de perigo que justifica a concessão de medidas tanto de uma natureza quanto de outra é sempre a mesma, representada pela expressão *periculum in mora*. E, assim, a distinção apresentada por Piero Calamandrei, de duas espécies de *periculum*, cujas tipologias permitiam inclusive distinguir e separar medidas conservativas de provimentos antecipatórios foi esquecida, apagada e obliterada por uma parte significativa da doutrina brasileira.

Porém, outra parte da doutrina brasileira seguiu sustentando a existência de dois tipos de *periculum in mora* e que, inclusive, tal diferenciação serve de critério de distinção entre as medidas cautelares e satisfativas antecipadas, mantendo, ainda que às vezes de forma oblíqua e com uma mediação fundamental, a ideia de Piero Calamandrei.

E, é justamente nesta parte da doutrina que o presente trabalho se apoia para sustentar a distinção entre o perigo a justificar a concessão de uma tutela cautelar (*perigo de dano*) daquele que justifica a antecipação de uma tutela satisfativa fundada na urgência (*perigo de demora*). Assim, é desta parte importantíssima da doutrina brasileira que se tratará agora.

3.3 A DOCTRINA BRASILEIRA QUE RECONHECE A EXISTÊNCIA DE DUAS ESPÉCIES DE *PERICULUM IN MORA*, INCLUSIVE COMO CRITÉRIO DE DISTINÇÃO ENTRE TUTELA CAUTELAR E ANTECIPAÇÕES DE TUTELA

Como já exposto, ainda que a maioria da doutrina brasileira tenha adotado a perspectiva de uma simplificação, para dimensionar e conceituar a situação de perigo que dá ensejo a uma medida urgente qualquer que seja sua natureza, cautelar ou satisfativa, e como também já apresentado, acaba tendo que situar a distinção entre ambas no que tange aos seus requisitos sob o prisma de uma medição quantitativa de cognição a que estariam sujeitas. Uma parte significativa da doutrina brasileira, por outro lado, bem compreende que as situações de perigo a justificarem as concessões de medidas de natureza distintas são, igualmente, distintas.

Ovídio Baptista da Silva, por exemplo, é um dos expoentes desta doutrina, pois, como se pode verificar das suas próprias palavras,

seria evidente anacronismo insistir no conceito de *periculum in mora* como pressuposto para a tutela cautelar. Os que ainda perseveram no equívoco jamais poderão fazer, adequadamente e com a necessária coerência, a distinção entre uma medida cautelar e outra provisão de natureza satisfativa, concedida como medida antecipatória, fundada no "*periculum in mora*".¹⁷³

Em outra passagem de sua obra, o mestre gaúcho esclarece sobre a questão que

o segundo elemento indispensável para a formação do conceito de tutela assegurativa (cautelar) é o que a doutrina costuma indicar como *periculum in mora* e que nós, por razões que ficarão claras no curso da exposição, preferimos tratar como perigo de dano iminente e irreparável. A locução *periculum in mora* não é incorreta, mas ambígua. Na verdade, a tutela cautelar legitima-se porque o direito, carente de proteção imediata, poderia sofrer um dano irreparável, se tivesse que submeter-se às exigências do procedimento ordinário. [...] Se, no entanto, estivermos a imaginar um remédio contra a demora (*periculum in mora*), provavelmente seremos levados a conceber algum meio de antecipar a proteção jurisdicional, outorgando, desde logo, a tutela que somente seria outorgada ao final do procedimento ordinário.¹⁷⁴

Ovídio Baptista da Silva, inclusive, aponta que a distinção entre o que ele chama de *periculum damnum irreparabile* e *periculum in mora* se dá a partir da construção de juristas medievais. Para este último, o que importava era o encurtamento do tempo necessário à entrega da prestação jurisdicional, enquanto aquele (*damnum irreparabile*) era pressuposto para afastamento de um estado

¹⁷³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Do processo cautelar**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.86.

¹⁷⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)**. 3.ed. São Paulo: RT, 2000. v.3. p.54-55. Em outra passagem de sua obra, o mestre gaúcho sustenta que "parece fora de qualquer dúvida que a utilização da expressão "*periculum in mora*", como matéria peculiar às ações de segurança, deve-se, tão-só, à conveniência de empregar-se uma locução consagrada amplamente pela doutrina, para indicar a tutela cautelar" (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **A ação cautelar inominada no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p.231-235).

emergencial que derivada de circunstâncias especiais, sem que se realizasse o direito de forma antecipada.¹⁷⁵

O processualista gaúcho chega a sustentar que os conceitos de que a doutrina se utiliza para definir a tutela cautelar (conhecidamente, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*), em verdade, não podem defini-la. Nas suas palavras,

no que diz respeito à primeira, é sabido que as variadas e entre si diferentes formas de tutela processual baseadas em *cognição sumária* determinam que o julgador trate o direito litigioso tendo-o apenas como verossímil (*fumus boni iuris*), de modo que este pressuposto é genérico para qualquer causa sumária. Quanto ao outro (*periculum in mora*), sua ligação com a ideia de *aceleração procedimental* é inocultável, o que significa dizer que, aqui, a urgência decorre da lentidão própria do procedimento ordinário, contra a qual se concebe o tratamento diferenciado da causa que, todavia, embora encurtada, continua ordinária.¹⁷⁶

E, continua Ovídio Baptista da Silva, no sentido de que a doutrina processualista "moderna" acabou por unificar os dois tipos de perigos – um, destinado a afastar um perigo de *dano* (*periculum damnun irreparabile*), e, outro, voltado a afastar um perigo de *demora* – em uma única categoria só: *periculum in mora*. Como aponta expressamente, "As duas categorias que os juristas medievais tão bem separavam, como pressupostos para as formas sumárias de tutela processual, passaram a ser empregadas indistintamente para definir a ação cautelar"¹⁷⁷.

De uma forma natural, portanto, para Ovídio Baptista da Silva o *periculum in mora* seria, inclusive genealogicamente na perspectiva do direito medieval, pressuposto para aceleração da entrega da tutela jurisdicional e, por consequência, condição para uma execução provisória no direito "moderno". Tal noção, aliás, fará sentido na própria distinção entre tutela cautelar e antecipação de tutela satisfativa sob o prisma de sua natureza jurídica – como se verá adiante.

A conclusão da teorização de Ovídio Baptista da Silva, então, direciona-se no sentido de que a situação de perigo que legitima a concessão de uma tutela

¹⁷⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Do processo cautelar**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.13-14.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p.15.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p.16.

cautelar é o perigo de dano, "herdeiro" daquilo que, para ele, os juristas medievais chamavam de *periculum damnun irreparabile*. Mais do que isso, também conclui que este é um ponto central da distinção entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela satisfativa, pois esta tem como requisito de urgência o perigo de demora, ou o antecedente histórico identificado como *periculum in mora* no direito medieval. Como ele mesmo expressa textualmente,

eis a razão que nos impõe a opção pela categoria, criada desde o direito medieval e conhecida como *iminência de dano irreparável* ao direito a que se dá tutela jurisdicional, como pressuposto da medida cautelar. A outra categoria processual a que a doutrina denomina *periculum in mora*, como amplamente ficou demonstrado, sugere a ideia de *antecipação da tutela satisfativa*, precisamente porque o direito não se concilia com a demora. E isto não passa de execução provisória.¹⁷⁸

Em outra passagem de sua importante obra, o processualista gaúcho aponta que a expressão *periculum in mora* não é incorreta, mas ambígua, porquanto atualmente representa igualmente as situações de perigo legitimadoras da tutela cautelar e da antecipação de tutela satisfativa, ao passo em que, segundo ele, sua origem histórica está ligada diretamente a este último caso, porquanto ligada à execução provisória.¹⁷⁹

Aqui reside a centralidade do problema evidenciado no presente estudo. A partir desta leitura da teorização apresentada por Ovídio Baptista da Silva, sobre a identificação da tutela cautelar com um perigo de dano – e não de demora – é que resta claro que a doutrina brasileira, ou pelo menos uma parte importante e significativa dela, conseguiu compreender de forma marcante as distinções que Calamandrei apresenta sobre os dois perigos que podem justificar a adoção de medidas de urgência. E que essa parcela da doutrina foi além, pois se permitiu ficar livre das amarras teóricas do mestre florentino para a correta elucidação do problema que envolve a diferenciação entre os requisitos de urgência para a concessão de medidas cautelares e satisfativas antecipadas, o que acaba também por contribuir de forma decisiva para a correta identificação da diferença de tais medidas sob o plano de sua natureza jurídica.

¹⁷⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Do processo cautelar**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.88.

¹⁷⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)**. 3.ed. São Paulo: RT, 2000. v.3. p.55/57.

Tal conceituação deve ser vista, igualmente, como uma exposição crítica da leitura da doutrina italiana e do próprio texto legislativo brasileiro que, como visto, é claramente inspirado na teoria peninsular sobre as medidas de urgência.

Isso porque, mesmo que o legislador brasileiro aponte como requisito de urgência para a concessão da medida cautelar e da antecipação de tutela satisfativa o que chamou de *lesão grave e de difícil reparação*, não se pode admitir que, como bem aponta Ovídio Baptista da Silva, esteja-se a tratar de uma única situação, que a doutrina clássica identifica como *periculum in mora*. Aliás, o próprio legislador acaba por confirmar a identificação que o mestre gaúcho aponta entre a antecipação de tutela satisfativa e a execução provisória, no próprio texto do artigo 273, § 3.º, do Código de Processo Civil, que aponta que, uma vez concedida a medida antecipatória, sua execução dar-se-á segundo as regras da execução provisória.¹⁸⁰

Nessa mesma dimensão, as palavras do mestre gaúcho são reveladoras, no sentido de que

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 correspondesse à tutela cautelar.¹⁸¹

Logicamente que, não se pode deixar de observar que é indispensável se fazer uma ponderação sobre a temática da aproximação conceitual e do retorno que Ovídio Baptista da Silva pretende fazer ao "direito medieval" para justificar sua posição em relação ao real sentido da locução *periculum in mora*.

Em primeiro lugar, as observações metodológicas feitas no Capítulo I, deste trabalho, não podem ser esquecidas. Especialmente, aquelas feitas em relação à utilização (ou se poderia dizer mesmo, apropriação) de conceitos para a explicação

¹⁸⁰ CPC, artigo 273, § 3.º "A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4.º e 5.º, e 461-A."

¹⁸¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)**. 3.ed. São Paulo: RT, 2000. v.3. p.56.

de realidades contemporâneas que foram cunhados e calcados em outro momento histórico distante e desconexo dos tempos atuais.¹⁸²

Nesse sentido, assinalar taxativamente como o faz Ovídio Baptista da Silva que o direito medieval usava o conceito de *periculum in mora* para os casos de *execução provisória* e que o *dano irreparável* era elemento da *tutela cautelar* necessita, da mediação fundamental à realidade conceitual – e à semântica, inclusive – destes termos nos tempos do "direito medieval".

Inicialmente, seria indispensável precisar também *de que direito medieval* Ovídio Baptista da Silva estaria a falar. E, nesse aspecto, é de se dizer que o autor não referencia expressamente nenhuma obra de jurista medieval para que assim se pudesse, a partir da(s) fonte(s) utilizada(s) por ele, para afirmar que foi o direito medieval que nos teria legado a expressão *periculum in mora* com os conteúdos apontados na obra do processualista.

Ainda, seria necessário então que, neste prisma, se apresentassem ao menos duas contextualizações que o processualista gaúcho não fez: uma de ordem geográfica (se ele está a falar do *direito medieval germânico, romano, português* etc.) e outra de ordem temporal, visto que o *direito medieval* pode compreender tanto a Baixa quanto a Alta Idade Média, não se esquecendo das naturais diferenças que o significativo lapso temporal entre cada uma delas vai representar naturalmente no plano jurídico.¹⁸³

Nessa perspectiva, aliás, as observações de Paolo Grossi, estudioso do fenômeno da ordem jurídica medieval, são taxativas ao configurá-la como uma rica experiência pluralista, e não simplesmente unitária, como se poderia imaginá-la, ao se olhar para ela com os olhos do presente.¹⁸⁴ Essa observação do historiador do direito de Firenze implica relativizar ainda mais a ideia exposta por Ovídio Baptista da Silva, pois, ainda ter-se-ia que assinalar *em quais das diversas ordens jurídicas*

¹⁸² Vide, especialmente, a exposição da observação feita por António Manuel Hespanha lançada no Capítulo 1, deste trabalho, e referenciada na nota de rodapé 17.

¹⁸³ Nesse sentido, a obra de Paolo Grossi denominada "*L'ordine giuridico medievale*" traz uma explanação completa e precisa destes momentos distintos e das suas implicações sobre o direito (GROSSI, Paolo. **L'ordine giuridico medievale**. 11.ed. Roma: Laterza, 2004).

¹⁸⁴ GROSSI, Paolo. **L'ordine giuridico medievale**. 11.ed. Roma: Laterza, 2004, p.29 e segs.

medievais plúrimas seria possível encontrar a noção apresentada pelo processualista gaúcho.

Noutro aspecto, e na esteira de uma correta compreensão terminológica e linguística, a contextualização histórica seria igualmente indispensável para uma completa explicitação do fenômeno. Assim, considerando que Ovídio Baptista da Silva está correto em assinalar que, no direito medieval, o conceito de *periculum in mora* está ligado à *execução provisória* e que o *dano irreparável* está ligado à *tutela cautelar*, seria especialmente necessário a correta explanação e compreensão do que estas expressões (*periculum in mora*, *execução provisória*, *dano irreparável*, *cautelar*) efetivamente significavam no momento histórico do *direito medieval*. Isto porque, certamente, não possuíam o mesmo significado que atualmente possuem, porquanto pertencem a outro contexto histórico, político, social e, carregam os reflexos disso no plano linguístico.

A contextualização conceitual, na medida da compreensão semântica adequada dos conceitos no seu pertencimento temporal, não pode ser dissociada das afirmativas ligadas a realidades pretéritas, especialmente no campo de uma ciência notadamente humana, como o direito, tão condicionado por elementos temporais sociais, políticos e históricos. Ou seja, a afirmação apontada por Ovídio Baptista da Silva sobre a gênese do *periculum in mora* no direito medieval e sua ligação com o que ele chamou de execução provisória não pode ser recebida como algo absoluto, mas sim relativizado a partir das mediações contextuais que precisam ser feitas.

Porém, como salientado, a ausência de referências bibliográficas sobre tal contexto na obra do mestre gaúcho¹⁸⁵ não só dificulta como, ao menos no âmbito

¹⁸⁵ Ressalta-se, porém, que Ovídio Baptista da Silva parece fundar sua ideia da diferenciação, no que ele chamou de "direito medieval" entre *periculum damnun irreparabile* e *periculum in mora* (ou *pericolo nel ritardo*) provavelmente a partir dos ensaios de Chiovenda sobre a execução provisória na Itália e suas inibitórias, no começo do século XX. Nestas condições, o processualista gaúcho parece estar a tratar dos ensaios do mestre florentino "*Sulla provvisoria esecuzione delle sentenze e sulle inibitorie*", de 1903 e "*Ancora sulla provvisoria esecuzione delle sentenze e sulle inibitorie*", de 1904, ambos publicados no segundo volume dos seus famosos "*Saggi di diritto processuale civile*" (CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1993. v.2). Veja-se as próprias palavras de Ovídio Baptista da Silva, sobre a temática da distinção entre *pericolo di tardività* e *pericolo di infruttuosità* e sua relação com os ensaios de Chiovenda: "Desde que se admita, como problemas idênticos, a exigir a mesma solução, tanto o *pericolo di tardività* quanto o *pericolo di infruttuosità*, como pretendia Calamandrei (**Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Padova: Cedam, 1936. n.18), e como pretende Antônio Cláudio da Costa Machado, que igualmente não distingue o 'pericolo nel ritardo' – cuja resposta será sempre a *aceleração* procedimental –, que o direito italiano protege através da

desta dissertação, impossibilita sua análise de uma forma a se poder afirmar taxativamente, como o faz Ovídio Baptista da Silva, que no direito medieval se tratava verdadeiramente das diferenças entre *periculum in mora* (a justificar uma *execução provisória*) e *periculum damnum irreparabile* (a justificar a concessão de uma *tutela cautelar*).

De qualquer sorte, enfim, em uma compreensão mais acurada, nenhum texto (inclusive, os jurídicos) pode ser recebido como uma noção absoluta; deve, sim, ser testado a partir de ferramentas que podem (ou não) confirmar as condições assertivas apostas no texto.

Por outro lado, e desde que se conheça essa condição relativizante, obviamente que as afirmações lançadas por Ovídio Baptista da Silva não podem ser rechaçadas por si só. Especialmente se é possível confrontá-las em certa medida com a noção de Piero Calamandrei sobre a existência do *pericolo di tardività* e do *pericolo di infruttuosità* como espécies do *periculum in mora*.

Nesse particular, os próprios historiadores que podem servir – como visto anteriormente – como ferramentas de relativização crítica da teoria de Ovídio Baptista da Silva, também servem como instrumentais para a sua afirmação. Não foge aos historiadores do direito utilizados aqui como referenciais teóricos que a história do direito também é permeada por *continuidades*.

Paolo Cappellini adverte para a existência, no âmbito do *ius*, de uma "história de longa duração" (a referência à chamada *Escola dos Annales* francesa é clara, pois é utilizada pelo historiador italiano como ferramenta de sua teorização), a partir da expressão do direito como um fenômeno arraigado nos estratos profundos da

execução provisória (urgente), de um outro conceito básico para a compreensão da tutela de segurança, qual seja, o "perigo de dano iminente" (MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela antecipada**. 2.ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p.314), o resultado será necessariamente a identificação entre aceleração procedimental e tutela assegurativa, ainda que para chegarmos a esta estranha conclusão seja necessário conceituar medidas de antecipação de tutela como providências tomadas em defesa da jurisdição (*ad iurisdictionem conservandum*), como se o autor, ao postulá-la, não estivesse a pretender tutela para seu direito ou a sua pretensão, e sim interessado em proteger o serviço público, conhecido como jurisdição. Aliás, seria pedagógico que os juristas que cometem essa equiparação lessem os insuperáveis ensaios de Chiovenda a respeito da origem da execução provisória, no direito medieval, e sobre as inibitórias, para que pudessem avaliar a extraordinária diferença entre as medidas de defesa da jurisdição e a moderna tutela cautelar" (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil: processo cautelar** (tutela de urgência). 3.ed. São Paulo: RT, 2000. v.3. p.31-32). Em outra passagem de sua obra, o mestre gaúcho aponta no sentido de que sua compreensão deriva da leitura atenta de Galeno Lacerda e Manuel de Almeida e Sousa de Lobão (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **A ação cautelar inominada no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p.231-235).

sociedade, manifestado na dimensão de mentalidade, permitindo que aí esteja, também, um território de estudo do historiador do direito.¹⁸⁶

Grossi também vai ressaltar a presença do direito como *raiz de uma sociedade*, do que importará necessariamente sua existência em diversos tempos históricos, como elemento que perdura e que, em certo sentido, apresenta-se como uma tradição que pertence ao conjunto social e, assim, também possui uma perspectiva de *ossatura social*.¹⁸⁷

Dessa forma, a teorização do mestre gaúcho, devidamente mediada e contextualizada e, por que não, testada e até mesmo duvidada, apresenta um elemento importante para o objeto deste trabalho.

Isso porque, o resgate iniciado por Ovídio Baptista da Silva de que, em verdade, a locução *periculum in mora* representa fenômeno absolutamente diverso daquela roupagem que lhe dá a doutrina brasileira clássica, representa em relação à doutrina de Calamandrei uma mediação importante, que tem grande significado para a compreensão correta do tema.

De toda sorte, parece evidenciado – e devidamente testado por outras ferramentas metodológicas, como, por exemplo, o confronto com outras doutrinas e com a própria legislação – que o elemento de perigo que se busca afastar com a antecipação da tutela satisfativa é, realmente, um *perigo de demora na entrega da prestação jurisdicional*, enquanto a situação de perigo que anima uma medida meramente asseguradora (cautelar, portanto) é, efetivamente, *um perigo de dano*.

Assim, se é necessário realizar antecipadamente um direito porque, se isso não ocorrer de plano, o elemento *tempo* inexoravelmente atuará até a outorga final da tutela jurisdicional com a sentença traduzindo-se efetivamente em *perigo de demora (di tardività)*, a equação pode ser representada da seguinte forma: ou se satisfaz o direito agora, ou não adiantará satisfazê-lo ao final do procedimento. É assim, por exemplo, naquela situação em que o indivíduo precisa de uma decisão

¹⁸⁶ CAPPELLINI, Paolo. **Storie di concetti giuridici**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2010. p.17.

¹⁸⁷ GROSSI, Paolo. **L'ordine giuridico medievale**. 11.ed. Roma: Laterza, 2004. p.21-22. Não se pode olvidar, inclusive, que o historiador florentino ressalva que o direito não é somente aquele fenômeno assim identificado a partir da "modernidade", como elemento unicamente produzido pelo Estado (monismo estatal), mas que, ao estar presente como substrato da sociedade, vai

urgente que obrigue o plano de saúde com o qual mantém contrato a custear uma cirurgia cardíaca de emergência que pode salvar sua vida.

Em outro sentido, se o que está em risco é a mera fruição regular de um bem juridicamente protegido (perigo de dano ou de *infrutuosità*), basta *garantir que, quando os atos de execução possam atuar plenamente*, exista condição material para isto, basta simplesmente *assegurar a entrega desta prestação jurisdicional futura, meramente, portanto, acautelando*. Nesse caso, a equação se traduz em: ou assegura-se a futura execução, ou esta poderá ser infrutífera. Pense-se na hipótese célebre de tutela cautelar para garantia de execução para pagamento de quantia certa (arresto) em que basta opor uma restrição judicial de ineficácia sobre bens do devedor que sejam suficientes à garantia dos futuros atos executivos.

Aliás, este é o binômio que Ovídio Baptista da Silva criou a partir da leitura atenta de Pontes de Miranda e que, na obra do mestre gaúcho, representa tão bem a diferença entre uma medida urgente cautelar e outra de caráter satisfativo. Enquanto nesta última existe "execução para segurança", naquela primeira haverá "segurança para execução"¹⁸⁸.

As lições asseveradas por Ovídio Baptista da Silva sobre a não representação adequada das situações de perigo diversas que animam as concessões de medidas de urgência de naturezas diferentes (cautelares e satisfativas) pela expressão *periculum in mora* encontraram eco também em outros processualistas brasileiros, em especial naqueles que eram receptores de suas ideias mais modernas.

Alcides Munhoz da Cunha, por exemplo, também aponta o sentido da existência de perigos distintos, no sentido de que sua correta explanação é importante para eliminar a confusão que comumente existe entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela satisfativa. O que o processualista em comento pretende é uma correta especificação a partir da conceituação de que o conceito de *periculum in mora* é uma ideia genérica e que a concessão da tutela cautelar demanda uma hipótese qualificada de perigo.

revelar sua pluralidade e que, por isso, não pode ser identificado somente com aquele *direito* produzido pelo ente estatal.

¹⁸⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Do processo cautelar**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.42/72.

Isso se dá porque, segundo Munhoz da Cunha, a dilação de tempo necessária à entrega da prestação jurisdicional é, sempre, uma situação que apresenta um risco potencial, do que deriva a ideia de que o *periculum in mora* se faz, ao menos potencialmente, presente em todas as demandas.¹⁸⁹

Para expressar o que compreende como a situação de perigo legitimadora da tutela cautelar, o processualista do Paraná sustenta que esta é, verdadeiramente, um *periculum in mora* qualificado pela presença de um dano irreparável ao interesse da parte, pois, nas suas próprias palavras,

o perigo que anima a tutela cautelar não é simplesmente esse perigo genérico do retardamento do provimento final, porque esse perigo, como foi visto, o próprio ordenamento procura superar, dinamizando formas de tutela diferenciada, sumárias, que com maior presteza poderão realizar a tutela definitiva dos interesses ou dos direitos. [...] O que se quer enfatizar, porém, é que a característica inconfundível do *periculum* que legitima a tutela cautelar não é apenas o *periculum in mora*, mas o "*periculum in mora*" qualificado pela iminência de dano irreparável ao interesse da parte que, não encontrando ambiente nas tutelas ordinárias ou mesmo sumárias para o reconhecimento, proteção ou realização definitiva com o possível *status* de direito subjetivo ou primário, socorre-se então da tutela subsidiária, cautelar, temporária, de mera verossimilhança, porque confere proteção ou realização a interesses na perspectiva da plausibilidade, sem aptidão para a definitividade, pois o que atua é o direito de cautela, o direito à tutela do *fumus*, em situação de perigo qualificada, que exige tutela de urgência urgentíssima.¹⁹⁰

Todavia, é importante ressaltar que, ainda que Alcides Munhoz da Cunha apresente uma ideia diferente do perigo que justifica a concessão de uma medida cautelar, como uma espécie qualificada do *periculum in mora*, ele não faz a distinção entre os perigos que seriam pressupostos para concessão de medidas cautelares e satisfativas, uma vez que compreende como *cautelares* tanto os provimentos *conservativos* quanto aqueles *antecipatórios*, um pouco na esteira do que já havia apontado Piero Calamandrei. De toda forma, a observação, arguta, de que a expressão *periculum in mora* é ambígua é reveladora de que sua conceituação na forma como concebida por boa parte da doutrina é dotada de polissemia, o que

¹⁸⁹ MUNHOZ DA CUNHA, Alcides Alberto. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: RT, 2001. v.11. p.272-273. (com grifos no original)

¹⁹⁰ MUNHOZ DA CUNHA, Alcides Alberto. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: RT, 2001. v.11. p.274-275.

denota que, para sua correta compreensão, há que se delimitá-la melhor ou realizar sobre ela alguma mediação ou ponderação.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart igualmente sustentam que a situação de perigo que fundamenta a tutela cautelar é um perigo de dano e não de demora, pois, inclusive, compreendem que não basta a simples possibilidade de *demora* no processo a justificar a medida cautelar. Nas suas próprias palavras,

não há razão para identificar perigo de dano com *periculum in mora*, como se ambos tivessem o mesmo significado. O perigo de dano faz surgir o perigo na demora do processo, existindo, aí, uma relação de causa e efeito. Por isto mesmo, para se evidenciar a necessidade da tutela cautelar, não basta alegar *periculum in mora*, sendo preciso demonstrar a existência da sua causa, ou seja, o perigo de dano.¹⁹¹

Sérgio Cruz Arenhart, aliás, expressamente afirma, ao tratar dos requisitos de urgência que este são “em verdade, o perigo de dano para a antecipação de tutela, e o perigo de dano irreparável para a tutela cautelar”¹⁹².

Daniel Mitidiero, outro leitor atento das lições de Ovídio Baptista da Silva, também de forma colateral sustenta a clara diferença que existe entre as situações de perigo que fundamentam a concessão de uma tutela cautelar e de uma antecipação de tutela satisfativa. Diz o processualista gaúcho, textualmente que

a tutela satisfativa realiza desde logo o direito antecipado (combate o *perigo na tardança*), fazendo-o, inclusive, tanto para *prevenir ilícitos* como para *reprimir* ilícitos e/ou danos. A tutela cautela apenas assegura a possibilidade de fruição futura do direito acautelado (combate apenas o *perigo de infrutuosidade*) – e em nada prejudica o resultado do processo que visa à

¹⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**: processo cautelar. 2.ed. São Paulo: RT, 2010. v.4. p.28, com itálicos no original. Inegável a semelhança, em alguma medida, com a ideia de Alcides Munhoz da Cunha, sobre a necessidade de um *periculum in mora* qualificado por um *periculum damnum irreparabile*.

¹⁹² ARENHART, Sérgio Cruz. A antecipação de tutela e a Lei 10.444/2002. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil**: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: RT, 2005. p.276-291, em especial, p.285.

prestação da tutela satisfativa [...]. Atua repressivamente com intuito de simples conservação.¹⁹³

Daniel Mitidiero também apresentará expressamente esta distinção em outra passagem de sua obra, repelindo a ideia de Calamandrei de que o *periculum in mora* se afigura em duas expressões (perigo de tardança e perigo de infrutuosidade). Assinala ele expressamente que a antecipação de tutela tem por fundamento o perigo na demora da prestação jurisdicional, e afirma textualmente que “é fácil perceber que o pressuposto para a antecipação é tão somente o *perigo na tardança* da tutela jurisdicional”¹⁹⁴.

Em obra conjunta, ademais, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero reafirmaram sua posição sobre as diferentes situações de perigo que justificam a concessão de uma tutela cautelar ou de antecipação de tutela urgente, apontando no mesmo sentido de que esta última depende de um perigo de demora, enquanto aquela primeira, de um perigo de dano. No livro escrito como uma análise crítica da primeira proposta de reforma legislativa no Código de Processo Civil brasileiro (Projeto do Senado Federal de n.º 166/2010), e criticando a sua redação original, asseveram que

o risco de dano irreparável ou de difícil reparação constitui tecnicamente requisito para concessão de tutela cautelar. *Acatutela-se de um dano irreparável ou de difícil reparação que pode atingir o direito à tutela reparatória*. Esta proteção tem de durar enquanto durar o perigo de dano, enquanto durar o *perigo de infrutuosidade* da tutela jurisdicional do direito. É *temporária*. De outro lado, a *tutela antecipatória* é devida quando não se pode melhor, ou melhor, quando existe um *perigo na demora* da prestação jurisdicional. [...]

¹⁹³ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: RT, 2012. p.49, com itálicos no original. Em outra passagem, Mitidiero afirma que a tutela cautelar “visa *acautelar* o direito diante de um *perigo de dano*.” (p.57). (com grifos no original)

¹⁹⁴ *Ibid.*, p.130-131. De toda sorte, Mitidiero fará uma mediação importante com as lições de Ovídio Baptista da Silva, pois, para aquele, “é equívoco supor, portanto, que o perigo de infrutuosidade seja tão somente ligado à tutela cautelar”, conclusão a que chega a partir da concepção de que, para combater a infrutuosidade do direito, pode-se atuar *satisfazendo-o* ou *assegurando-o* (MITIDIERO, Daniel. *Ob. cit.*, p. 131).

Com ela, combate-se o *perigo na tardança* do provimento. *Quando não se pode esperar, o único remédio é antecipar-se. De nada adianta cautela.*¹⁹⁵

Ainda, é de se ressaltar, em especial a partir dos referenciais teóricos ora apontados, que a situação de perigo a justificar a concessão de uma tutela cautelar é de *perigo de dano*, em oposição inclusive ao que se poderia assinalar como um *perigo de ilícito*, que é objeto de proteção de outra forma de tutela jurisdicional, a chamada *tutela inibitória*.

Com efeito, aliás, a doutrina tem enormes dificuldades em compreender a diferença entre estas duas categorias por vezes tão entrelaçadas, mas, ao mesmo tempo, rigorosamente distintas: o *dano* e o *ilícito*. Isto porque, durante muito tempo, a compreensão de que se tratava de duas categorias distintas, em verdade para a doutrina clássica, não fazia sentido, uma vez que havia a suposição de que, para que o ilícito tivesse relevância no âmbito civil, deveria produzir dano, como bem asseveram Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart.¹⁹⁶

Logicamente, portanto, ilícito e dano não podem ser confundidos, ainda que, para algumas circunstâncias – e na teoria da responsabilidade civil, o ato lesivo somente devesse gerar o dever de indenizar quando derivado de um ato contrário ao direito. Mas, de nenhuma forma, estas duas categorias podem ser confundidas.

A confusão, embora pareça compreensível, especialmente quando pensada a partir do paradigma clássico de que, da violação ao direito, no âmbito civil, somente se pode admitir como resposta jurídica uma reparação pelos prejuízos daí causados, a distinção entre ilícito e dano deve ser logicamente estabelecida – e compreendida – como medida, inclusive, de admissão daquilo que se pode chamar de *tutela de prevenção do ilícito, que o inibe (ou tutela inibitória) e que tem status constitucional, a partir da própria dicção do artigo 5.º, da Constituição da República brasileira, que garantiu a inafastabilidade da tutela jurisdicional contra lesão ou **ameaça de lesão a direito***.

¹⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIÉRO, Daniel. **O projeto do CPC: críticas e propostas**. São Paulo: RT, 2010. p.107. (com grifos no original)

¹⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo cautelar**. 2.ed. São Paulo: RT, 2010. v.4. p.72.

Nesse sentido, aliás, veja-se a observação de Luiz Guilherme Marinoni, para quem,

para evidenciar que o dano não é elemento constitutivo do ilícito, argumentou-se que, quando se diz que não há ilícito sem dano, identifica-se o ato *contra ius* com aquela que é a sua norma conseqüência, e isto ocorreria apenas porque o dano é o sintoma sensível da violação da norma. A confusão entre ilícito e dano seria o reflexo do fato de que o dano é a prova da violação e, ainda, do aspecto de que entre o ato ilícito e o dano subsiste frequentemente uma contextualidade cronológica que torna difícil a distinção dos fenômenos ainda que no plano lógico [...] note-se, porém, **que se o dano é uma conseqüência meramente eventual e não necessária do ilícito, a tutela inibitória não deve ser compreendida como uma tutela contra a probabilidade do dano, mas sim como uma tutela contra o perigo da prática, repetição ou continuação do ilícito, compreendido como ato contrário ao direito que prescinde da configuração do dano.**¹⁹⁷

Dois exemplos simples e corriqueiros dão conta do que se está a dizer, acerca da diferença e, mais, da prescindibilidade do dano em relação ao ilícito e vice-versa. Primeiramente, basta imaginar que todas as vezes que alguém atravessa um sinal de trânsito que lhe está vermelho, este alguém comete um *ilícito*, mas que, nem em todas estas vezes, deste ato contrário ao direito decorre, necessariamente, um prejuízo patrimonialmente apurável, um *dano*. Por fim, basta lembrar que, aquele que quebra a janela de um imóvel que não é seu, para adentrar nele e salvar uma pessoa que esteja sob perigo iminente em razão de um incêndio, embora cause um *dano* ao proprietário do imóvel, não comete qualquer ato *ilícito*, a teor do que determina o artigo 188, inciso II, do Código Civil.¹⁹⁸

Dessa configuração, portanto, é perfeitamente inteligível compreender que a tutela cautelar, ao depender de um *perigo de dano* não pode ter em sua origem de fundamento um *perigo de ilícito*, aliás, sob pena de se ver desvencilhada de sua própria

¹⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**. 4.ed. São Paulo: RT, 2006. p.44-45. (com itálicos, mas sem grifos no original)

¹⁹⁸ Código Civil. Art. 188. "Não constituem atos ilícitos: [...] II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente." Vejam-se, neste particular, as lições de Sérgio Cruz Arenhart que assevera que "desde logo, constata-se a possibilidade de que haja lesão a direito sem o necessário evento danoso. O ato ilícito (*contra ius*) opode evidentemente ocorrer sem que surja, necessariamente, agregado a ele o resultado do dano material. E, mesmo ausente o dano, ainda assim é imperioso reconhecer que o Direito não pode desconhecer da situação e ampará-la judicialmente" (ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: RT, 2000. p.151).

natureza assegurativa. Isto porque, se a tutela cautelar depender de um perigo de *ilícito* e, devidamente, atuada, *inibe ou evita este ato contrário ao direito*, ela deixa de ter função de simples *asseguração* e passa a representar verdadeira *satisfação do direito material*. Afinal de contas, parece não haver mesmo maior grau de satisfação de um *direito material do que sua não violação*.¹⁹⁹

Sérgio Cruz Arenhart ressalta exatamente este traço distintivo, a partir da não-preventividade em relação ao ato contrário ao direito, entre a tutela cautelar e a tutela de prevenção contra o ilícito, também denominada tutela inibitória, afirmando, inclusive, que é um erro identificar os provimentos cautelares e os provimentos preventivos²⁰⁰.

Daniel Mitidiero compreende igualmente dessa maneira tal fenômeno e assevera que, justamente, a tutela cautelar não pode assumir função preventiva, pois, nas suas próprias palavras "atua repressivamente com intuito de simples conservação"²⁰¹.

¹⁹⁹ Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart afirmam ser a *não-preventividade* (em oposição à *cautelaridade*) uma característica da tutela cautelar. Nas suas palavras, ao distinguirem tais conceitos, assinalam que "se a cautelar serve para assegurar a tutela do direito, para prevenir a violação do direito não é necessária uma tutela de *segurança*, mas apenas a tutela devida ao direito ameaçado de violação, ou seja, a tutela inibitória. Toda tutela inibitória ou destinada a impedir a violação do direito não é tutela de segurança de uma outra tutela. Apenas a tutela de outra tutela, ou melhor, somente a tutela de segurança de outra tutela – por esta razão caracterizada pela instrumentalidade –, é uma tutela cautelar. [...] De qualquer forma, o que deve ficar claro é que a tutela inibitória (ou a tutela preventiva) é *satisfativa*, enquanto a tutela cautelar sempre se refere a uma tutela do direito ou a uma situação substancial tutelável", o que os leva a dizer, igualmente com correção, que a tutela cautelar é sempre *posterior à violação do direito* (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**: processo cautelar. 2.ed. São Paulo: RT, 2010. v.4. p.39-43).

²⁰⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: RT, 2000. p.112.

²⁰¹ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: RT, 2012. p.49. Aliás, o processualista gaúcho, inclusive, discorre especificamente apresentando argumentos contra a teoria daqueles que defendem a natureza eminentemente preventiva da tutela cautelar, como, por exemplo, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Perfil dogmático da tutela de urgência. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n.70, p.223-224, 1997) e Ovídio Baptista da Silva (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Do processo cautelar**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.09/11). Nas suas próprias palavras, Mitidiero observa que, a partir do exemplo do arresto cautelar, que ele "apenas *conserva* a sujeição do bem à execução a fim de garantir o ressarcimento por determinado dano. *Prevenir significa impedir a prática, a reiteração ou a continuidade de um ato ilícito*. A tutela cautelar pressupõe a violação do direito e com ela, no fundo, consente. O arresto, para continuarmos no mesmo exemplo, apenas assegura que, eventualmente ocorrida a situação jurídica temida, ela será tida por ineficaz diante da ordem jurídica. A tutela é repressiva. Atua pressupondo o dano e como resposta posterior a ele" (MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: RT, 2012. p.50, com itálicos no original). Observa-se, igualmente que, quando Ovídio Baptista da Silva está a configurar a tutela cautelar como "parte do gênero *tutela*

Dessa forma, portanto, igualmente fica claro que a situação de urgência que justifica a concessão de uma tutela cautelar é, estritamente, *um perigo de dano*, não podendo jamais tal condição ser confundida com um *perigo de demora (tardança)* ou *um perigo de ilícito*.

Nessa dimensão, e na esteira da compreensão desta parte importante da doutrina brasileira que assimila, mas de forma crítica e contextualizada, a compreensão de que *perigo de dano e perigo de demora representam realidades distintas*, parece igualmente visualizável que o perigo de lesão está ligado à tutela cautelar, enquanto o perigo de tardança está ligado à antecipação da tutela (de que natureza for), quando fundada na urgência.

Ademais, neste particular, a lição de Piero Calamandrei parece, de alguma forma, um referencial teórico importante²⁰². Veja-se que, inclusive, a referência às duas categorias cunhadas por Calamandrei são claras, ao se falar em *perigo de infrutuosidade* e *perigo na tardança*, logicamente, devidamente mediadas e ponderadas, a partir da noção clara de que se está a tratar de duas situações absolutamente distintas, e não de simples espécies de provimentos *cautelares*, como queria o mestre florentino.

Nessa medida, portanto, a assertiva de Ovídio Baptista da Silva de que a locução *periculum in mora* é representativa de fenômeno absolutamente diverso daquele que sobre ele entende a doutrina brasileira clássica, embora não esteja exatamente na mesma linha de pensamento de Piero Calamandrei, como já exposto, apresenta em relação a este uma ponderação importante com grande repercussão para a compreensão correta do tema central desta dissertação.

preventiva" (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**: processo cautelar (tutela de urgência). 3.ed. São Paulo: RT, 2000. v.3. p.17, com itálicos no original) está a pensar nela em relação ao *dano* e não em relação ao *ilícito*, especialmente porque coloca a tutela cautelar como aquela efetiva para remover uma ameaça de *dano irreparável*. Dessa forma, se se olha para a tutela cautelar como uma tutela voltada contra o *dano*, ela pode, certamente, ser preventiva ao inibir a *ocorrência (ou agravamento) do dano*, mas, se a lente com a qual ela é visualizada, tem por parâmetro o *ilícito*, jamais ela poderá ser preventiva, pois, se inibir a ocorrência, repetição ou continuação do ato contrário ao direito, *estará satisfazendo este último e, portanto, distanciando-se de sua natureza meramente assecurativa*.

²⁰² O próprio Ovídio Baptista da Silva, ao tartar do problema da utilização da locução "*periculum in mora*" como qualificadora da tutela cautelar, aponta que, para compreender suas lições, se deve sim, retornar às lições de Calamandrei, embora, "prevenido" (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **A ação cautelar inominada no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p.235).

De toda sorte, a releitura da teorização de Piero Calamandrei sobre a existência de duas tipologias de *periculum*, cada uma delas ligada a um provimento de natureza diversa (cautelar ou antecipatório-satisfativo) aliada às observações de Ovídio Baptista da Silva sobre a ambiguidade da expressão *periculum in mora*, as diferenças entre "segurança para execução" e "execução para segurança" como medida distintiva entre antecipação de tutela satisfativa urgente e tutela cautelar, devidamente mediadas e ponderadas com observações doutrinárias de processualistas menos comprometidos com a doutrina clássica e mais atentos a uma processualística mais moderna e adequada ao Estado Constitucional, conduz a uma conclusão indiscutivelmente clara: a situação de perigo que justifica a concessão de uma medida cautelar não é a mesma que condiciona a concessão de uma antecipação de tutela satisfativa urgente.

E, aceitando-se essa distinção, e a partir das premissas ora fixadas, é de se dizer que a tutela cautelar depende de um *perigo de dano*, enquanto a antecipação de tutela urgente depende de um *perigo de demora*.

CAPÍTULO 4

AS CONSEQUÊNCIAS DA DISTINÇÃO ENTRE TUTELA CAUTELAR E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NO QUE TANGE À NATUREZA JURÍDICA

A distinção entre a tutela cautelar e a antecipação da tutela satisfativa urgente pode ser feita a partir de seu dado funcional: enquanto aquela é uma tutela que visa garantir a *futura* satisfação do direito material, esta terá como funcionalidade *satisfazer uma tutela jurisdicional* que corre risco de não ser prestada de forma plenamente eficaz se não for concedida antes do provimento final que, a princípio, seria apto a outorgá-la.

Por isso, então, como já explanado, a tutela cautelar tem como requisito ligado à urgência um *perigo de dano*, cujo dano jurídico pode ser efetivamente compreendido como a *não frutuosidade* futura do direito material controvertido; já a antecipação de tutela urgente tem como requisito ligado à urgência sempre um *perigo de demora* na efetiva prestação da tutela jurisdicional, de maneira que tal, que se esta não for prestada imediatamente, corre-se o sério risco de sua própria não produção de efeitos fáticos.

Naturalmente, da própria etimologia das terminologias ora adotadas, se depreende a substancial distinção entre a tutela cautelar e as formas de antecipação da tutela.

Aquela (cautelar) é ligada a um elemento danoso, que, por sua própria natureza, é sempre (ao menos em teoria) *reparável* – não obstante a terminologia utilizada pela legislação brasileira. O dano é, em si mesmo, sempre passível de reparação e, por isso, a tutela urgente que se volta contra um risco de dano é suficientemente eficaz se pura e simplesmente *garantir que este dano seja reparado*, uma vez que seja reconhecido efetivamente o ato lesivo que lhe é causa. Em decorrência disso, a tutela cautelar cumprirá sempre uma função de *garantia do direito material que se alega violado*.

Já a antecipação de tutela urgente é ligada ao elemento *tempo*. Quando se fala em *perigo de demora* se está a evidenciar que sua funcionalidade é exatamente evitar que a *demora na prestação da tutela jurisdicional*, que será sentida durante o

tempo de tramitação até o provimento definitivo, venha a causar a ineficácia de sua outorga. E, sabidamente, o *tempo*, uma vez perdido é, sem dúvida, *irreparável*.

Dessa maneira, é possível dizer que a tutela cautelar incide sobre algo que é, ao menos ontologicamente, *reparável* (o dano), enquanto a antecipação de tutela incide sobre um objeto que é, na sua essência, *irreparável* (o tempo).^{203,204}

Nessa exata dimensão, portanto, é perfeitamente possível indicar, inclusive, que, *sendo a tutela cautelar uma espécie de tutela jurisdicional, ela mesma, quando sujeita a um risco de demora (perigo de demora) poderá ser objeto de antecipação de tutela*. E, então, seria logicamente possível falar em *antecipação da tutela cautelar*, como, aliás, parte da doutrina brasileira, ao que parece com inegável correção, sustenta e que será delineada mais adiante.

Portanto, torna-se fundamental nesta parte do trabalho trazer as distinções que a tutela cautelar e a antecipação de tutela têm a partir da diferença essencial de suas naturezas jurídicas, inclusive podendo especificar como esta parte da doutrina brasileira, a partir desta diferenciação, explica a existência de uma *antecipação de tutela cautelar*.

Como medida de consequência dessa distinção entre tutela cautelar e antecipação de tutela, será importante ainda voltar a uma discussão que foi negligenciada na doutrina sobre a existência de um *direito material (substancial) de cautela* – e assinalará algumas razões desta negligência – e também procurar (re)construir um conceito tão importante para o estudo da tutela cautelar e da antecipação de tutela:

²⁰³ É certo que, em uma compreensão mais ampla, certamente se pode falar que o *tempo* pode ser considerado como um bem jurídico passível de sofrer dano. Especialmente, se, para o processo, se puder adotar a definição há tempos cunhada por Ugo Rocco, no sentido de que "*Il danno giuridico può, quindi, definirisi la sottrazione o diminuzione di un bene, ovvero, l'abolizione o la restrizione di un interesse, sai questo tutelato da una norma giuridica nella forma di un diritto subiettivo, sai nella forma di un semplice interesse*" (ROCCO, Ugo. **Trattato di diritto processuale civile**. Torino: UTET, 1960. v.5: Parte speciale: Processo cautelare. p.45). O que se pretende efetivamente demonstrar é que a tutela cautelar incidirá sempre sobre algo distinto que a antecipação de tutela urgente.

²⁰⁴ No enfrentamento da questão sobre a influência (e os males) do *tempo* no processo civil, Luiz Guilherme Marinoni traz conclusões acuradas e importantes. Em suas obras destinadas às medidas urgentes (desde sua dissertação de Mestrado, denominada "Tutela cautelar e tutela antecipatória"), o processualista paranaense sempre buscou tratar do elemento *tempo* e de suas influências no processo em especial no que tange aos provimentos urgentes. Vejam-se, por exemplo, as observações lançadas na obra "Tutela antecipada, julgamento antecipado e execução imediata da sentença" (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipada, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. São Paulo: RT, 1997. Em especial p.15 e segs.).

a ideia de *instrumentalidade*. Isto porque, tanto a existência (ou não) de um direito material de cautela quanto a noção de instrumentalidade são premissas fundamentais que precisam ser relidas a partir das premissas inseridas no presente trabalho.

4.1 A DISTINÇÃO ENTRE TUTELA CAUTELAR E A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PELAS SUAS NATUREZAS JURÍDICAS: A INSERÇÃO DE CADA UMA DELAS EM SEU DEVIDO LUGAR

As premissas adotadas no presente trabalho para a distinção entre a tutela cautelar e a antecipação da tutela de urgente levam a uma inexorável conclusão sobre a diferenciação de ambas a partir da sua própria natureza jurídica. E, dessa forma, é preciso também, como medida de rigor técnico e acadêmico, mas, como se verá, igualmente com repercussões práticas importantes, desvelar a verdadeira natureza jurídica de cada uma delas (tutela cautelar e antecipação de tutela urgente). Isso significa colocá-las *no seu devido lugar* na ordem jurídica.

Como já apontado, a doutrina clássica sobre a temática, a partir das noções de Chiovenda de que a ação cautelar é *mera azione* e de Calamandrei sobre a natureza processual do provimento (tutela) cautelar, retirou totalmente a tutela cautelar do plano do direito material, do que resultou, inclusive, a inserção da função cautelar como *direito do Estado voltado para assegurar a própria seriedade da jurisdição* na doutrina dos dois mestres italianos²⁰⁵.

²⁰⁵ Ressalta-se, até de forma ilustrativa, o posicionamento de Lopes da Costa, na sua monografia sobre o tema das “medidas preventivas”, escrita sob a égide do Código de Processo Civil de 1939. Em um dado momento, ele assevera que a ação preventiva “tem por objeto um direito acessório de um direito principal, cuja existência ainda não se apurou devidamente. Esse aspecto torna ainda se torna mais frisante com a existência de um poder preventivo geral, vale dizer, de providências cautelares que a lei, sem especificá-las, admite que o juiz determine” (LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Medidas preventivas**: medidas preparatórias – medidas de conservação. 2.ed. Belo Horizonte: Bernardo Alves, 1958. p.27). Porém, nos parágrafos seguintes, continua sua exposição dizendo que a ação preventiva é uma ação que tem finalidade processual e, citando a posição de Chiovenda quanto à caracterização da ação assegurativa como *mera azione*, afirma que, nessas condições “surge, assim, um tipo de processo que não tem por fim imediato a satisfação do direito subjetivo, mas a esta finalidade serve apenas mediata e indiretamente, garantindo o resultado de outro processo, o processo principal ou definitivo”, também lembrando lição de Carnelutti (LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Ob. cit.* p.27-28). Ou seja, em um momento em sua teoria, a tutela cautelar se afirma protetiva de um *direito material* (ainda que acessório a um direito principal –

Nessas condições, a tutela cautelar foi sendo afastada do plano do direito material e aproximada, cada vez mais, do plano exclusivo do direito processual, especialmente na compreensão do processo como exercício de autoridade estatal e, portanto, na sua visão publicista.

A notória noção do processo cautelar como exercício de *polizia giudiziaria* como queriam Chiovenda e Calamandrei foi seguida pela doutrina mais clássica brasileira, o que leva, por exemplo, Humberto Theodoro Júnior a sustentar, que o processo cautelar tem por finalidade assegurar o resultado útil de outro processo.²⁰⁶

Na mesma toada, Theodoro Júnior ainda, de forma coerente com seu pensamento inspirado na teoria italiana clássica, sustentará, citando Ronaldo Cunha Campos, que "o processo cautelar não colima tutelar diretamente o direito subjetivo substancial, mas apenas o *interesse*" e que este interesse só pode ser de natureza processual, servindo exclusivamente como meio de defesa do instrumental estatal para solução dos litígios, defendendo, sempre, portanto, o *processo*.²⁰⁷

De toda forma, na releitura da tutela cautelar feita pela doutrina brasileira mais moderna e na sua concepção mais adequada ao Estado Constitucional, destinado a assegurar a todos a *tutela de seus direitos como medida de garantia de funcionamento e manutenção do próprio Estado*, a tutela cautelar não pode mais restar inserida como simples elemento de proteção do *processo* e, portanto, exclusivamente lotada no plano do direito processual. Ela deve assumir seu verdadeiro lugar no plano da *tutela dos direitos* e, nesta dimensão, seu lugar é exatamente dentro do plano do *direito material* e, como tanto, *garantida a todos os cidadãos na exata medida de suas necessidades*.

A expressão *tutela dos direitos* foi bem desenvolvida por Luiz Guilherme Marinoni. O processualista paranaense a utiliza como manifestação da nova configuração

conceituação, aliás, muito próxima àquela de Enrico Allorio); em outro momento, e baseando-se nas lições da doutrina italiana, a tutela cautelar passa a servir à tutela de um *processo*, na obra de Lopes da Costa. Já João Vicente Campos, atualizando a obra de Hugo Simas, e como fiel seguidor que era das lições de Calamandrei, não hesita em afirmar que "a medida preventiva não é um *fim*, mas um *meio*, não se propõe dar realização direta e imediata ao direito substancial, mas providências no sentido de garantir a eficácia das sentenças destinadas a essa realização" (SIMAS, Hugo. **Comentários ao código de processo civil**. 2.ed. atualização de João Vicente Campos. Rio de Janeiro: Forense, 1962. v. VIII, Tomo 1, p.61, com itálicos no original), o que evidencia sua nítida opção por dar um caráter *processual* à tutela cautelar.

²⁰⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 16.ed. São Paulo: LEUD, 1995. p.44.

do Estado Constitucional – que, no Brasil, para o jurista em comento, inicia-se com a Constituição da República de 1988 – que passa a ter o dever de proteger os direitos, obrigando-se nesta dimensão a editar normas de direito material, que se dirigem aos sujeitos privados e que, como medida de garantia de sua efetivação, também se obriga a outorgar o direito fundamental ao exercício da tutela jurisdicional, o que se dá mediante a instituição de *técnicas (procedimentos)* adequadas a esta proteção.²⁰⁸

Nessa dimensão, então, a tutela dos direitos dá-se em dois planos: no plano da outorga de normas jurídicas de direito material e por meio da tutela jurisdicional, mediante as técnicas procedimentais necessárias à proteção dos direitos materiais. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, "*a tutela jurisdicional e as tutelas prestadas pela norma de direito material e pela Administração constituem espécies do gênero tutela dos direitos*"²⁰⁹.

Na esteira de sua teoria, o processualista paranaense colocará o processo como um instrumento de proteção mediata dos *direitos materiais*, quando precisam ser afirmados pela atuação jurisdicional estatal. Assim, a tutela jurisdicional deve ser pensada a partir do direito material, de maneira que as técnicas processuais devem sempre estar conectadas às necessidades do direito material. No seu próprio resumo, "não há como deixar de pensar nas tutelas quando se deseja analisar se o processo, como técnica, está respondendo à sua missão constitucional de dar 'tutela aos direitos'"²¹⁰.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart²¹¹, então, colocam a *tutela cautelar no plano da tutela dos direitos* e a situam, portanto, no plano do direito material, pertencendo ao indivíduo, como decorrência lógica e natural do direito de ação e da

²⁰⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 16.ed. São Paulo: LEUD, 1995. p.43.

²⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2.ed. São Paulo: RT, 2008. p.65.

²⁰⁹ *Ibid.* p.113. (com grifos no original)

²¹⁰ *Ibid.*, p.116.

²¹¹ Sérgio Cruz Arenhart afirma que a tutela (jurisdicional) dos direitos acontece quando o poder judiciário dá resposta positiva ao pleito autoral (ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: RT, 2000. p.40). Tal noção em nada diferencia da conceituação da proteção da *tutela dos direitos*, porquanto se estes efetivamente existem, no plano material, devem ser garantidos pelo Estado-Juiz, por intermédio da atuação da jurisdição.

tutela que o Estado deve dar ao jurisdicionado. A posição de ambos é taxativa: "O direito à tutela cautelar está situado no plano do direito material, assim como o direito às tutelas inibitória e ressarcitória. [...] Tal tutela é um direito da parte e um dever do Estado, não se fundando no direito de ação, mas sim no próprio plano do direito material"²¹².

Na concepção dos processualistas paranaenses, a tutela cautelar não está situada no plano do direito processual e tampouco é direito do Estado, como medida de seriedade da jurisdição. Não servirá igualmente como tutela de um *processo principal*, mas sim com a "efetividade da tutela do direito, ou com a segurança da situação tutelável"²¹³.

Logicamente que a visão ora apresentada se afigura a partir de uma leitura crítica – e contraposta – à teorização de Piero Calamandrei (e de Chiovenda) para quem, como visto, a tutela cautelar insere-se exclusivamente no plano processual, como direito do Estado à seriedade da função jurisdicional que a exerce, o que permite que o mestre florentino aponte no sentido de que uma medida *antecipatória* tenha natureza eminentemente cautelar.

A inserção da tutela cautelar na *tutela dos direitos* é herdeira da noção apresentada por Ovídio Baptista da Silva sobre o posicionamento deste tipo de tutela normativa no plano do direito material, que a concebia como gênero da tutela preventiva, que tem por finalidade dar proteção a direitos subjetivos ou interesses reconhecidos pela ordem jurídica quando expostos a um perigo de dano irreparável.²¹⁴

E, a inserção da proteção da tutela cautelar no plano processual dá-se a partir do exercício da pretensão a ela ligada em juízo. Nas palavras de Ovídio Baptista da Silva,

²¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**: processo cautelar. 2.ed. São Paulo: RT, 2010. v.4. p.23.

²¹³ *Ibid.*, p.24. Neste sentido, aliás, vejam-se expressamente as lições de Marinoni e Arenhart expressadas já nas notas de rodapé 67 a 72.

²¹⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**: processo cautelar (tutela de urgência). 3.ed. São Paulo: RT, 2000. v.3., p.17.

sendo, pois, a pretensão de direito material à segurança elemento inerente ao fenômeno jurídico e, portanto, existente em maior ou menor grau em qualquer sistema, devemos, contudo, advertir em que ela não deve ser buscada no Direito Processual, como não o devem ser as demais pretensões de direito material.²¹⁵

Assim, fica fácil entender a diferenciação que o processualista gaúcho faz entre *tutela cautelar* e *processo cautelar*, apontando que o estudo deste último em si mesmo, como *técnica* ou forma de atuação do direito material, não pode ser confundido com aquilo que é seu conteúdo.²¹⁶

Notadamente, então, ao inserir no seu conteúdo justificador o conceito de *pretensão cautelar*, Ovídio Baptista da Silva também coloca a tutela cautelar no plano do direito material, afastando-a daquela noção de Calamandrei e de Chiovenda, que a ela emprestam caráter exclusivamente processual.

Daniel Mitidiero também situa a tutela cautelar no plano do direito material. Em sua obra denominada "Antecipação da tutela. Da tutela cautelar à técnica antecipatória"²¹⁷, ele sustenta sua ideia igualmente, como fazem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, a partir da inserção da tutela cautelar no plano da *tutela dos direitos*.

Aliás, o processualista gaúcho defende que é justamente de Luiz Guilherme Marinoni o "mérito de propor pela primeira vez a sua compreensão na perspectiva da *tutela dos direitos* e com isso evidenciar a inequívoca relação entre *técnica processual* e *tutela dos direitos*"²¹⁸.

Mitidiero parte igualmente da distinção, então, entre tutela *cautelar* e tutela *satisfativa*, advertindo que aquela apenas *assegura a realização futura de um direito*,

²¹⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **A ação cautelar inominada no direito brasileiro**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p.153.

²¹⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil...**, *op. cit.*, p.15.

²¹⁷ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: RT, 2012. Especialmente p.50/58. Há que se ressaltar, todavia, que o processualista gaúcho já havia desenvolvido estas noções em um ensaio publicado no ano de 2011, denominado exatamente de "Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória." (MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. **Revista de Processo**, São Paulo, v.197, p.27-65, 2011).

²¹⁸ MITIDIERO, **Antecipação da tutela**. da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: RT, 2012. p.52. (com grifos no original)

enquanto esta última sempre o *realiza plenamente, o satisfaz*. O fundamento de seus argumentos reside igualmente no fato de que existe, para ele, no plano do direito material, *direito à segurança do direito*.²¹⁹ Nas suas palavras,

além do direito à tutela do direito, a ordem jurídica prevê igualmente o *direito à segurança da tutela do direito*. É o direito à *tutela cautelar*, de *simples segurança*, que visa a assegurar alguém em face da ocorrência de um dano. Trata-se de tutela repressiva, *referível* à tutela do direito que se pretende acautelar com a tutela de segurança. Ela visa *acautelar* o direito diante de um *perigo de dano*.²²⁰

Sem mencionar expressamente sua situação no plano do direito material, mas colocando-a igualmente no plano das *tutelas jurisdicionais*, Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira parecem comungar, em certa medida, com as noções trazidas por Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. Nas suas palavras, "a tutela cautelar, é uma espécie de *tutela jurisdicional*, resultado prático que se pode alcançar pelo processo"²²¹.

A colocação da tutela cautelar no plano das *tutelas jurisdicionais* e não mais, portanto, no eixo abstrato da proteção de um *processo*, também sobressai na doutrina de Cassio Scarpinella Bueno, que, coerente com sua posição teórica sobre um "modelo constitucional do processo civil", permite-se inseri-la neste contexto, inclusive rechaçando que seu estudo se dê a partir das terminologias "medida cautelar", "providência cautelar" ou mesmo "provimento cautelar". Nas suas palavras, e defendendo a utilização da expressão "tutela cautelar",

²¹⁹ Aliás, tal posicionamento acarretará, natural e logicamente como medida de coerência de sua teorização, na aceitação por Daniel Mitidiero da existência de um *direito material de cautela*, como se verá no próximo ponto do presente trabalho.

²²⁰ MITIDIERO, **Antecipação da tutela**. da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: RT, 2012. p.56-57. (com grifos no original)

²²¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael. Distinção entre tutela antecipada e tutela cautelar. In: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita; MOURÃO, Luiz Eduardo; CAMARGO Ana Paula C. (Coord.). **Temas atuais das tutelas diferenciadas**: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2009. p.272, com itálicos no original. Mas, é fundamental que se compreenda que a noção trazida pelos autores apenas em certa medida se assemelha àquela sustentada, por exemplo, por Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, que inserem a tutela cautelar no plano da *tutela dos direitos e, portanto, inequivocamente, no plano do direito material*, posição que não é apresentada de forma expressa e taxativa pelos autores do ensaio agora citado.

o emprego de tal expressão tem o mérito, vale a ênfase, de evidenciar não só a conveniência, mas a *necessidade* de alteração do eixo metodológico do direito processual civil, deixando de lado a *estática* de seus institutos consagrados (e ainda fundamentais, não há porque duvidar) em prol da *dinâmica* inerente aos resultados obteníveis pela intervenção jurisdicional. É a "tutela jurisdicional" – não o "processo", a "ação" ou a "sentença" – que pode assumir a feição *cautelar* no sentido de ser *provisória* e *instrumental*, com quer a doutrina dominante.²²²

Veja-se que essa nova compreensão sobre a tutela cautelar, empreendida pela doutrina brasileira talvez como nunca ainda realizada por qualquer doutrina estrangeira, importa em olhar a tutela de segurança com outra lente. A inserção da tutela cautelar no plano da tutela dos direitos – e, portanto, no plano do direito material – está em absoluta consonância com os valores que fundam o Estado Constitucional, em especial na perspectiva da atuação deste na outorga e defesa (tutela) dos direitos reconhecidos ao cidadão.

²²² BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos. p.171-172. Observa-se, todavia, que Cassio Scarpinella Bueno parece apresentar uma contradição em seu pensamento, pois afirma que tutela antecipada e tutela cautelar seriam “duas espécies do mesmo gênero” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.24). Ora, se são “espécies do mesmo gênero” (tutelas de urgência), não podem possuir natureza distinta. Assim, ou a tutela cautelar deve sair do plano do *direito material* ou a antecipação de tutela não pode ser vista sob o prisma do *direito processual*, unicamente. Na verdade, na sua monografia, Bueno não parece sequer exatamente convencido de uma real diferença ontológica entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela, limitando-se a assinalar o que chamou de “critério útil” para uma distinção entre ambas, qual seja, a estrita coincidência da providência determinada antes do julgamento final com aquilo que foi (ou se pretende que seja) determinado no provimento final. Sob esse prisma, sustenta que, havendo coincidência (ainda que parcial) se deve falar em *tutela antecipada*, ao passo em que, se esta coincidência não existe, está-se diante de uma *tutela cautelar* (BUENO, Cassio Scarpinella. *Ob. cit.* p.24-26). Porém, mais à frente de sua mesma monografia, fala, ao tratar da fungibilidade entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela, prevista no artigo 273, § 7º, do Código de Processo Civil, que “tanto faz qual a *técnica* a ser empregada pelo magistrado para, diante de cada caso concreto, tutelar adequadamente (imunizar) situação de ameaça” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Ob. cit.* p.147, com itálicos no original). Por fim, e talvez deixando ainda menos linear o seu pensamento, ele observa que “uma liminar concedida no âmbito da ação cautelar tem natureza antecipatória dos efeitos cautelares (...) a “liminar” em ação cautelar é, nesse sentido, *antecipatória* dos efeitos que, rigorosamente, não fosse uma urgência urgentíssima, só seria obtida pela sentença do próprio “processo cautelar” nos termos e para os fins do art. 807” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Ob. cit.* p.140-141, com itálicos no original). Ou seja, embora tenha intuído a noção de que a *antecipação de tutela* é técnica processual para obtenção de tutela jurisdicional – que pode, então, ser uma *tutela cautelar* – sua própria visão turva do fenômeno talvez o tenha impedido de chegar a uma conclusão mais coerente com suas próprias premissas. Ainda, de alguma forma, esse pensamento anuviado talvez o tenha impedido também de chegar a outras conclusões sobre a distinção entre a natureza jurídica da tutela cautelar e da antecipação de tutela, que não fosse apenas elegendo um critério que ele entende como “útil” para tal diferenciação, cujo critério, ao não ter um ponto de partida ontológico, parece nada ter de científico.

Já não cabe mais, como bem advertem aqueles que adotam esta visão mais moderna sobre a tutela cautelar, uma concepção desta última como "direito do Estado", como medida de "polícia judiciária", ou ainda, como espécie de exercício de jurisdição voltada à proteção do processo. Essas noções, tão arraigadas na doutrina clássica, são devedoras de uma concepção da própria atividade jurisdicional condizente com o estado liberal burguês, e não podem mais ser admitidas quando se tem em consideração que o modelo estatal – e a função do Estado – na contemporaneidade é outro.

Ainda, como bem advertem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, ao tratar deste enxergar clássico sobre a tutela cautelar,

esta concepção é fundada na ideia de que a parte apenas tem o direito de obter tutela jurisdicional ao final do processo. O equívoco desta concepção é facilmente visível, não apenas porque, numa perspectiva técnico-jurídica, nada impede a tutela do direito material com base em verossimilhança ou no curso do processo, mas também porque, caso a tutela cautelar fosse do direito do Estado, ela não teria sido entregue nas mãos dos litigantes.²²³

É e de se dizer mais. Se a tutela cautelar é aquela que assegura a realização de um direito contra um perigo de dano, mas é direito do Estado voltado à seriedade da jurisdição, como explicar a chamada *caução de dano infecto ou iminente*, prevista como direito do proprietário ou possuidor em relação àquele que realiza obras em prédio vizinho ao seu, na forma dos artigos 1280 e 1281, do Código Civil?²²⁴ Ou ainda, como se admitir a existência das chamadas *cauções negociais*, como, por exemplo, sustenta Humberto Theodoro Júnior, notadamente um defensor da concepção clássica sobre a tutela cautelar como instrumento de proteção de um *processo*?²²⁵

²²³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**: processo cautelar. 2.ed. São Paulo: RT, 2010. v.4. p.22.

²²⁴ Código Civil. Art. 1.280. O proprietário ou o possuidor tem direito a exigir do dono do prédio vizinho a demolição, ou a reparação deste, quando ameace ruína, bem como que lhe preste caução pelo dano iminente. Art. 1.281. O proprietário ou o possuidor de um prédio, em que alguém tenha direito de fazer obras, pode, no caso de dano iminente, exigir do autor delas as necessárias garantias contra o prejuízo eventual.

²²⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 16.ed. São Paulo: LEUD, 1995. p.256. Note-se a definição que o processualista dá para caução, ao advertir que este termo "deriva do latim *cautio*, que quer dizer prevenção ou precaução. Corresponde à medida tomada para 'acautelar-se contra um dano provável'." (p.255). Ora, o que é uma medida tomada para

Mais ainda, e ficando dentro do próprio plano do processo, como entender a medida de *contracautela* que pode ser adotada pelo juiz, na forma da parte final do artigo 804²²⁶, do Código de Processo Civil e que visa, nitidamente, a assegurar que aquele que sofre os efeitos de uma tutela cautelar contra si concedida possa ver garantida a indenização dos prejuízos que eventualmente sofrer com a execução da medida, nas hipóteses legais. Se, a tutela cautelar fosse direito do Estado, para assegurar a seriedade da jurisdição, não deveria ser ele, o Estado, o titular do direito a esta *indenização pelos prejuízos causados quando da execução da medida cautelar*?

Veja-se, então, que a inserção da tutela cautelar no plano do direito material, como expressão da *tutela dos direitos* a transforma em objeto da *tutela jurisdicional* e não mais, como na concepção clássica afirmada por Calamandrei e Chiovenda, e repetida por diversos processualistas italianos e brasileiros, em *meio de outorga da tutela jurisdicional*. Isso corresponde a dizer que a tutela cautelar não pode ser vista como uma simples *técnica processual (ou até mesmo procedimental) de proteção de outro processo*.

E, parece ser justamente aqui que reside a significativa diferença, no plano da natureza jurídica entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela satisfativa urgente. Isto porque, a antecipação de tutela satisfativa com fundamento na urgência – assim como as demais antecipações de tutela fundadas na evidência – é apenas e tão somente uma *técnica processual destinada à proteção da tutela dos direitos*.

Um dos primeiros processualistas a cunharem a antecipação da tutela jurisdicional como *técnica* foi, sem dúvida alguma, Luiz Guilherme Marinoni. Em toda sua vasta obra sobre o tema, ele sempre utilizou a expressão *antecipação da tutela* ou aquelas que representam o mesmo fenômeno, no sentido de uma *técnica*

acautelar-se contra um dano provável, senão uma medida *cautelar*? Mas, se esta é direito do Estado, como podem as partes estabelecer *tutelas cautelares no exercício de suas vontades, em negócios jurídicos*? A teorização, sequer no plano de uma estruturação coerente, com todo o respeito, não faz sentido.

²²⁶ Código de Processo Civil. Art. 804. "É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificção prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; **caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.**" (sem grifos no original)

*processual destinada à necessidade de melhor distribuição do ônus do tempo do processo.*²²⁷

Luiz Guilherme Marinoni, em verdade, situa a técnica antecipatória como uma expressão natural do direito à adequada tutela jurisdicional que decorre igualmente do princípio da inafastabilidade da jurisdição (prevista, em nossa Carta Magna, no artigo 5.º, XXXV, como direito fundamental). Nas suas palavras,

uma vez que o Estado é obrigado a prestar a devida tutela jurisdicional, entendida esta como a tutela apta a tornar efetivo o direito material, todos têm direito à adequada tutela jurisdicional. O jurisdicionado não tem apenas direito à resposta jurisdicional, mas sim direito à tutela jurisdicional efetiva. O procedimento ordinário clássico, marcado pela sua neutralidade em relação ao direito material, não constitui resposta adequada às várias situações concretas. O Estado, para cumprir sua obrigação de prestar a devida tutela jurisdicional, deve outorgar ao cidadão o poder de utilizar a técnica processual adequada a cada caso concreto. As diferentes situações de direito substancial exigem instrumentos processuais diferenciados ou que se diferenciem no caso concreto, como os diversos meios executivos e a **técnica antecipatória. Se uma situação de direito material requer tutela urgente (não cautelar) de cognição sumária, não é possível que o Estado se negue a prestar a devida tutela jurisdicional, ou seja, a tutela antecipatória.**²²⁸

A conclusão lógica que deriva desta noção é a de que a antecipação da tutela é *técnica* para obtenção de proteção jurisdicional adequada e efetiva. Ou seja, é *meio* para atingir um *fim*, que é a própria tutela jurisdicional. E, se a antecipação de tutela é *meio* para atingir um *fim* (que existe no plano do direito material), qualificando-se como técnica processual, ela se afigura notadamente no plano do processo, e não do direito material.

Veja-se que aflora dessa noção uma consequência muito significativa, no que tange à diferença entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela, pois esta

²²⁷ Desde sua primeira monografia publicada como livro, denominada "Tutela cautelar e tutela antecipatória" e nas suas obras posteriores (por exemplo, "Antecipação da tutela", "Técnica processual e tutela dos direitos", o seu "Curso de processo civil", escrito conjuntamente com Sérgio Cruz Arenhart) se vislumbra a noção da *antecipação da tutela como técnica de melhor distribuição dos ônus do tempo do processo* (veja-se, por exemplo, MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2.ed. São Paulo: RT, 2008. p.143; MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 10.ed. São Paulo: RT, 2008. p.134 e MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 8.ed. São Paulo: RT, 2010. v.2. p.200).

²²⁸ MARINONI, **Antecipação da tutela**, *op. cit.*, p.133. (sem grifos no original)

última encontra-se localizada no plano do direito *processual* (como técnica, meio) e aquela está situada no plano do direito *material* (como tutela, fim último do processo).

Daniel Mitidiero igualmente trabalha de forma expressa e específica com a diferença entre a tutela cautelar e a antecipação da tutela justamente no plano de sua ontologia jurídica. Para tanto, igualmente define a antecipação da tutela como *técnica processual* "que serve para *adequar* o processo às especificidades do direito material alegado em juízo (urgência ou evidência) a fim de que o processo seja capaz de promover a *efetividade* da tutela jurisdicional (satisfação ou asseguuração de direitos)"²²⁹.

Igualmente, como Marinoni, Mitidiero afirma ser a antecipação da tutela uma expressão obrigatória do direito à tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada, por meio do que chamou de *processo justo*. E, expressando a diferença no plano ontológico da técnica antecipatória para a tutela cautelar, assevera expressamente que

*é o direito processual que outorga direito à técnica antecipatória, e, portanto, direito à antecipação da tutela. Enquanto o direito à tutela do direito (direito à satisfação do direito) e o direito à segurança da tutela do direito (direito à cautela do direito) constituem posições jurídicas oriundas do plano do direito material, a técnica antecipatória consubstancia-se em posição inerente ao processo justo.*²³⁰

Em outra passagem de sua obra, e igualmente tratando da diferença no plano de suas respectivas localizações (e, portanto, da natureza jurídica) entre tutela cautelar e antecipação de tutela, Daniel Mitidiero reforça sua posição, afirmando que

a tutela satisfativa e a tutela cautelar são tutelas jurisdicionais do direito. São oriundas do plano do direito material e são realizáveis, quando há ameaça ou efetiva crise de colaboração entre as partes mediante a tutela jurisdicional. A técnica antecipatória é simples meio para antecipação de resultados. Tutela e técnica estão, portanto, em *planos* distintos: a primeira é resultado, a segunda é meio para sua obtenção.²³¹

²²⁹ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: RT, 2012. p.53. (com grifos no original)

²³⁰ *Ibid.*, p.57-58. (com itálicos, mas sem grifos, no original)

²³¹ *Ibid.*, p.54.

Dessa indelével marca ontológica de cada um dos fenômenos em estudo, um no plano do direito material, como *tipologia de tutela jurisdicional como possível resultado de um processo* (tutela cautelar) e outro, no plano do direito processual, como *técnica (meio) voltada para a obtenção de tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, resultado de um processo justo* (antecipação de tutela), deriva uma conclusão inarredável: é possível, quando existentes as condições para tanto, que exista *antecipação de tutela cautelar*.

Então, se estiverem presentes as condições para a concessão de uma *tutela cautelar* antes do advento do fim de um *processo desta natureza*, ou, em outras palavras, se a *tutela cautelar estiver exposta a uma situação de perigo de demora* (na esteira do exposto no Capítulo III, deste trabalho, como requisito de urgência a fundar uma antecipação de tutela), *deve esta tutela de segurança ser antecipada pelo magistrado*. E, o nosso ordenamento processual civil efetivamente traz tal possibilidade, ao tratar da *liminar cautelar* no seu artigo 804.

Não é outra a conclusão a que chega Daniel Mitidiero, para quem "é possível afirmar que *todas as decisões liminares são oriundas da técnica antecipatória* e serão satisfativas ou cautelares conforme o objetivo que delas se espera diante do direito material"²³². De fato, pois, se para ele, existem tanto satisfação do direito quanto segurança do direito (vide nota de rodapé 220), como possíveis resultados de um processo, natural que qualquer um desses resultados possa ser antecipado quando exposto a um *perigo de demora (tardança)*.

A essa mesma conclusão chegam Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, ao asseverarem que tutela cautelar e antecipação de tutela possuem naturezas jurídicas distintas, sendo aquela uma forma de tutela jurisdicional (resultado do processo) e esta última, uma técnica processual.²³³

E, nesse diapasão, também admitirão a possibilidade, então, de uma antecipação de tutela cautelar. Nas palavras dos processualistas em comento,

²³² MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: RT, 2012. p.50.

²³³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael. Distinção entre tutela antecipada e tutela cautelar. In: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita; MOURÃO, Luiz Eduardo; CAMARGO Ana Paula C. (Coord.). **Temas atuais das tutelas diferenciadas**: estudos em homenagem ao professor Donald Armelin. São Paulo: Saraiva, 2009. p.272.

é a *tutela antecipada* – que confere a pronta satisfação/cautela da situação jurídica ativa que se busca reconhecer/efetivar/proteger em juízo. [...] A tutela antecipada pode ser satisfativa (art. 273 do CPC, p. ex.) ou não satisfativa (cautelar, art. 804 do CPC, p. ex.) – ou seja, atributiva ou conservativa de bem da vida. A tutela cautelar é sempre não satisfativa, conservativa, assecuratória.²³⁴

Nessa concepção da distinção da tutela cautelar e da técnica antecipatória urgente, resta visualizável como a diferenciação entre as situações de perigo que justificam as suas concessões operam em estreita harmonia com suas respectivas naturezas jurídicas.

Isso porque, se a tutela cautelar está situada no plano do direito material, a situação de perigo que a fundamenta somente pode ser correlata a algo igualmente ligado ao direito material. Por isso, o perigo de *dano é sua condicionante urgente*, elemento nitidamente presente e de origem no direito material.

Já quando se está na dimensão da antecipação da tutela, presente no direito processual, o perigo que se coloca como seu fundamento de concessão tem que ser também uma situação ligada ao processo. E, assim é que o *perigo de demora* é a situação de urgência que condiciona a concessão da antecipação da tutela, e que tem como seu elemento definidor o *fator tempo*, que está relacionado com o lapso de período entre a instauração do processo e a outorga da tutela final (seja esta satisfativa ou cautelar) e, portanto, algo essencial à dimensão processual.

Neste sentido, especialmente, as lições de Daniel Mitidiero são, mais uma vez, esclarecedoras. Para o mestre gaúcho, o perigo da tardança está situado exclusivamente no plano processual, porquanto diz respeito ao risco que a demora do *processo* pode causar ao direito, ao passo em que o risco da infrutuosidade estará, sempre, situado no plano do direito material, porquanto está ligado à tutela do direito.

Nas suas próprias palavras,

²³⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael. Distinção entre tutela antecipada e tutela cautelar. In: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita; MOURÃO, Luiz Eduardo; CAMARGO Ana Paula C. (Coord.). **Temas atuais das tutelas diferenciadas**: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2009. p.270 e 274. (com grifos no original). Ainda, afirmam taxativamente inclusive que "*Há tutela antecipada cautelar ou não cautelar*. Muito mais comum, porém, é o confronto que se faz entre *tutela antecipada satisfativa* (atributiva) e *tutela cautelar* – ignorando-se a existência da tutela antecipada cautelar." (p.275). (com grifos no original)

o perigo na demora consubstancia-se em *conceito estritamente processual*, que se articula a partir de uma *situação somente verificável no processo*. O conceito de perigo de infrutuosidade não está no mesmo plano do conceito de perigo de tardança. Enquanto o perigo na demora concerne à *estruturação do processo*, o *perigo de infrutuosidade* diz respeito à *tutela do direito*. O perigo de infrutuosidade concerne à possibilidade de obtenção de *tutela específica* e, portanto, diz respeito à *integridade do direito*. A infrutuosidade é conceito ligado diretamente ao plano do direito material. (...) *Daí que o perigo na tardança é um conceito processual que visa a viabilizar a proteção imediata contra o perigo de infrutuosidade ligado no plano do direito material e, portanto, à tutela do direito*. Assim como existe uma relação de meio e fim entre processo e direito material, existem igualmente uma relação de meio e fim entre *perigo na demora* e *infrutuosidade da tutela do direito*.²³⁵

A partir dessa mediação, inclusive é possível reconstruir a noção já apresentada por Alcides Munhoz da Cunha (vide nota de rodapé 190) de que a tutela cautelar depende de um *"periculum in mora" qualificado pela iminência de dano irreparável ao interesse da parte*. Aproveitando-se do ferramental teórico e terminológico cunhado pelo mestre paranaense, e na esteira das teorias ora apresentadas, talvez seja possível falar, como requisito de concessão da *antecipação de tutela cautelar* (na forma prevista pelo artigo 804, do Código de Processo Civil) em um *perigo de dano qualificado por um perigo de demora*.²³⁶

²³⁵ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: RT, 2012. p.131, com itálicos no original.

²³⁶ O processualista paranaense em comentário cunhará a expressão *estado de necessidade processual de segurança*, para afirmar o requisito que, em específico, autoriza a concessão da liminar cautelar, com fundamento no artigo 804, do CPC. Nas suas próprias palavras, "o perigo que legitima a concessão da medida cautelar *inaudita altera parte*, com ou sem justificção prévia unilateralmente produzida no processo, é aquele que evidencia a existência de um *estado de necessidade processual de segurança*, que efetivamente não se concilia temporalmente com qualquer outra dilação temporal [...] se não existe esse perigo de frustração dos objetivos da cautela, não se justifica sua concessão *inaudita altera parte* com base em ato discricionário do juiz, que então será abusivo." (MUNHOZ DA CUNHA, Alcides Alberto. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: RT, 2001. v.11. p.694-695). Veja-se que, de alguma forma, Alcides Munhoz da Cunha afirma que o risco de frustração dos objetivos da cautela está presente para autorizar a concessão de liminar cautelar em razão da não conciliação da medida com *outra dilação temporal*, inserindo o elemento *tempo*, como justificador da medida. Em ensaio publicado recentemente, Munhoz da Cunha sustenta a nítida diferença entre a tutela cautelar e as demais formas de tutelas urgentes, propõem, em razão dos graus de urgências distintos, que se denomine aquela de *tutela de emergência*, guardando para as demais a expressão *tutelas de urgência*. Disse mais ainda: que, para a tutela de emergência (cautelar), o que é necessário é o risco de *infrutuosidade*, enquanto que, para as tutelas de urgência, se depende do risco de *tardividade* (CUNHA, Alcides Munhoz da. Antecipatória urgente e antecipatória de emergência: diversidade de regime jurídico. In: ARMELIN, Donald (Coord.). Tutelas de urgência e tutelas cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010. p.25-34).

A noção da *liminar cautelar* como instrumental para eliminar o risco que o tempo do processo pode trazer à própria efetividade da tutela cautelar não passou despercebida de Marinoni e Arenhart, que, ao tratarem dela, afirmam que esta é "justificada quando não é possível aguardar o **tempo** necessário para a ouvida do réu"²³⁷, inserindo o elemento *tempo* (ligado, portanto, à *demora*, à *tardança*) como qualificador de sua concessão.

Das lições e dos argumentos ora expostos, resulta clara uma observação que, longe de ser decorrente meramente de um (excesso de) preciosismo terminológico, tem repercussões na compreensão dos fenômenos da tutela cautelar e da antecipação da tutela urgente: não parece possível se falar em *tutelas de urgência* a qualificar um gênero de tutela jurisdicional da qual devem ser compreendidas como espécies a tutela cautelar e a antecipação de tutela. Especialmente porque esta última, como apontado, *não é espécie de tutela jurisdicional (como resultado de atuação da jurisdição), mas apenas um meio para sua obtenção*. Aliás, a prova de maior evidência do que se está a afirmar é a observação já feita de que *a tutela cautelar pode ser objeto de antecipação, como visto, na forma do artigo 804, do Código de Processo Civil*.

Aliás, a expressão *tutelas de urgência* sequer serve como termo a representar a antecipação da tutela em sua totalidade, uma vez que, como observado na Introdução deste trabalho, aquela não tem por fundamento único e exclusivo uma situação de urgência que precisa ser afastada, quando houver *perigo de tardança*, uma vez que, na forma do artigo 273, inciso II, do Código de Processo Civil, também pode ser admitida a antecipação da tutela quando fundada em *razão de abuso de direito de defesa ou de manifesto propósito protelatório*.

Ademais, admitindo-se a potencialidade do ilícito como produção de uma ofensa à ordem jurídica, e entendendo essa como expressão máxima daquilo que se deve proteger pela atuação jurisdicional, toda tutela contra o ato contrário ao direito (tutela inibitória, por exemplo), *parece sempre carregar consigo a necessidade de uma atuação urgente da jurisdição* para evitar a violação ao direito, ou sua repetição e

²³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**: processo cautelar. 2.ed. São Paulo: RT, 2010. v.4. p.129.

continuação. Ou seja, as tutelas contra o ato ilícito devem, em determinada medida, ser vistas como *tutelas de urgência*.

Por essas razões que não se pode concordar com a ideia da unificação da tutela cautelar e da antecipação de tutela como signos de um mesmo gênero, como por exemplo, faz Eduardo Talamini. Nesse particular, afirma o processualista que

o liame unificador, capaz de agrupar as medidas urgentes conservativas e antecipatórias dentro de uma mesma categoria, reside nos seguintes traços: (1.º) função de garantir o resultado inerente à outra tutela (“final”), tendencialmente *definitiva* – viabilizando seu provimento, resguardando sua efetivação ou impedindo sua inutilidade -, com o afastamento de um perigo de dano de difícil reparação; (2.º) cognição sumária; (3.º) em virtude de sua função, instrumentalidade em relação a tal provimento posterior: a providência urgente opera com base na perspectiva da tutela final, ainda que esta concretamente não venha a ocorrer, e sua concessão subordinase à probabilidade do conteúdo da tutela final e (ou) aos riscos que essa sofre; (4.º) consequente provisoriedade, caracterizada pela circunstância de o provimento urgente não ter o condão de se tornar juridicamente definitivo; no regime vigente ou ele é substituído pela tutela final ou, simplesmente, perde a eficácia.²³⁸

Tais afirmamentos parecem olhar para o fenômeno a partir, unicamente, do plano processual, sem enxergar a perspectiva da tutela cautelar enquanto protetiva de um direito material ou situação juridicamente tutelável. Para Talamini, aliás, a distinção entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela é meramente quantitativa, em razão do que ele aponta que estas “*não têm como ser providências essencialmente diversas*”²³⁹. Todavia, não procura explicar, por exemplo, como se enxergaria a “liminar cautelar” prevista no artigo 804, do Código de Processo Civil, que somente pode ser corretamente compreendida como *técnica processual para antecipação da tutela cautelar*.

Destarte, o termo *tutelas de urgência*, quando se refere simultaneamente a espécies de tutela jurisdicional (cautelar e inibitória, por exemplo) e, portanto, a possíveis *resultados de atuação jurisdicional* e antecipação de tutela, e, neste caso, *a meio para obtenção de resultados de atuação jurisdicional* encerra, sem sombra de

²³⁸ TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no Projeto do novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v.209, p.13-34, 2012, p.16.

²³⁹ *Ibid.*, p.18.

dúvida, semântica que, longe de permitir a correta compreensão dos fenômenos em comento, em verdade dificulta – ou, até mesmo, impossibilita – a perfeita apreensão teórica do que se está a tratar. E a incompreensão da teoria igualmente leva a uma aplicação equivocada na prática.

De fato, colocar sob um mesmo manto *espécies de tutelas jurisdicionais e técnica processual para obtenção de tutelas jurisdicionais* não tem qualquer sentido teórico-científico e, o que é pior, dificulta a compreensão exatamente deste plano de diferenciação.

Enquanto não se entender a real natureza da antecipação da tutela como *técnica processual* e a tutela cautelar como *tutela jurisdicional*, dificilmente se compreenderá de que se está a tratar de fenômenos essencialmente distintos, inclusive no seu plano ontológico. E, convenha-se, nestas condições, sustentar que são espécies do gênero *tutelas de urgência* oblitera esta compreensão e permite perpetuar a confusão que boa parte da doutrina faz quando analisa os institutos.

A solução dada pela doutrina brasileira na dimensão ora apresentada tem por consequência a obrigatória revisão (ou a revisitação) de alguns conceitos que são fundamentais para a compreensão holística do estudo da tutela cautelar e da técnica da antecipação. Principalmente, ao que parece, uma (re)análise do que se chamou de *direito material (substancial) de cautela*; ainda, impende também a análise da marca indelével da *instrumentalidade* que, desde os estudos de Calamandrei, sempre acompanhou a tutela cautelar como sua característica fundamental, inclusive sob o plano das mais recentes tendências da própria doutrina italiana sobre este conceito de instrumentalidade. É o que se fará a seguir.

4.2 O DIREITO MATERIAL (SUBSTANCIAL) DE CAUTELAR E A POLÊMICA SOBRE SUA EXISTÊNCIA

A existência (ou não) de um direito material (substancial) de cautela foi, sobretudo, questão muito polêmica, especialmente quando, no começo do século XX, a doutrina italiana começava a sistematizar teoricamente o estudo da tutela cautelar. Polêmica esta que, após algum tempo, pode-se dizer que se tornou "superada",

principalmente em razão da autoridade da posição que Piero Calamandrei ocupou na ciência processualística civil italiana do século XX, em razão da difusão de suas ideias a partir de suas atividades na universidade florentina (inclusive como reitor) e também da já explanada recepção de sua teoria na própria legislação processual italiana, em especial, no Código de Processo Civil de 1942.

É possível dizer que a polêmica em questão se inicia a partir de um ensaio de Enrico Allorio, publicado na "*Rivista di diritto processuale*" de 1936, e, portanto, no mesmo ano em que Calamandrei publica sua obra clássica sobre a tutela cautelar, "*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*". E é de se destacar que o texto de Allorio é anterior à publicação da monografia do mestre florentino.

Logicamente que é possível situar a polêmica como tendo início no ensaio de Allorio apenas sob uma perspectiva de premissa metodológica, pois, obviamente, os estudos e afirmamentos não surgem a partir de um "nada" como se tivesse havido um intenso "Big Bang" e, de repente, quase como em um passe de mágica, as afirmações sobre um *diritto material de cautela* aparecem no tempo da ciência processual. Aliás, da leitura do próprio ensaio de Enrico Allorio, denota-se que as ideias explanadas tiveram como fundamento quase uma espécie de resposta e contraponto às concepções de Chiovenda sobre a tutela cautelar e, mais em especial, sua conceituação da ideia da ação cautelar como *mera azione*, lançada primordialmente na sua obra "*Principii di diritto processuale civile*" e, posteriormente, reforçada nas suas "*Istituzioni di diritto processuale civile*".

Por isso, talvez, metodologicamente seja melhor começar com exposição das concepções de Chiovenda sobre a ação cautelar, para se poder compreender, inclusive, com mais clareza, o ensaio de Allorio e suas consequências posteriores. E, inclusive, para a compreensão da noção chiovendiana de ação cautelar como *mera azione*, se faz importante entender a própria conceituação de ação para "*Il Maestro*"²⁴⁰.

²⁴⁰ Como já visto, expressão cunhada por Calamandrei para qualificar Giuseppe Chiovenda. (CALAMANDREI, Piero. Il nostro Maestro. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v.14, Parte 1, p.301 e segs., 1937.

O conceito de ação para Chiovenda é especificamente por ele delineado na célebre Prolusão de Bologna, de 1903, e que depois foi publicada no primeiro volume do "*Saggi di diritto processuale civile*", sob a denominação de "*L'azioni nei sistema dei diritti*"²⁴¹.

Chiovenda conceitua a ação da seguinte forma como sendo um direito contra o adversário, como o poder produzir diante deste o efeito jurídico decorrente da atuação da lei. Nas suas próprias palavras, "A ação é um poder frente ao adversário, mas que contra ele", expressando a ideia de que a ação não supõe obrigação alguma²⁴².

O mestre florentino admite, então, ação sem direito subjetivo, compreensão que será fundamental para entender sua noção de ação cautelar como *mera azione*. A ação, então, não corresponde a nenhum dever processual do adversário, mas apenas sujeição jurídica aos efeitos aos quais a própria ação tende. Dessa ideia decorre também que a ação nada tem a ver com um direito subjetivo, não é uma parte sua, não é uma função sua, não é sequer uma potência sua, nem um direito que surge necessariamente da violação de um direito.

Chiovenda conclui, portanto, que o direito de acionar é uma figura jurídica autônoma, necessariamente coordenada a um interesse (como todo direito), mas não necessariamente a outro direito, que, segundo ele, pode assumir um caráter público ou privado, segundo a natureza do interesse ao qual se vincula.²⁴³

Para "*Il Maestro*", a ação como coordenada à persecução judicial, como sendo seu significado fundamental, apontando expressamente que é "o poder de pedir a atuação da lei; disto se deduz imediatamente que ela pode tender à declaração de certeza assim como a execução é sempre ação"²⁴⁴.

Assim, na concepção de Chiovenda, ao acionar em juízo, o autor sempre pede algo não imediatamente ao demandado, mas diante dele, colocando, por fim, que reintegrando-se ao conceito de *Anspruch* (da doutrina alemã sobre o conceito

²⁴¹ Tradução livre: "A ação no sistema dos direitos". (CHIOVENDA, Giuseppe. **Ensayos de Derecho Procesal Civil**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Bosch e Cia Editores, 1949. v.1).

²⁴² *Ibid.*, p.18.

²⁴³ *Ibid.*, p.21.

²⁴⁴ *Ibid.*, p.74.

de ação e pretensão), o conceito de perseguibilidade judicial, o termo se afasta, cada vez mais, de sua origem primitiva, aproximando-se aos poucos de ser coincidente com a *actio*, entendida como o direito perseguido em juízo.²⁴⁵

E, como consequência de sua visão sobre a ação, e da própria construção que faz sobre direitos potestativos (aqueles que se manifestam mediante a sujeição em face de alguém), Chiovenda sustenta que o direito de ação é, em verdade, um direito potestativo, ou, como ele sustenta categoricamente, "o direito potestativo por excelência". E, ressaltando o fato de que o direito de ação coloca o demandado em uma situação de sujeição ante os efeitos jurídicos que o autor pretende, no caso de procedência da demanda, afirma que a vontade da lei expressada pela sentença obtém-se mediante a obrigação do juiz em atuá-la no caso concreto, criando a norma especial.^{246,247}

Evidentemente então que, ao falar de ação cautelar, Chiovenda utilizará a mesma concepção teórica e as mesmas ferramentas metodológicas que utilizou para trazer seu conceito de ação para o caso específico daquelas consideradas como *cautelares*.

E, como visto, Chiovenda compreenderá a ação cautelar como uma espécie de ação, pois, como já visto, aponta que o poder jurídico de se obter um provimento cautelar "*è una forma per sè stante d'azione (azione assicurativa)*", caracterizando-a como "*mera azione*". Ainda não a considera como acessório do direito acautelado, pois existe como poder atual, mesmo quando ainda não se sabe se existe este

²⁴⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Ensayos de Derecho Procesal Civil**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Bosch e Cia Editores, 1949. v.1. p.80.

²⁴⁶ *Ibid.*, p.29.

²⁴⁷ Em um resumo bem construído, Giovanni Tarello aponta que, na prolusão de Bologna, Chiovenda se propõe a três fins: a) a inclusão da ação no campo da ciência processual; b) a construção de um conceito teórico-geral da ação como um direito potestativo; c) a construção de uma teoria fundada na doutrina germânica para um código de inspiração francesa. (TARELLO, Giovanni. Quattro buoni giuristi per una cattiva azione. In: GUASTINI, R.; REBUFFA., G. **Dottrine del processo civile**: Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile. Bologna: Il Mulino, 1989. p.244).

direito a acautelar, e, tendo em vista que é fundada na necessidade geral de tutela dos direitos, o direito ao provimento cautelar é um direito do Estado.²⁴⁸

O ensaio de Enrico Allorio, entretanto, vem no sentido absolutamente diverso daquele apresentado por Giuseppe Chiovenda. Denominado de "*Per una nozione del processo cautelare*"²⁴⁹ é um ensaio sem qualquer sombra de dúvida destinado à defesa da existência de um direito substancial de cautela.

Para chegar ao seu conceito de direito material de cautela, Allorio parte da noção da nota essencial de direito como *sanzione*, como característica de sua força coativa. Em consequência da ideia de sanção (que, inclusive, para ele é a substancial diferença entre direito e moral), é de se entender também que a norma jurídica, além de atribuição de sanção, representa uma atribuição de poderes. Nas suas próprias palavras, "*Il carattere attributivo e il carattere sanzionario sono tra loro, invero, correlativi; l'uno è necessario complemento dell'altro*"²⁵⁰.

Não se poderia conceber a existência de um direito material de cautela, se não fosse, pela mediação do próprio conceito de ação. E, Allorio, sem descuidar de considerar o desenvolvimento da conceituação da ação como "*una delle più preziose conquiste del pensiero processuale moderno*"²⁵¹, e compreendendo sua característica de abstração, sublinha que é preciso reexaminar a própria "exagerada" tese da autonomia da ação, inclusive para o estudo da ação cautelar.

É com essas premissas teóricas que Enrico Allorio vai sustentar que a ação cautelar é, na verdade, uma ação de accertamento, ou executiva, mas coordenada a um *direito substancial de cautela*. Para ele, uma das provas disto diz respeito à responsabilidade objetiva que é derivada do não reconhecimento do direito material mesmo tendo sido o direito de ação exercido.²⁵²

²⁴⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 1933. v.1. p.249-250.

²⁴⁹ ALLORIO, Enrico. Per una nozione del processo cautelare. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Parte I, p.18-44, 1936.

²⁵⁰ *Ibid.*, p.20.

²⁵¹ *Ibid.*, p.22-23.

²⁵² *Ibid.*, p.25.

Igualmente, para Allorio não se pode dizer que o exercício da ação cautelar é exercício simultâneo do direito *principal*, pois ao direito material de cautela é correlato um direito à sanção cautelar. Isto se manifesta, para ele, exatamente na medida em que os provimentos cautelares devem importar em sanções que sejam menos amplas em relação às sanções executivas, pois os provimentos cautelares preparam e asseguram a realização da futura sanção principal.²⁵³

Como expressão do fundamento material do direito de cautela, Allorio sustentará também que o poder de cautelar conferido aos indivíduos derivado da própria *autotutela* que foi proibida a partir do momento em que o Estado arrogou para si o poder-dever de prestação da tutela jurídica (e jurisdicional, portanto). Nas suas próprias palavras,

appunto, quel potere d'autotutela cautelare che consentiva al creditore insoddisfatto il pignoramento, d'autorità propria, dei Beni del debitore, cedette gradatamente il passo a una forma d'attuazione della sanzione cautelare per via giudiziaria: alla ragion fattasi, si venne sostituendo l'azione,

do que pode concluir que a sanção cautelar é atuada, então, por via da ação.²⁵⁴

Por fim, toda a teorização de Allorio é fundada na premissa de que, na ordem jurídica, correspondendo aos direitos subjetivos uma força de coação a ser atuada por meio da sanção e que, como resposta ao perigo que pode resultar à atuação da sanção para preservação dos direitos pelo meio do processo, é de se reconhecer que, a cada sanção principal deve estar atrelada uma sanção cautelar²⁵⁵. Isso equivale a dizer que, a cada direito subjetivo, que, na terminologia de Allorio se pode chamar de *principal* corresponde igualmente um direito subjetivo (material) de

²⁵³ ALLORIO, Enrico. Per una nozione del processo cautelare. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Parte I, p.18-44, 1936. p.28. Allorio traz um exemplo claríssimo, relativamente ao "sequestro" de dinheiro que é suficiente para garantir futura execução e aquele em que se permite, desde já, entregar o dinheiro ao credor para que dele faça o que quiser. Veja-se que, ainda talvez sem esclarecer especificamente esta questão e igualmente sem usar terminologias que hoje são facilmente compreendidas como categorias, Allorio estava a falar da distinção entre um provimento *cautelar* e um provimento *satisfativo* (p.28). Em outra passagem, fará igualmente essa distinção, ao asseverar que quando a situação de urgência reclama um afastamento do que ele chamou de *pericolo nel ritardo* "*la sanzione cautelare non serve; occorre proprio un'anticipazione (si pure provvisoria) della sanzione esecutiva.*" (p.39-40). (com grifos no original)

²⁵⁴ *Ibid.*, p.35.

²⁵⁵ *Ibid.*, p.41.

cautela, ao qual corresponde, por sua vez, uma possível força coativa que se atua pela sanção cautelar que, no plano do processo, é atuada por meio da ação cautelar. Assim, o fundamento da ação cautelar não pode ser outro a não ser a sanção cautelar a ser atuada a partir do reconhecimento de um direito subjetivo material que é correlato ao direito subjetivo *principal*, que será atuado mediante a sanção principal.

Como visto, então, a concepção de Allorio é frontalmente oposta à de Chiovenda, pois aquele sustenta existir um direito subjetivo (e material) de cautela, ao passo que este último considera a ação cautelar como uma *mera azione*, sem, portanto, qualquer correspondência a um direito subjetivo, quanto menos de natureza substancial. Ainda, a consequência imediata e direta da conceituação de Allorio é, sem qualquer dúvida, a colocação da tutela cautelar no plano do direito material, mantendo-se o exercício da ação judicial que é destinada à atuação da sanção cautelar no plano do direito processual.

Porém, o posicionamento de Allorio foi frontalmente combatido pela doutrina processual civil italiana que sucedeu a publicação de seu trabalho, muito particularmente, inclusive, pelas críticas que sua teoria sofre por Piero Calamandrei.

O mestre florentino, na sua obra destinada aos "*provvedimenti cautelari*", apresenta sua oposição à ideia de Allorio sustentando, a seu ver, o erro da teoria, e apontando ainda que se eximia "*di ripetere gli argomenti per i quali da tempo prevalente dottrina italiana e tedesca ha sorpassato questa vecchia teoria*". Veja-se, então, que Calamandrei entende, inclusive, que as ideias e formulações de Allorio sobre um direito material de cautela encontram-se inclusive superadas pela doutrina italiana e alemã, reportando-se a esta teoria como "velha"²⁵⁶.

Aliás, no sistema teórico engendrado por Calamandrei, a tutela cautelar realmente não tinha como apresentar um suporte jurídico no plano de um direito material de cautela, pois, como visto, a sua inserção no plano processual se dá, na teoria do mestre florentino, a partir da noção de que a ação cautelar, como queria

²⁵⁶ CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Padova: Cedam, 1936. p.75-76, em nota de rodapé. Outro afirmamento brevíssimo, mas incisivo sobre a não aceitação da existência de um direito material de cautela é feita por Antonio Coniglio, que assevera que: "*L'azione cautelare è una forma a sè stante di azione, e non una manifestazione di un diritto sostanziale di cautela*" (CONIGLIO, Antonio. **Il sequestro giudiziario e conservativo**. 3.ed. Milano: Giuffrè, 1949. p.21).

Chiovenda, era uma *mera azione*. Disso resulta também o nexó de instrumentalidade hipotética com o qual a tutela cautelar permanece presa ao processo *principal* para Calamandrei.

Contra-pondo-se também à concepção que sustenta a existência de um direito material de cautela, Mario Dini afirma não vislumbrar a sua existência, ao fundamento de que estse não pode pertencer ao (suposto) credor, em razão da incerteza ainda sobre o direito subjetivo invocado, e tampouco ao Estado, pois nenhuma "obrigação de cautela" é executada em relação ao ente estatal. Nas suas próprias palavras,

*ma, a parte cio, non si vede a chi spetti e verso shi sai diretto tal diritto sostanziale di cautela. Non al presunto creditore, perchè il medesimo difetta di un diritto sostanziale ai Beni del proprio debitore. Ed in genere i provvedimenti cautelari sono perlo più ipotizzati per i casi in cui esista incertezza sull'esistenza del diritto di credito ovvero sulla proprietà o sul possesso. Non allo Stato, quale titolare del diritto sostanziale di cautela, perchè questi difetta di un diritto sostanziale di cautela, che abbia per oggetto i beni costituenti il patrimonio del debitore, per quanto abbia il potere di togliergliene la disponibilità. Così nessun obbligo di cautela di carattere sostanziale ha l'esecutato di fronte allo Stato.*²⁵⁷

Antes mesmo, aliás, do ensaio de Allorio, Agostinho Diana já sustentava a inexistência de um direito material de cautela, ao se referir à doutrina alemã que assevera uma pretensão material de segurança e que foi inspiradora das ideias de Enrico Allorio (como, por exemplo, Wach e Weismann). Para Diana, o fundamento da ação cautelar não se trata de uma pretensão à obtenção do direito, acessória ao direito material que é tutelado, mas sim de um "*diritto puramente processual destinato a garantire l'esercizio dell'azione pubblica esecutiva*", apontando ainda que o direito de ação cautelar é "*un puro diritto processuale da distinguere bene da una pretesa di diritto materiale alla prestazione di una garanzia*"²⁵⁸.

A teoria de Allorio sofre uma crítica ainda mais intensa e acurada da parte de Carlo Calvosa, que, inclusive na sua obra sobre a tutela cautelar, abre um tópico

²⁵⁷ DINI, Mario. **I provvedimenti d'urgenza nel diritto processual civile (art. 700 a 702 Cod. Proc. Civ.)**. 3.ed. Milano: Giuffrè, 1961. p.118-119.

²⁵⁸ DIANA, Agostinho. Le misure conservative interinali. **Studi Senesi**, v.26, p.210-211, 1909.

específico para falar da "*Critica della teoria dell'ALLORIO e della dottrina tedesca più antica, che ammettono l'esistenza di un diritto sostanziale di cautela*"²⁵⁹.

As críticas feitas por Calvosa se fundam basicamente na premissa que orienta toda sua teorização, no sentido da inserção da tutela cautelar no sistema de tutela dos direitos e que pode assumir, então, tanto o caráter convencional como jurisdicional, e que é, na sua essência, "*tutela complementare e sussidiaria della tutela normativa*". Assim, para ele, a tutela cautelar tem razão de ser na insuficiência e na inadequação da própria tutela normativa, operando para assegurar a atuação desta, seja como prevenção da transgressão, seja como atuação da sanção ressarcitória.²⁶⁰

Para Calvosa, então, a partir dessa ideia da tutela cautelar como complementar e subsidiária da tutela normativa em si mesma, para assegurar sua atuação, o interesse que é protegido pela tutela cautelar é o interesse da própria tutela normativa, que sustenta ser um interesse "*sostanziale*" e, portanto, material. Mas, verdadeiramente, se uma das críticas que Calvosa faz à teoria de Allorio, no sentido de que este teria obliterado os conceitos de direito e ação²⁶¹, parece correta em alguma medida, como se verá adiante, por outro lado, sua teoria não se distingue daquela que tanto critica em um importante sentido: em se colocar a tutela cautelar no plano da tutela dos direitos subjetivos (tanto que admite uma tutela cautelar *negocial ou convencional*). Tanto isso é verdade que, como se viu, Calvosa admite que o interesse protegido pela tutela cautelar é um interesse *substancial*.

E, então, parece que a distância entre o que defendeu Allorio do que teorizou Calvosa passa a ser quase uma simples diferença de terminologia: enquanto aquele defende que a tutela cautelar protege um verdadeiro *direito material*, este último sustenta que a tutela cautelar tem por objeto a proteção de um *interesse material*.²⁶²

²⁵⁹ CALVOSA, Carlo. **La tutela cautelare**: profile sistematico. Torino: Unione Tipografico-Editricce Torinese, 1963. p.225 e segs.

²⁶⁰ *Ibid.*, p.225-226.

²⁶¹ *Ibid.*, p.226, em nota de rodapé.

²⁶² Não se pode olvidar a dificuldade de se precisar, no âmbito de uma definição unânime na doutrina, a diferença entre as noções de "direito (subjetivo)" e "interesse". Talvez seja importante, de alguma forma simplificada, reproduzir a antiga lição de Moacyr Amaral Santos. Para o processualista, interesse juridicamente protegido são "todos aqueles que a lei tutela, conferindo-lhes prevalência sobre um outro interesse (interesse subordinado) por meio da atuação de uma

Essa aproximação entre as teorias de Calvosa e de Allorio parece ainda mais evidente quando se nota que aquele foi um dos críticos mais enfáticos da teoria de Calamandrei sobre os provimentos cautelares e, em especial, sobre a premissa teórica do mestre florentino em situar a tutela cautelar no plano do direito processual, pois, como se verá adiante, a crítica feita por Calvosa à instrumentalidade (que é característica indelével da situação dos provimentos cautelares no plano do processo) tanto defendida por Calamandrei é das mais aguçadas e ferrenhas.

Em outro breve ensaio²⁶³, Angelo Januzzi defende igualmente a existência de um direito substancial de cautela. Sua exposição é no sentido de que o ordenamento jurídico prevê, como medida geral a todos que a ele estão sujeitos, sempre um dever genérico de abstenção de atos turbativos ou que impeçam a fruição de direitos subjetivos alheios, fundados sob o signo do princípio do *neminem laedere*.

Assim, para Januzzi, a tutela cautelar e a sanção que lhe é correlata atuam na proteção do titular do direito subjetivo à observância genérica deste dever de abstenção, acessório, que existe em decorrência da própria existência do direito material (subjetivo). A tutela cautelar então fica caracterizada como uma tutela autônoma de um dever acessório de abstenção e, portanto, está situada no plano de uma tutela igualmente autônoma e acessório a que se outorga a todo titular de um direito subjetivo que estiver sujeito a um "*pericolo di inosservanza*"²⁶⁴.

Nas próprias palavras de Angelo Januzzi,

sanção ou mesma de uma medida jurídica. Para muitas categorias de interesses, o fato de serem juridicamente protegidos é suficiente para que se verifique e se realize sua prevalência sobre o interesse subordinado. Entretanto, para outras muitas categorias, esta prevalência somente se verificará se o titular do interesse manifestar sua vontade nesse sentido. Quer dizer, a proteção legal do interesse, para um grande número de categoria de interesses, somente ocorrerá quando o respectivo titular quiser realizá-la, pedindo a atuação da medida jurídica, ou da sanção. Nesses casos a proteção legal do interesse depende, necessariamente, da vontade do respectivo titular. Fala-se, então, em direito subjetivo. Assim, nem todos os interesses juridicamente protegidos são direitos subjetivos, mas todo direito subjetivo é um interesse juridicamente protegido com o concurso da vontade de seu titular. Como o direito subjetivo se manifesta necessariamente pela vontade de seu titular, sem embargo de ser direito, é um poder. Direito subjetivo é, pois, o poder atribuído à vontade de alguém para fazer valer seu interesse, em conflito de interesse de outrem. É o poder atribuído à vontade do titular do interesse juridicamente protegido de fazer atuar a sanção ou mesmo uma medida preventiva, a fim de que se realize a subordinação do interesse de outrem ao seu." (SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1. p.8).

²⁶³ JANUZZI, Angelo. **Per la ricerca di un diritto sostanziale di cautela**: giustizia civile. Milano: Giuffrè, 1951. p.582/597.

*in conclusione, l'ordinamento giuridico prevede il pericolo della inosservanza del diritto, assoluto o relativo (diritto soggettivo o credito), e lo reprime con mezzi appropriati, la cui applicazione concreta può essere riservata alla libertà delle parti o, in casi particolari in cui la situazione di pericolo è presunta o sussiste un pubblico interesse, è imposta dalla legge; in ogni caso assicurando l'osservanza di un dovere strumentale (cui è correlativo un interesse mediato, che viene tutelato in via autonoma), che sussiste già implicito nell'obbligo di tenere il comportamento prescritto dalla norma per il soddisfacimento dell'altrui interesse. Le singole disposizioni di diritto sostanziale e processuale sono espressione di un principio generale, in base al quale deve riconoscersi al creditore in genere un diritto sostanziale di cautelare l'aspettativa alla soddisfazione dell'interesse quando sussista il pericolo della lesione del diritto.*²⁶⁵

Posteriormente, ainda, a própria doutrina italiana a partir, principalmente, da visão da tutela cautelar como uma expressão efetiva do papel constitucional desenvolvido pela função jurisdicional como dever elementar do Estado, passa a enxergar a natureza *material* desta modalidade de tutela específica, inserindo-a no contexto da tutela dos direitos. O ensaio de Vittorio Denti, denominado "*Sul concetto di funzione cautelare*"²⁶⁶, aponta nesse exato sentido.

No artigo, Denti apresenta várias críticas tanto à visão da doutrina clássica, do fenômeno da tutela cautelar, como de natureza exclusivamente processual, apontando que esta não responde adequadamente a várias problemáticas. Isso se dá, principalmente, a partir da noção da absoluta desconexão da tutela cautelar com o direito material (como pontuam, por exemplo, Chiovenda e Calamandrei, como já visto anteriormente), o que determina que esta modalidade de tutela jurisdicional seja enquadrada como ação tutelável a partir de um simples interesse, que Denti assevera ser de difícil compreensão de "*come un interesse così vagamente determinato si distingue dall'interesse ad agire*"²⁶⁷, o que por lógico não permite identificar corretamente, nesta concepção, o interesse que anima a tutela cautelar.

Para o processualista italiano, inclusive, a doutrina deveria relacionar à ação cautelar o que ele chamou de "*situazione giuridica potestativa*", e que o desconhecimento

²⁶⁴ JANUZZI, Angelo. **Per la ricerca di un diritto sostanziale di cautela**: giustizia civile. Milano: Giuffrè, 1951. p.589.

²⁶⁵ *Ibid.*, p.592-593.

²⁶⁶ DENTI, Vittorio. Sul concetto di funzione cautelare. In: **Studi Giuridici in Memória di Pietro Ciapessoni**. Pavia: Soc. ARL, 1948. (Serie I, n.º 1-10). p.3-31.

²⁶⁷ *Ibid.*, p.8.

desta situação substancial – e, portanto, material – pela dogmática clássica é o que leva a uma solução aberrante sobre a real natureza da atividade cautelar.²⁶⁸

De igual sorte, Vittorio Denti também não se furta de criticar a concepção de Allorio sobre a existência do direito material de cautela, em especial porque não se pode dizer que *"la situazione creata dalla cautela è necessariamente un aliud rispetto al diritto soggettivo cautelato"*, sustentando ainda que se for possível falar em direito subjetivo de cautela, isso significa atribuir elementos que não podem ser reconhecidos.²⁶⁹

Assim, após refutar a teorização sobre a natureza exclusivamente processual da tutela cautelar e seu fundamento em um direito subjetivo material de cautela, Denti não deixará também de criticar a ideia de que aquele que requer uma tutela cautelar é titular de uma *posição jurídica*, exercitando nesse momento, dois poderes ao mesmo tempo: um poder material (substancial) e outro processual (o poder de ação), em resumo sustentando que

*sembra inesatto ricomprendere sotto l'único concetto di una situazione giuridica potestativa i casi in cui glie effetti giuridici si producono nella sfera del soggetto passivo per la sola dichiarazione di volontà del titolare del potere e i casi cui è necessario a tal fine l'intervento giudiziario.*²⁷⁰

E, de forma conclusiva, Vittorio Denti assinalará que a tutela cautelar se funda sobre um plano substancial (material) a se reconhecer em favor daquele que pleiteia um *interesse legítimo* que tem como reflexo na contraparte o preceito *neminem laedere*, que deve ser observado por todos aqueles que potencialmente poderiam atuar no sentido da lesão que legitimaria a proteção cautelar.²⁷¹

Nas palavras expressas de Denti,

l'interesse legittimo non si risolve concettualmente in una particolare situazione giuridica soggettiva [...] è per noi un rapporto di utilità fra soggetto e bensì non è elemento costitutivo, ma elemento teleologico del diritto soggettivo in

²⁶⁸ DENTI, Vittorio. Sul concetto di funzione cautelare. In: **Studi Giuridici in Memória di Pietro Ciapessoni**. Pavia: Soc. ARL, 1948. (Serie I, n.º 1-10). p.11/13.

²⁶⁹ *Ibid.*, p.17.

²⁷⁰ *Ibid.*, p.19.

²⁷¹ *Ibid.*, p.25.

*quanto figura di qualificazione giuridica attraverso la quale l'interesse, obiettivamente valutato nella provizione legislativa diviene suscettibile di tutela giuridica: si inserisce per così dire, nel mondo del diritto.*²⁷²

É esse interesse legítimo que fundamentará a existência do poder geral de cautela (que Denti identifica no artigo 700, do CPC Italiano e que, como visto, tem sua correlação clara com o artigo 798, da lei processual civil brasileira), pois, para o processualista italiano, a cada situação jurídica passível de tutela jurisdicional corresponde não um direito material de cautela, mas sim, um *interesse legítimo*²⁷³ à finalidade efetiva da atividade processual que deriva da atuação jurisdicional. Em um breve resumo, nas suas próprias palavras,

in conclusione, la funzione cautelare si realizza attraverso uno strumento giuridico tipico, che è la situazione soggettiva dell'interesse legittimo, cui è coordinata la natura costitutiva dell'attività giurisdizionale, la tutela cautelare manca dunque di tipicità, sotto l'aspetto processuale, dal duplice punto di vista della struttura e della funzione del procedimento, mentre la sua

²⁷² DENTI, Vittorio. Sul concetto di funzione cautelare. In: **Studi Giuridici in Memória di Pietro Ciapessoni**. Pavia: Soc. ARL, 1948. (Serie I, n.º 1-10). p.26-27.

²⁷³ Não se pode olvidar que o afastamento que Vittorio Denti pretende fazer em relação ao "direito substancial de cautela", para assinalar que a tutela cautelar se funda em um "interesse legítimo", assim entendido como aquele protegido pela ordem jurídica é, ao que parece, meramente um afastamento formal e que se pretende na exata dimensão e compreensão do que a doutrina italiana já apontava em relação ao paulatino abandono das noções de "direito subjetivo", como categoria essencialmente privatística e cunhada como elemento de uma ordem jurídica produzida sob a ideologia do Estado Liberal Moderno, fruto das revoluções burguesas ocorridas na Europa Continental, que concentravam no "sujeito", no indivíduo, a potencialidade de toda a proteção do ordenamento jurídico, partindo-se dos seus direitos de liberdade, igualdade (formal) e propriedade. Denti, quando escreve sua teorização, já o faz procurando livrar-se de noção burguês-liberal, em consonância com o Estado Constitucional e com as exigências de uma ideologia preocupada com a atuação efetiva deste na tutela dos direitos, e não pura e simplesmente na proteção do indivíduo. Basta lembrar que o ensaio em comento é de 1948, em plena transição da Monarquia Italiana de Mussolini para a República Italiana e sua Carta Política. Mais do que isto: é igualmente significativo assinalar que, para a doutrina italiana, por conta de seu arcabouço legislativo, e em especial, o artigo 24, da Constituição da República Italiana, que diferencia "direito" de "interesse legítimo", o conceito de *interesse juridicamente protegido* envolve não somente apenas um *interesse particular*, mas igualmente o *interesse público*. Tal circunstância, aliada ainda ao fato de que a Itália separa as esferas de jurisdição privada e administrativa, tem duas conclusões claras: (i) Denti entende que o *interesse a ser protegido pela tutela cautelar se dimensiona na perspectiva do indivíduo, também é do Estado* e; (ii) dizer somente que a tutela cautelar estaria fundada em um *direito subjetivo* e não em um *interesse juridicamente protegido* talvez fosse levar à conclusão de que, na jurisdição administrativa (que depende da existência do *interesse* mais do que do *direito subjetivo*), não seria possível a existência da tutela de garantia. Sobre, aliás, a inutilidade da distinção, no Brasil, entre *direito* e *interesse*, veja-se ensaio de Hermes Zaneti Junior (ZANETI JUNIOR, Hermes. **Direitos coletivos lato sensu: a definição conceitual dos direitos difusos, dos direitos stricto sensu e dos direitos individuais homogêneos**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo14.htm>>. Acesso em 15. Jan. 2013).

*autonomia consiste nella particolarità funzionale delle situazioni sostanziali che ad essa sono preordinate.*²⁷⁴

De toda sorte, e especialmente em razão da centralidade que a teoria de Calamandrei acabou tomando na doutrina italiana (e na legislação também, como já visto), especialmente da primeira metade do século XX, a "polêmica" da existência ou não de um direito material (substancial) de cautela acabou sendo esvaziada, principalmente pela própria natureza processual que os apontados referenciais teóricos e legislativos conferiram à tutela cautelar.²⁷⁵

Ademais, a própria admissão da ação como categoria abstrata e autônoma em relação ao direito material empreendida pela doutrina processualística – cuja fixação conceitual, aliás, pode ser apontada como a grande responsável pela separação entre direito material e processual e, então, como reconhecimento da autonomia inclusive científica deste último – acabou por colaborar para o apagamento das discussões sobre a presença efetiva de um direito substancial de cautela a ser protegido por meio da tutela cautelar.

Veja-se, a título de exemplo, o raciocínio levado a efeito por Ugo Rocco, no que tange às suas exposições sobre a autonomia da ação cautelar e sua inserção no plano meramente processual:

già abbiamo chiaramente messo in luce come il rapporto giuridico di azione esiste ed ha vita indipendentemente da qualsiasi rapporto giuridico sostanziale,

²⁷⁴ DENTI, Vittorio. Sul concetto di funzione cautelare. In: **Studi Giuridici in Memória di Pietro Ciapessoni**. Pavia: Soc. ARL, 1948. (Serie I, n.º 1-10). p.31.

²⁷⁵ Veja-se, por exemplo, as palavras de Giovanni Arieta sobre a inexistência de um *diritto material de cautela*, para o que adota dois conceitos que estão presentes na teoria de Calamandrei, como justificadores de tal inexistência: a instrumentalidade e o fato de a tutela cautelar poder se exprimir quase como uma função de polícia judiciária. Nas suas próprias palavras: "*Ma non sembra possa ritenersi esistente nel nostro ordinamento un ditirro sostanziale di cautela, inteso come diritto soggettivo alla sanzione cautelare che possa distinguersi dal diritto soggettivo principale (cioè il diritto alla sanzione principale, definitivamente esecutivo): a parte l'arbitrarietà della duplicazione di una medesima situazione giuridica sostanziale, che comporterebbe la negazione di qualsiasi rapporto di strumentalità tra provvedimento cautelare e definitivo (con conseguente possibilità di consentire un doppio accertamento potenzialmente divergente, sul diritto soggettivo di cautela e sul diritto principale), occorre osservare che la cognizione del giudice della cautela ha per oggetto non già un diritto o un rapporto giuridico delle parti, ma soltanto i presupposti per l'applicazione di una norma che disciplina l'esercizio di un potere del giudice diretto ad incidere, con modalità diverse a seconda dei vari provvedimenti cautelari, sulla situazione giuridica sostanziale che sarà oggetto del futuro giudizio di merito.*" (ARIETA, Giovanni. **I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 CPC**. 2.ed. Padova: Cedam, 1985. p.34-35).

pubblico o privato, di cui, mediante l'esercizio del diritto di azione si chiede l'accertamento. Come tale, ed in quanto il diritto di azione mira ad ottenere un provvedimento giurisdizionale, che accerti se il diritto affermato, esista o non esista, ogni azione costituisce un diritto puramente processuale sicché l'azione tendente ad ottenere provvedimenti cautelari, non appare in maggior misura meramente processuale, di quanto lo siano le altre categorie di azioni (di puro accertamento, di condanna, esecutive).²⁷⁶

Ora, a partir disso, entendendo-se a ação como categoria exclusivamente processual, e com a tutela cautelar disciplinada como medida específica no código processual, a conclusão sobre a existência de um direito material de cautela fica simplesmente obliterada pelo seu caráter processual, pois a tutela cautelar está, inclusive, presa por um nexo de instrumentalidade inexorável na doutrina clássica a outro processo seja de cognição, seja de execução.

Porém, a premissa adotada no presente trabalho sobre a natureza *material* da tutela cautelar, a partir da sua inserção na tutela dos direitos, retirando-se seu caráter exclusivamente processual, não pode ser completamente compreendida se não se admite como premissa teórica também a existência de *um direito material de cautela*. E, especificamente nesse sentido, a doutrina brasileira apresenta grandes contribuições.

Na dimensão da apresentação das contribuições da doutrina brasileira sobre a existência ou não de um direito material de cautela, a metodologia utilizada parte de um critério cronológico, a partir da exposição de posições doutrinárias que advieram primeiro e da suas respectivas mediações ou releituras realizadas por outros juristas.²⁷⁷

²⁷⁶ ROCCO, Ugo. **Trattato di diritto processuale civile**. Torino: UTET, 1960. v.5: Parte speciale: Processo cautelare. p.23-24. (com grifos no original)

²⁷⁷ Antes da exposição sobre posições doutrinárias brasileiras que defendem a existência do direito material de cautela, adverte-se que a doutrina que se pode chamar de "clássica" processualista brasileira, devedora da igualmente "clássica" doutrina italiana, negará a existência de um direito substancial de cautela, ou simplesmente ignorará a polêmica sobre ele, silenciando sobre tal tema. Como exemplos daqueles que sustentam a inexistência de tal direito, confira-se: Humberto Theodoro Jr. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 16.ed. São Paulo: LEUD, 1995. p.59/61; Victor Marins (MARINS, Victor A. A. Bonfim. **Tutela cautelar: teoria geral e poder geral de cautela**. Curitiba: Juruá, 1996. p.320). Ainda, como já apontado, existem autores que, embora não neguem a existência de um direito material de cautela, sustentam que este não é exercido pela via da ação cautelar, como, por exemplo, Galeno Lacerda (LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v.8. Tomo I. p.52-53) e J. J. Calmon de Passos (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: RT, 1984. v.10. p.53).

Assim, a primeira contribuição significativa nesse sentido é a de Pontes de Miranda, especialmente porque também foi aquele que se debruçou de forma bastante detida sobre as categorias instrumentais e ferramentais que são fundamentais para a compreensão da questão: as noções de *direito subjetivo*, *pretensão* e *ação*, esta tanto em seu sentido material quanto processual. As noções acima declinadas, como se verá, serão fundamentais para a compreensão do chamado *direito substancial (material) de cautela*.

Em ensaio sobre a prescrição no Código Civil brasileiro, Rodrigo Xavier Leonardo²⁷⁸ resgata de forma resumida e concisa as lições de Pontes de Miranda sobre a passagem e as relações existentes entre as categorias ferramentais de que se trata neste momento. O civilista Leonardo assevera que, na obra do mestre pernambucano, as categorias eficaciais são colocadas hipoteticamente em binômios de sentidos contrapostos, da seguinte ordem: (i) ao *direito subjetivo* corresponde o *dever*; (ii) à *pretensão* corresponde a *obrigação*; (iii) à *ação em sentido material* corresponde a situação de *acionado*; (iv) à *exceção de direito material* corresponde a situação de *excepcionado* e; (v) ao *poder formativo (constitutivo, modificativo ou extintivo)* corresponde a situação de *sujeição*.

Desta breve exposição, verifica-se de forma clara e objetiva que *direito subjetivo*, *pretensão* e *ação* (aqui explanada em sentido material, mas isso se dá também em relação à *ação em sentido processual*) são categorias diferentes e que correspondem, do lado da contraparte, a situações igualmente diversas (*dever*, *obrigação* e *situação de acionado*), e que, justamente por isso, não podem ser confundidas.

Ovídio Baptista da Silva, sabidamente um leitor atento das lições de Pontes de Miranda, também a partir desses referenciais e ferramentais teóricos vai delinear as concepções deste último para a compreensão do direito material de cautela, colocando, inclusive, que o problema da resistência entre os processualistas de ver a *ação cautelar* ligada a um direito material decorre da incompreensão desses

²⁷⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **A prescrição no código civil brasileiro**: ou o jogo dos sete erros. Disponível em: <<http://www.rodrigoxavierleonardo.com.br/arquivos/20101115220517.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2012.

fenômenos e, em especial, das divergências existentes sobre o próprio conceito de ação.²⁷⁹

Inicialmente, a advertência do mestre gaúcho é igualmente no sentido de que direito subjetivo e ação são coisas distintas e que, mais do que isso, é possível existir um sem existir o outro.²⁸⁰

Na sua teorização, Ovídio Baptista da Silva segue a mesma linha de Pontes de Miranda.²⁸¹ Para o processualista gaúcho, ao direito subjetivo corresponde igualmente o dever e à pretensão corresponde, para a contraparte, uma *prestação*, e que é a *exigibilidade* em relação a quem deve a prestação que configura a pretensão.

E, nas suas próprias palavras, a passagem do direito subjetivo à ação se dá em dois estágios subsequentes e ordenados. Para ele,

se o titular do direito *exige* que o obrigado cumpra a obrigação, há exercício de pretensão. Se, ante tal exigência, o obrigado resiste ao cumprimento, então nasce o direito de ação (ação de direito material, que é sentido próprio da palavra). [...] Chegamos, assim, ao conceito de ação de direito material, que é o *agir contra o obrigado omissivo*, contra o obrigado inadimplente. Tendo-se presente o conceito de pretensão, como *exigibilidade*, acrescentemos a ele o "agir para satisfação", de modo que ocorra exigência+atividade de quem exige e teremos o conceito de ação de direito material (*actio*).²⁸²

E, completa Baptista da Silva, a ação de direito processual é aquela que existe em decorrência do monopólio da jurisdição e da proibição, como regra, da autotutela privada, que, para ele, é uma consequência direta da *pretensão à tutela jurídica*.²⁸³ Em um resumo da sua própria conceituação, aponta que "tem-se o

²⁷⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **A ação cautelar nominada no direito brasileiro**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p.134.

²⁸⁰ Os exemplos que o mestre gaúcho afirmam podem ser controversos, como, por exemplo, fala ele nas ações possessórias em que, para ele, não há direito de posse e as ações populares (*Ibid.*, p.134-135). De qualquer sorte, ainda que talvez os exemplos colimados possam ser controvertidos o afirmamento da existência de *ação sem direito subjetivo* serve para demonstrar sua opção por categorias distintas, cujo esclarecimento será afigurado como essencial mais adiante.

²⁸¹ As referências são expressas e numerosas sobre as célebres obras *Tratado das ações* e *Tratado de direito privado*.

²⁸² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **A ação cautelar nominada no direito brasileiro**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p.134. (com grifos no original)

²⁸³ *Ibid.*, p.138-139.

direito, a pretensão e a ação, a qual se exerce por meio da 'ação"', completando que é justamente por conta da interposição do Estado na solução dos conflitos que uma parte da doutrina afirma que houve a transformação da ação de direito material em ação de direito processual, o que, para ele, é um equívoco, uma vez que são conceitos diversos e que coexistem nos sistemas jurídicos.^{284,285}

Como consequência de sua teoria, é mais do que natural que Ovídio Baptista da Silva chegue à conclusão de que existe uma "pretensão à tutela jurídica de simples segurança, como expressão de uma pretensão ou de um direito material de cautela"²⁸⁶. E, na esteira dessa compreensão, e entendendo-se que a pretensão material à segurança é algo inerente ao fenômeno jurídico – e, portanto, presente nos sistemas jurídicos –, deve-se buscar seu fundamento e existência não no direito processual, mas sim, como as demais pretensões, no direito material.

No desenvolvimento de sua teoria, Baptista da Silva vai lembrar, inclusive, que Galeno Lacerda admitirá a existência de um direito material de cautela, embora sustente que não é dele que se cuida a função cautelar, e, nesta dimensão, conclui o processualista gaúcho que a controvérsia não diz respeito mais à existência ou não do direito substancial de cautela, mas se a função cautelar é idônea para dele cuidar. Igualmente, relembra a lição de J. J. Calmon de Passos, que existe uma pretensão à segurança, mas que esta igualmente não é exercitável mediante a ação cautelar. Logo, a consequência lógica do raciocínio de Ovídio Baptista da Silva é uma crítica a essas posições observando que, se existe um direito material de cautela ou uma pretensão material à segurança, mas destes não cuida a ação cautelar, quais seriam as ações tendentes a este exercício?²⁸⁷ A este

²⁸⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **A ação cautelar inominada no direito brasileiro**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p.139/144.

²⁸⁵ Mais especificamente sobre a teoria de Ovídio Baptista da Silva sobre a ação de direito processual e as ações de direito material, veja-se em BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Ação e ações na história do processo civil moderno. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coords.). **Teoria quinária da ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos de seu falecimento**. Salvador: Juspodium, 2010. p.423-452 e também em BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.145/163.

²⁸⁶ BAPTISTA DA SILVA, **A ação cautelar inominada...**, *op. cit.*, p.148.

²⁸⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Do processo cautelar**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.73/77.

questionamento, igualmente se pode assinalar então, se não é deste direito material de cautela ou da pretensão à segurança de que se trata a ação (e a tutela) cautelar, qual é o seu objeto então?²⁸⁸

O fechamento da questão sobre a existência do direito material de cautela e da pretensão (material) à segurança na teoria de Ovídio Baptista da Silva vem no sentido de sua assertiva de que a regra do artigo 798, do Código de Processo Civil (que estabelece o chamado "Poder-Dever Geral de Cautela") deve ser interpretada da mesma forma que o artigo 4.º, do diploma processual civil, ao estabelecer a ação declaratória, pois "Ambas se referem à ação de direito material, à segurança ou à declaração", ressaltando também que é esta a posição de Pontes de Miranda que sustenta que as ações e medidas cautelares não são ações sem direito (material, dir-se-ia) que as prevejam.²⁸⁹

No retorno às lições de Pontes de Miranda, verifica-se expressamente em sua obra a assertiva de que "Existe, além da pretensão à tutela jurídica (*Rechtsschutzanspruch*) à cognição completa (à sentença em sentido estrito) e da pretensão à tutela jurídica à execução, a pretensão à segurança, que é ou à segurança quanto ao fato, ou à segurança de pretensão"²⁹⁰.

²⁸⁸ Ovídio Baptista da Silva vai sustentar, de forma bem clara que insistência de parte da doutrina em não reconhecer o direito material de cautela decorre da repugnância desta às sentenças mandamentais e que, se esta for superada "de modo que se torne possível admitir uma forma de proteção jurisdicional a um direito apenas suposto (*fumus boni iuris*), sem que a sentença o declare existente (eficácia de coisa julgada), então o reconhecimento de um *direito substancial de cautela* passaria a ser uma possibilidade livremente aceita pela doutrina." (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Do processo cautelar**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.79). Na verdade, esta crítica à doutrina que reluta em reconhecer eficácia mandamental a provimentos jurisdicionais é uma constante na obra do mestre gaúcho, como expressão daquilo que ele chamou de *ordinarização do procedimento*, a partir de uma leitura de afastamento da aceitação de comandos (*imperium*) nas decisões judiciais, que apenas limitavam-se à função, portanto, declarativa. Sobre o tema, vejam-se as lúcidas lições expostas em toda sua obra, mas, em especial, em BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

²⁸⁹ BAPTISTA DA SILVA, **A ação cautelar inominada...**, *op. cit.*, p.154.

²⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Tomo XII. p.12. Em verdade, o reconhecimento da existência da "pretensão à tutela jurídica cautelar" já havia sido anotada pelo mestre privatista nos seus Comentários ao Código de Processo Civil brasileiro de 1939, como se pode verificar em PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. Tomo VIII. p.293 e segs.

Alcides Munhoz da Cunha ressalta que Pontes de Miranda insiste na existência de um direito subjetivo material de mera segurança (cautela) e que, de forma categórica, afirma também que as regras previstas nos artigos 798 e 799, do Código de Processo Civil, em verdade, são regras de direito material, apenas inseridas heterotopicamente no diploma processual.²⁹¹

Alcides Munhoz da Cunha, aliás, é outro defensor da existência de um direito material de cautela. Na sua obra "A lide cautelar no processo civil" (dissertação de Mestrado defendida na Universidade Federal do Paraná), o processualista sustenta que o direito substancial de cautela existe a partir da possibilidade de proteção a uma pretensão atribuída ao sujeito pelo próprio direito objetivo, e que, a partir disso, é passível de exercício como autêntico direito subjetivo.²⁹²

Como fundamento desse direito material de cautela, Munhoz da Cunha sustenta a própria ideia de que "A todo interesse juridicamente protegido corresponde uma pretensão ideal à consecução deste mesmo interesse, enquanto tem condição de vir a ser reconhecido como autêntico direito subjetivo", cuja pretensão ideal dá-se a partir da proteção do *fumus boni iuris* contra riscos de lesão ou agravamento de lesão e que, se as normas jurídicas conferem ao sujeito a faculdade de exigir a proteção a esta pretensão, se delineia de forma clara um direito à segurança da pretensão plausível.²⁹³

Nos seus "Comentários ao Código de Processo Civil", Alcides Munhoz da Cunha novamente volta ao tema, para sustentar a existência do direito substancial de cautela, como proteção autônoma de um provável direito (*fumus*) sujeito a uma situação de risco (*periculum*).

Para ele, esse direito substancial de cautelar deve assim ser nominado para que se evite a confusão com o direito *processual à ação cautelar*, e tem seu fundamento a partir da noção de que "a todo e qualquer direito subjetivo primário, existe um direito material de cautela, subsidiário, que se compraz em atuar os interesses plausíveis", sendo que esta plausibilidade do direito exposto a uma

²⁹¹ MUNHOZ DA CUNHA, Alcides Alberto. **A lide cautelar no processo civil**. Curitiba: Juruá, 1992. p.117.

²⁹² *Id.*

²⁹³ *Ibid.*, p.117-118.

situação de perigo é um "bem juridicamente protegido pelo ordenamento, de modo autônomo, com fundamento do direito de cautela"²⁹⁴.

A conclusão de Alcides Munhoz da Cunha é reveladora de sua conceituação sobre o direito material de cautela. Nas suas próprias palavras,

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 dos 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 cautelares caracterizadas: a) pela temporariedade estrutural e funcional; b) pela fungibilidade na adequação das medidas conservativas e 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 dos efeitos consoante a variabilidade das circunstâncias quanto ao fumus e 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 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.²⁹⁵

E, faz questão de ressaltar, ainda mais, que sua concepção sobre a existência de um direito material de cautela não se faz no mesmo sentido daquele proposto por Enrico Allorio, de que este é um direito instrumental, acessório ao direito (principal) acautelado. Como visto, para Alcides Munhoz da Cunha, o direito substancial de cautela²⁹⁶ tem fundamento na própria proteção que o ordenamento jurídico confere, de forma autônoma, a um aparente direito (*fumus*) quando este se encontra ameaçado por uma situação de perigo (*periculum*). Nesta ideia, portanto,

²⁹⁴ MUNHOZ DA CUNHA, Alcides Alberto. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: RT, 2001. v.11. p.234.

²⁹⁵ *Ibid.*, p.234. (com grifos no original)

²⁹⁶ Não se pode olvidar que, além das obras já mencionadas, Alcides Munhoz da Cunha tem também um ensaio publicado justamente com o nome de "O direito material de cautela", resultado de palestra proferida no 2.º Congresso Nacional de Processo Civil, realizado em Porto Alegre, em comemoração aos 20 (vinte) anos da promulgação do Código de Processo Civil de 1973 (MUNHOZ DA CUNHA, Alcides Alberto. O direito material de cautela. **Revista do IAP – Instituto dos Advogados do Paraná**, Curitiba, n.23, p.111-121, 1994).

de um direito subsidiário, sempre presente quando o ordenamento protege um interesse (direito) primário, a concepção apresentada pelo mestre paranaense aproxima-se da conceituação apontada por Angelo Januzzi sobre o direito substancial de cautela.

Sérgio Shimura também defende a existência de um direito material de cautela, principalmente a partir da compreensão da dimensão constitucional do direito à tutela jurisdicional efetiva, inserto no artigo 5.º, XXV, da Constituição da República de 1988, sustentando que, nessa dimensão, é inevitável que se reconheça um direito à cautela, advertindo expressamente que

a invocação da tutela jurisdicional, preconizada na Constituição Federal, deve efetivar-se pela ação do interessado que, exercendo o *direito à jurisdição* cuide de preservar, pelo reconhecimento (processo de conhecimento), pela satisfação (processo de execução) ou pela assecuração (processo cautelar), direito subjetivo material violado ou ameaçado de violação.²⁹⁷

Particular é a posição sustentada por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart que, sem assinalarem expressamente a existência de um direito substancial de cautela²⁹⁸, todavia, ao situarem a tutela cautelar no plano do direito material, como expressão da tutela dos direitos, aproximam-se de sustentar a existência de tal modal, ao afirmarem que "o titular do direito à tutela do direito [...] também possui o direito à tutela de segurança (cautelar) do direito à tutela do direito", pois a tutela cautelar é "instrumento *para assegurar a viabilidade da obtenção da tutela do direito ou para assegurar uma situação juridicamente tutelável, conforme o caso*"²⁹⁹.

Veja-se que a posição sustentada pelos processualistas paranaense é muito semelhante àquela defendida por Vittorio Denti, especialmente na defesa da tutela cautelar como instrumental de uma *situação juridicamente tutelável*.

²⁹⁷ SHIMURA, Sérgio. **Arresto cautelar**. São Paulo: RT, 1993. p.31.

²⁹⁸ Em verdade, na sua obra, Marinoni e Arenhart expressamente dizem deixar de lado "a tradicional concepção de 'medida cautelar', entendida como instrumento vocacionado a garantir a efetividade do processo, **assim como o pensamento doutrinário ancorado no direito substancial de cautela**." (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo cautelar**. 2.ed. São Paulo: RT, 2010. v.4. p.7). (sem grifos no original)

²⁹⁹ *Ibid.*, p.23. (com grifos no original)

Em outra obra, Sérgio Cruz Arenhart, coerentemente com sua compreensão da tutela cautelar posicionada no âmbito do direito material, afirma que esta tem sentido na *pretensão à segurança*, para o que se vale das lições de Pontes de Miranda. Nas suas próprias palavras,

a pretensão à segurança resume-se a preservar a integridade do bem jurídico objeto do direito subjetivo, e, por isto, pode-se dizer que satisfaz apenas a necessidade específica, sentida pelo titular do direito, à proteção, sem que disso possa resultar algum benefício próprio, que já não estivesse na esfera daquele titular.³⁰⁰

Daniel Mitidiero, a seu turno, defenderá textual e expressamente a existência de um direito material de cautela, apontando que é este *direito à cautela*, ligado ao direito acautelado por um vínculo de referibilidade, sustentando que tal existência de tal direito é correlata logicamente à própria noção de que, se existe direito à satisfação do direito no plano material, também igualmente existe *direito à segurança da tutela do direito*, também no plano material. Aliás, de forma mais do que taxativa, escreve o processualista gaúcho que "existe no plano do direito material direito à cautela"³⁰¹.

Em igual sentido, Eduardo José da Fonseca Costa também sustenta a existência do direito material de cautela, colocando-o, aliás, assim como também fazem Daniel Mitidiero e Ovídio Baptista da Silva (como consequência lógica de seus pensamentos), como aquele direito que é reconhecido na sentença de procedência da ação cautelar, afirmando que, ao proferir uma sentença julgando procedente a lide cautelar, o juiz em verdade reconhece e declara existente o direito substancial de cautela, reconhecendo ainda a "existência da pretensão de direito material à segurança afirmada em juízo"³⁰².

Cassio Scarpinella Bueno também defende a existência do direito substancial de cautela, a partir das noções de Ovídio Baptista da Silva sobre a *referibilidade da*

³⁰⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: RT, 2000. p.42-43, na nota de rodapé 29.

³⁰¹ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: RT, 2012. p.44.

³⁰² FONSECA COSTA, Eduardo José da. Sentença cautelar, cognição e coisa julgada: reflexões em homenagem à memória de Ovídio Baptista. **Revista de Processo**, São Paulo, v.36, n.191, p.365, 2011.

tutela cautelar, vinculando a tutela de segurança a outro *direito* a ser protegido na chamada ação principal. Bueno expressamente concorda com as lições do mestre gaúcho, afirmando que

a importante lição é acolhida por este *Curso* por ser inegável a existência de uma tutela jurisdicional a ser obtida, inclusive no âmbito do Livro III do Código de Processo Civil, com vistas à proteção preventiva de um **direito suficientemente reconhecido como existente no plano material**; uma tutela jurisdicional que se mostre apta e adequada para realizar o desiderato do inciso XXXV do artigo 5.º da Constituição Federal.³⁰³

A afirmação da existência (ou não) de um direito material de cautela, embora negligenciada pela maior parte da doutrina, especialmente a brasileira a partir do advento do Código de Processo Civil de 1973 e da recepção acrítica das teorizações clássicas de Piero Calamandrei sobre os provimentos cautelares, também tem sua centralidade na solução do problema principal sugerido no presente trabalho.

Isso porque, ao se sustentar que a tutela cautelar é possível quando um *aparente direito ou situação juridicamente tutelável estiver exposta a uma situação de perigo de dano*, e se defender a existência de um *direito material de cautela*, este último somente pode estar presente quando igualmente presente *um perigo de dano*. O elemento da urgência para afastamento de uma situação de perigo de dano é, então, conteúdo integrante e inafastável do direito material de cautela.

Por outro lado, não se pode imaginar que um *perigo de tardança* esteja presente como conteúdo em qualquer direito material, porquanto, como já delineado, um perigo na *demora da entrega da prestação jurisdicional* somente pode estar situado no plano de um *direito processual*. De outro lado, o lapso temporal entre o ajuizamento de uma demanda e a entrega (eventual) da prestação jurisdicional nela reclamada somente pode ser vista quando se olha a partir do *tempo de duração do processo*. E, claramente, isto nada tem a ver com o plano do *direito material*.

Assim, em certo sentido, parece correto dizer que a existência de um direito material de cautela é consequência natural e lógica do reconhecimento da existência de uma pretensão cautelar (de segurança do direito) que pode ser exercida por meio

³⁰³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos. p.188.

da ação cautelar, e, em sendo assim, será objeto (e mérito, portanto) de um processo cautelar no qual, uma vez prolatada sentença procedente, se verá reconhecido o direito substancial de cautela. E, como visto, este se fará presente (e levará à procedência da ação cautelar) quando estiver presente um *aparente direito ou situação juridicamente tutelável exposta a um perigo de dano (e não de demora)*.

De toda sorte ainda, a existência de um direito material de cautela a ser afirmado na sentença de procedência de uma ação cautelar naturalmente deve conduzir à necessária reconstrução do conceito da coisa julgada na ação cautelar e também no enfrentamento da questão sobre a definitividade ou não da sentença cautelar, temáticas que são correlatas ao objeto do presente trabalho, mas que não serão aqui abordados em razão da própria limitação que esta dissertação possui intrinsecamente.

Todavia, outra questão correlata à temática central deste trabalho e que não se pode deixar de abordar a partir, mais uma vez, de uma leitura crítica e mediada, especialmente também porque terá consequências práticas na perspectiva de uma mudança legislativa iminente no processo civil brasileiro, é a temática relativa à instrumentalidade que é inerente à tutela cautelar. É o que se verá adiante.

4.3 A QUESTÃO DA INSTRUMENTALIDADE DA TUTELA CAUTELAR: SEUS ASPECTOS, REFLEXOS E CONSEQUÊNCIAS

Outro ponto substancialmente importante para a compreensão do fenômeno da tutela cautelar, inclusive no ponto a que se refere o presente trabalho tangente à distinção entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela (em especial, aquela satisfativa urgente) diz respeito ao conceito igualmente cunhado por Calamandrei de *instrumentalidade*. Nesse diapasão, as diversas percepções desta característica que o mestre florentino asseverou como presente em todos os provimentos cautelares possuem uma importância para a compreensão teórica, mas também de inegável repercussão prática, voltada necessariamente, como se verá, à consequência da necessidade imperiosa (ou não) de um provimento jurisdicional que seja diverso daquele cautelar eventualmente concedido.

Na exposição do tema e de suas repercussões, parece importante assinalar ao menos quatro visões distintas sobre a *instrumentalidade*: (i) a concepção de Calamandrei (e, daquela parte da doutrina que o acompanha); (ii) as críticas que a doutrina italiana fez ao conceito de instrumentalidade apontado pelo mestre florentino; (iii) a recepção e mediações realizadas pela doutrina brasileira no que tange à instrumentalidade; e (iv) uma tendência que se pode dizer atual da doutrina italiana no sentido do que vem se chamando de *instrumentalidade atenuada*, do que resultará também uma apreciação crítica desta visão, feita a partir de argumentos expostos pela doutrina brasileira.

Dessa maneira, para uma melhor visualização das formas de análise do tema, parece mais adequado dividir em tópicos separados cada uma destas perspectivas sobre a instrumentalidade, o que se fará a seguir.

4.3.1 A instrumentalidade na concepção de Piero Calamandrei

Como já apontado, na teorização de Calamandrei, que foi fundamental para toda construção da própria teoria da tutela cautelar, a partir de sua obra clássica, "*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*", a nota mais marcante, para o mestre florentino, deste tipo de tutela jurisdicional é justamente a sua *instrumentalidade*.

Na perspectiva de Calamandrei, aliás, a instrumentalidade é traço essencialmente característico e próprio dos provimentos cautelares e é vista a partir da noção de que as medidas cautelares não têm fim em si mesmas, porquanto estão sempre preordenadas à emanção de um provimento ulterior e definitivo como resultado prático que asseguram de forma preventiva, em razão do que conceitua a instrumentalidade como o caráter mais nítido dos provimentos cautelares, inclusive quando se pensa na distinção deles para com as chamadas "declarações com função predominantemente executiva"³⁰⁴.

Nas palavras do mestre florentino,

³⁰⁴ CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Padova: Cedam, 1936. p.44.

*hay, pues, en las providencias cautelares, más que la finalidad de actuar el derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho. La tutela cautelar es, en relación al derecho substancial una tutela mediata: más que hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia.*³⁰⁵

É justamente em razão dessa noção da instrumentalidade sob o prisma de vincular, sempre, a tutela cautelar a uma providência definitiva, que servirá para atuar o direito no processo principal, que Calamandrei concebe o provimento cautelar como aquele para assegurar o funcionamento da justiça.

E, compreendendo-se todas as medidas jurisdicionais como instrumentais em relação ao direito substancial, pois este é atuado no processo por meio de tais providências, as medidas jurisdicionais que assegurem outras medidas desta natureza terão, como quer o mestre florentino, uma "instrumentalidade qualificada", elevada ao quadrado. Nessa relação, são um meio para melhor êxito de outro meio para atuar o direito, e, é assim que Calamandrei cunha sua famosa expressão sobre o processo cautelar, afirmando que este é o "instrumento do instrumento"³⁰⁶.

Ainda sobre a instrumentalidade, o mestre de Firenze assinalará que esta deve ser compreendida como uma "instrumentalidade hipotética", porquanto ela se faz presente a partir do *fumus boni iuris*, e, portanto, *a partir de uma hipótese de que aquele que requer uma medida cautelar, hipoteticamente no plano jurídico, tenha efetivamente o direito que se alega sujeito a um periculum*. Para Calamandrei, é esta instrumentalidade vista sob a perspectiva da hipótese que permite distinguir o arresto executivo do arresto cautelar, porquanto este se determina quando o título executivo ainda está *sub iudice*, enquanto aquele somente é possível depois de instaurada a execução e, portanto, a partir do título executivo.³⁰⁷

³⁰⁵ CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Padova: Cedam, 1936. p.44. (com grifos no original)

³⁰⁶ *Id.*

³⁰⁷ *Ibid.*, p.113.

De forma geral, então, a instrumentalidade para Calamandrei é a nota essencial dos provimentos cautelares, uma vez que estes não têm um fim em si mesmos, e, em razão disso, sempre protegem um processo principal (no qual será emanada uma providência definitiva) e que, portanto, é uma instrumentalidade *ao quadrado* e apenas hipotética, pois ainda não se tem certeza (título) do direito afirmado por quem reclama a medida cautelar.

Todavia, a concepção do mestre florentino sobre a instrumentalidade não ficou imune a críticas e mediações, inclusive de parte da doutrina italiana, como se verá a seguir.

4.3.2 Algumas críticas feitas pela doutrina italiana à concepção de Calamandrei sobre a instrumentalidade

Não obstante a significativa repercussão e recepção da conceituação de Piero Calamandrei sobre a instrumentalidade (que, como se viu alhures, para o mestre florentino, é a nota mais *essencial e característica* dos provimentos que ele reconhece como cautelares), próprias da sua inegável autoridade intelectual e mesmo da coerência de seus argumentos, o conceito de *instrumentalidade*, tal como apontado em *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* não deixou, como já apontado, de ser objeto de críticas agudas.

Ugo Rocco fará uma crítica à exposição de Calamandrei, lembrando que a instrumentalidade apontada pelo mestre florentino é, na sua própria teorização, uma *instrumentalidade hipotética* que se faz presente no momento da concessão como uma hipótese possível, no caso da prolação de provimento definitivo que seja favorável ao autor e, portanto, confirme a tutela cautelar. Ora, se é assim, diz Rocco, como é possível advertir que a instrumentalidade é um dado essencial e característico como elemento de relação que não pode faltar entre provimento cautelar e definitivo se está condicionada a um determinado conteúdo deste?³⁰⁸

³⁰⁸ ROCCO, Ugo. **Trattato di diritto processuale civile**. Torino: UTET, 1960. v.5: Parte speciale: Processo cautelare. p.60-61.

A resposta de Rocco é no sentido de que a instrumentalidade cunhada por Calamandrei não pode então ser vista como essencial na relação entre provimento cautelar e definitivo. Porém, Rocco não nega o caráter instrumental da tutela cautelar, mas o faz enquanto ela, na perspectiva jurisdicional, mantém sempre aquela relação entre *meio* e *fim*, que, em verdade, possui toda atividade jurisdicional e que, dessa feita, não pode ser vista como característica que permita distinguir a tutela cautelar dos demais atos e provimentos que se manifestam no processo.³⁰⁹

Em outra perspectiva de análise, buscando firmar parâmetros sobre a autonomia da tutela cautelar, Franco Lancellotti também empreenderá críticas à teoria da instrumentalidade de Calamandrei, em sentido semelhante aos afirmamentos feitos por Ugo Rocco, mas a partir de outra óptica.

Lancellotti assevera que quando se fala em um provimento cautelar permanece identificado, como diria Calamandrei, com a finalidade de "*immancabile preordinazione alla emanazione di un successivo provvedimento*", na realidade somente se coloca o provimento cautelar em relação com um provimento definitivo que lhe é sucessivo, mas que tem conteúdo indeterminado. A partir dessa ideia então, Lancellotti se questiona efetivamente sobre a existência de alguma autonomia cautelar.³¹⁰

Para responder a sua própria indagação, Lancellotti toma como objeto de estudo as medidas de instrução preventiva (meios de asseguaração da prova) e também sobre provimentos cautelares, para chegar à conclusão de que, em alguns casos, esses provimentos possuirão algum grau de definitividade por si mesmos, independentemente dos provimentos sucessivos.³¹¹

Para Lancellotti,

se il provvedimento cautelare può avere una vita a sè e perfino, tal volta, una propria definitività, se il provvedimento cautelare molte volte non è seguito dal provvedimento principale, non si può concepirlo come mero termine di una relazione. Se viè possibilta che il rapporto non si fondi, allora, tutte le volte che l'intervento del provvedimento principale non viene a costituire la condizione essenziale della natura del provvedimento cautelare,

³⁰⁹ ROCCO, Ugo. **Trattato di diritto processuale civile**. Torino: UTET, 1960. v.5: Parte speciale: Processo cautelare. p.61/63.

³¹⁰ LANCELOTI, Franco. Osservazioni critiche intorno all'autonomia processuale della tutela cautelare. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, p.252-253, 1942.

³¹¹ *Ibid.*, p.254/256.

*sara stato questo um nulla, uno zero giuridico, pur rimandando posto in essere in attuazione di una norma di legge? L'autonomia del provvedimento cautelare non può infinitamente tendere verso un secondo termine che può anche non esistere, ma, se autonomia vi deve essere, essa deve ricercarsi solo nella natura e nello scopo intrínseco del provvedimento cautelare.*³¹²

Não se pode olvidar, todavia, de contextualizar a crítica feita por Lancellotti, pois tem como ponto de partida a própria teoria de Calamandrei sobre a natureza cautelar, por exemplo, dos procedimentos de instrução preventiva. Já se asseverou, em outra parte do trabalho, que uma parcela significativa da doutrina brasileira compreende que tais provimentos não têm natureza cautelar, porquanto não tem qualquer relação de instrumentalidade com outra tutela normativa.³¹³

Destarte, por uma simples questão de método, se o objeto de pesquisa não corresponde ao campo delimitado, logicamente que os resultados não podem ser coincidentes. Ou, em outras palavras, se os provimentos de asseguuração da prova não têm natureza cautelar, não podem ser analisados sob esta perspectiva.

De qualquer forma, as objeções feitas por Lancellotti à teoria de Calamandrei revelam igualmente a incompletude ou a própria incorreção, senão da noção em si mesma, ao menos do âmbito de aplicação da instrumentalidade cunhada pelo mestre de Florença.

Mas, como já apontado em outra parte deste trabalho, um dos mais ferrenhos críticos da teoria de Piero Calamandrei foi Carlo Calvosa. E, no que tange à instrumentalidade, isso não foi diferente, pois este último dedica em sua obra, *La tutela cautelare (profilo sistematico)*, algumas páginas de exposição de afirmamentos contrapostos àqueles apresentados pelo mestre florentino sobre a instrumentalidade.

Para fazer suas críticas, Calvosa parte da análise das causas que condicionam a extinção da tutela cautelar quando da extinção do juízo de mérito, em função do qual era conexa a medida de natureza cautelar. Faz isso como ponto de partida da análise de contraposição que faz à teoria de Calamandrei, que sustenta sua ideia de instrumentalidade do provimento cautelar, justamente a partir da concepção de sua indelével relação de nexa causal obrigatória com o provimento principal.

³¹² LANCELOTTI, Franco. Osservazioni critiche intorno all'autonomia processuale della tutela cautelare. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, p.252-253, 1942. p.256.

Em resumo, os argumentos de Calvosa são expostos no sentido de que a tutela cautelar deve, efetivamente, perder seus efeitos quando da extinção do juízo de mérito, da rejeição da demanda ou mesmo de seu acolhimento, porque, em verdade, em todos estes casos houve a atuação concreta da tutela normativa.³¹⁴ Evidentemente que esta sua visão tem total relação com a sua própria ideia da funcionalidade da tutela cautelar, lembrando que, como já apontado, para Calvosa, o provimento cautelar tem por escopo a asseguuração da atuação da própria tutela normativa.³¹⁵

Aliás, é justamente em razão disso que Calvosa irá assinalar que a tutela cautelar, igualmente, deve ter como elemento característico não a provisoriedade, mas sim a temporariedade, no sentido que sua manutenção é coordenada diretamente à atuação concreta e real da tutela normativa.³¹⁶

Portanto, Calvosa não se furta de assinalar suas críticas sobre a concepção de Calamandrei. Em certa passagem, comentando trecho da obra do mestre florentino em que este apresenta uma conclusão sobre a relação de dependência que o provimento cautelar possui em relação ao provimento definitivo, dado que este, quando prolatado, deve levar à extinção daquele, aponta que

sembra che questa conclusione non colga nel segno, allorquando attribuisce natura strumentale ai provvedimenti cautelari, collegando sempre e necessariamente il provvedimento cautelare a quello definitivo di merito e costituendo il collegamento in funzione del danno giuridico, derivante dal ritardo nell'emanazione di un provvedimento giurisdizionale definitivo,

³¹³ Vide nota de rodapé 127.

³¹⁴ CALVOSA, Carlo. **La tutela cautelare**: profile sistematico. Torino: Unione Tipografico-Editricce Torinese, 1963. p.181.

³¹⁵ Vide nota de rodapé 105.

³¹⁶ CALVOSA, Carlo. **La tutela cautelare**: profile sistematico. Torino: Unione Tipografico-Editricce Torinese, 1963. p.181.

sustentando que mais de uma vez a doutrina advertiu a necessidade de uma revisão do conceito de instrumentalidade, entendida como relação intercorrente entre provimento cautelar e definitivo.³¹⁷

Igualmente, nas palavras de Calvosa, "*A mio vedere, non è che la tutela cautelare non abbia natura strumentale, ma è piuttosto che la strumentalità delle misure cautelari non può essere ravvisata in un rapporto, direi quasi di dipendenza, della misure cautelare rispetto alla misure...definitiva*"³¹⁸. Ou seja, Calvosa não dispensa a instrumentalidade da tutela cautelar como sua própria característica, mas sustenta expressamente que esta relação não se dá com a medida (provimento) definitiva.

E, para sustentar seu ponto de vista, volta ao ponto de que a tutela cautelar *jurisdicional* é apenas uma espécie do gênero tutela cautelar que, como visto, admite ainda, por exemplo, a chamada tutela cautelar negocial (ou convencional).³¹⁹ Assim, a compreensão (e conceituação) do fenômeno da instrumentalidade da tutela cautelar, se vista apenas sob o prisma de uma de suas espécies (aquela *jurisdicional*), por evidente apresentaria uma visão distorcida ou, na melhor das hipóteses, incompleta. Por isso, e de forma adequada e coerente à sua teorização, Calvosa sustenta que se pode falar de instrumentalidade, que "*esprime la relazione intercorrente tra tutela cautelare e tutela normativa o, in altro senso, tra situazione cautelante e situazione cautelanda*"³²⁰.

A teoria de Calamandrei também sofre uma crítica, que embora pareça menos intensa, é igualmente confrontante, por parte de Ferruccio Tommaseo. Este, a partir de algumas observações feitas em algumas leis e por parte da doutrina, afirma que o vínculo de instrumentalidade parece estar sendo atenuado, do que resulta que o caráter instrumental dos providimentos cautelares, na forma como estabelecido pelo mestre florentino, não parece mais resolutivo à finalidade de qualificação de determinado

³¹⁷ *Ibid.*, p.186.

³¹⁸ CALVOSA, Carlo. **La tutela cautelare**: profile sistematico. Torino: Unione Tipografico-Editricce Torinese, 1963.

³¹⁹ Vide notas de rodapé 260 e 261.

³²⁰ CALVOSA, Carlo. **La tutela cautelare**: profile sistematico. Torino: Unione Tipografico-Editricce Torinese, 1963. p.192. (com grifos no original)

provimento como cautelar. E assevera ainda que tal atenuação é ainda mais evidente naqueles provimentos de "tutela antecipatória"³²¹.

Tommaseo, então, sugere que a própria relativização do nexo instrumental não deve levar também a uma reconstrução da própria noção de cautela, em especial a partir da análise dos provimentos que antecipam o resultado de um provimento definitivo, satisfazendo o direito material.³²²

Esses afirmamentos críticos – que podem ser ressaltados como mediações ou mesmo releituras da noção de instrumentalidade como Calamandrei desenvolveu – a partir desta flexibilização (atenuação) do vínculo instrumental entre provimento urgente e provimento definitivo serão a base teórica que desaguará em uma mudança legislativa significativa no sistema italiano das medidas urgentes, como se verá mais adiante (especialmente, ponto 5.1 da dissertação).

Por outro lado, como visto, então, nas suas críticas, Calvosa desloca o eixo central da instrumentalidade, sem negá-la como elemento característico da tutela cautelar, do plano do processo em relação ao provimento definitivo, para o plano do direito material, apontando que relação de instrumentalidade a tutela cautelar mantém com a própria tutela normativa. Ou seja, pode-se dizer que é *tutela instrumental* de outra tutela.

E é substancialmente nesse ponto que a teoria de Calvosa parece mais próxima do ponto tangencial correto sobre a relação de instrumentalidade que a tutela cautelar apresenta. Pois, como se verá adiante, parte importante da doutrina brasileira vai sustentar, com argumentos convincentes, justamente que a tutela cautelar é sim instrumental, mas não a outro processo, mas a outra tutela.

³²¹ TOMMASEO, Ferruccio. **I provvedimenti d'urgenza**: struttura e limiti della tutela anticipatoria. Padova: Cedam, 1983. p.43. Tommaseo refere-se especialmente às ordenanças presidenciais que podem ser concedidas no interesse dos cônjuges e da prole (art. 708, 03.º "*comma*", CPC italiano, provimentos no interesse dos menores, de que trata o artigo 336, do Código Civil italiano, aos provimentos que concedem alimentos provisórios, na forma do artigo 446, também da Lei Civil italiana e daqueles provimentos presidenciais no curso de uma ação de "*separazione personale*" (p.34-35 e 44).

³²² TOMMASEO, Ferruccio. **I provvedimenti d'urgenza**: struttura e limiti della tutela anticipatoria. Padova: Cedam, 1983. p.215/217.

4.3.3 A instrumentalidade da tutela cautelar vista pela doutrina brasileira: a recepção à concepção de Calamandrei e também às críticas e a colocação da instrumentalidade sob outro prisma

De uma forma mais do que natural, a recepção das ideias de Calamandrei sobre a tutela cautelar no Brasil, seja pela doutrina, seja pela legislação, levou igualmente à recepção e reprodução de suas conceituações sobre sua noção de instrumentalidade que anima os provimentos cautelares. Isso se deu pelas razões já indicadas e pela indelével – e já aqui noticiada – influência da doutrina do mestre florentino no Brasil.

Nessa seara, a doutrina clássica nacional inclina-se, indiscutivelmente, no que tange à instrumentalidade para a concepção dos provimentos cautelares e visão do processo cautelar (e, como via de consequência, da tutela cautelar), como um "*instrumento do instrumento*"³²³.

Nas palavras de Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini e Flávio Renato Correia de Almeida,

se de um lado se pode afirmar que o processo tem caráter instrumental em relação ao direito material (por exemplo, às normas de direito civil), porque existe para fazer com que sejam efetivamente cumpridas estas normas, de outro lado, o processo cautelar existe para garantir a eficácia do processo de conhecimento ou da execução, sendo, logo, nesse sentido e nessa medida, instrumento do instrumento.³²⁴

Ainda, para esta parte da doutrina, a tutela cautelar é um direito do Estado e não da parte, para que a própria jurisdição possa garantir sua utilidade e seriedade, pois o jurisdicionado apenas tem direito à tutela jurisdicional ao fim do processo, no mesmo sentido que já havia sido sustentado por Chiovenda, Calamandrei e os demais doutrinadores italianos que seguiram suas lições.

³²³ WAMBIER, Luiz Rodrigues, TALAMINI, Eduardo; DE ALMEIDA, Flávio Renato Correia. **Curso avançado de processo civil: processo cautelar e procedimentos especiais**. 9.ed. São Paulo: RT, 2008. v.3. p.39.

³²⁴ *Id.*

Humberto Theodoro Júnior também leciona, a esse respeito, que "o Estado oferece a tutela cautelar à parte", justificando a ideia de que a tutela cautelar e o processo cautelar, por conseguinte, são colocados à disposição dos litigantes, para eliminar situação de dano.³²⁵

Theodoro Júnior, fazendo um breve resumo da exposição de algumas ideias de Calamandrei, Liebman e Carnelutti sobre a instrumentalidade da tutela cautelar, sustentará que este modal de tutela jurisdicional coloca-se no plano como puramente instrumental da própria finalidade geral da jurisdição, como remédio a garantir a eficácia útil de outro processo (seja este de conhecimento ou de execução). Nessa mesma ordem de ideias, vai dizer que sua eficácia sobre a "lide" (aqui entendida como aquela delineada no chamado "processo principal") é apenas mediata, porquanto incidente sobre outro processo; e é sobre este sim que incidirá sua eficácia imediata.³²⁶

Aliás, também acentua, como Calamandrei já havia apontado – e nisso, denunciando o seguimento da doutrina do mestre italiano –, que a instrumentalidade é "a mais importante característica do processo cautelar", concluindo que "seu fim imediato não é a satisfação do direito substancial da parte, mas apenas servir imediatamente ao processo principal, preservando situações e garantindo-lhe o resultado útil"³²⁷.

Ainda nessa compreensão, a exposição do direito da parte à situação de dano merece proteção do Estado, mediante o processo cautelar, para assegurar, para a doutrina clássica, o resultado do processo no qual se discute o direito exposto ao dano.

Na lição de Humberto Theodoro Júnior:

assim, ao eliminar uma situação de perigo que envolve apenas um interesse do litigante, o processo cautelar está, acima de tudo, preocupado em

³²⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 42.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v.3. p.541.

³²⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 16.ed. São Paulo: LEUD, 1995. p.62.

³²⁷ *Ibid.*, p.65-66.

assegurar que o resultado do processo principal seja, em qualquer hipótese, útil e consentâneo com a missão que se lhe atribuiu.³²⁸

Cândido Rangel Dinamarco, discípulo de Liebman, que, como visto, é seguidor das ideias de Calamandrei, aponta no mesmo sentido do mestre florentino, sustentando que essa instrumentalidade presente no processo (e, portanto, na tutela cautelar) é uma instrumentalidade eventual e de segundo grau, pois, nas suas próprias palavras,

é eventual porque se efetivará se e quando houver necessidade do processo principal. É de segundo grau, porque as medidas cautelares colocam-se como instrumento a serviço do instrumento: elas servem à eficiência do provimento jurisdicional principal e este, por sua vez, serve ao direito material e à própria sociedade.³²⁹

Nessa dimensão, fica mais do que clara, na doutrina de Dinamarco, a correlação (para não dizer a repetição com outras palavras) da lição de Calamandrei sobre a *instrumentalidade hipotética* e de que o processo cautelar é *instrumento do instrumento*.

Victor Marins também tratará a instrumentalidade como importante traço das medidas cautelares. Entretanto, fará a advertência a que não é possível "erigir tal característica à hierarquia de viga-mestra desse edifício", não se devendo, portanto, vê-la como "nota típica fundamental" dos provimentos cautelares.³³⁰

Todavia, salientando que os provimentos cautelares, na sua relação com o chamado "processo principal", devem ser levados em conta tendo-se em mente que, por vezes, esta lide principal sequer é instaurada, razão pela qual faz sentido entender a instrumentalidade como cunhada por Calamandrei, no sentido de sua

³²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 42.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v.3. p.541.

³²⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: RT, 1987. p.372.

³³⁰ MARINS, Victor A. A. Bonfim. **Tutela cautelar**: teoria geral e poder geral de cautela. Curitiba: Juruá, 1996. p.172-173.

"instrumentalidade hipotética" ou ainda, como quer Cândido Dinamarco, na esteira de sua instrumentalidade eventual.³³¹

Veja-se que, de qualquer forma, Victor Marins recepciona as ideias de Calamandrei, embora com elas faça uma mediação importante, ressaltando o plano hipotético da instrumentalidade das medidas cautelares e, o que é mais significativo, apontando que tal instrumentalidade se dá em relação a um *processo*, chamado de principal.

Vicente Greco Filho também devotará sua noção da instrumentalidade da tutela cautelar (em verdade, ele está a falar de *medidas cautelares*) naquele sentido cunhado por Calamandrei, ao sustentar que tais medidas têm finalidade instrumental "porque elas não têm finalidade ou objeto em si mesmas, mas existem em função de outro processo", em razão também do que assume a noção de instrumentalidade hipotética sustentada pelo mestre florentino.³³²

Da mesma forma, José Miguel Garcia Medina sustentará a instrumentalidade no sentido que a ela empresta Piero Calamandrei, tratando-a como *dupla instrumentalidade*. Nas suas próprias palavras,

se o processo é considerado instrumento para declaração (conhecimento) ou satisfação (execução) do direito subjetivo, e a tutela cautelar instrumento para proteção de tais resultados, a tutela cautelar é o "instrumento do instrumento" (Piero Calamandrei, *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*, p. 41). Daí porque se diz que na tutela cautelar há dupla instrumentalidade. Sendo *instrumental*, não se admite que a tutela cautelar requerida não seja pertinente à ação principal.³³³

Especificamente também, o Código de Processo Civil brasileiro de 1973 adotou a noção da instrumentalidade apontada por Calamandrei como uma característica inerente a todo *procedimento cautelar* recepcionando no direito

³³¹ MARINS, Victor A. A. Bonfim. **Tutela cautelar**: teoria geral e poder geral de cautela. Curitiba: Juruá, 1996. p.173.

³³² GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.3. p.167.

³³³ MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: RT, 2011. p.898-899.

positivo as concepções do mestre florentino sobre o caráter duplamente instrumental da tutela cautelar.

As provas evidentes de tal recepção se encontram em diversos dispositivos previstos na lei processual civil sobre a tutela cautelar. Veja-se o que dizem os artigos 796³³⁴, 801, inciso III³³⁵ (ao tratar da lide principal como requisito da petição inicial da ação cautelar preparatória, quando ainda a ação principal não está proposta), 807³³⁶ e o 808, inciso III³³⁷ (talvez o mais significativo de todos, pois condiciona a manutenção da tutela cautelar concedida ao resultado do processo principal).

Todavia, partindo-se da premissa adotada no presente trabalho, da tutela cautelar inserida no plano do direito material, com a compreensão de seu indelével pertencimento à esfera da *tutela dos direitos*, a concepção da instrumentalidade nos termos cunhados por Calamandrei, e recepcionados pela doutrina clássica brasileira e pela própria legislação nacional, não pode passar sem ser revista criticamente, colocando-a sob outras lentes, que parecem mais adequadas à atual conformação da atividade jurisdicional no Estado Constitucional.

Nessa dimensão, a teoria de Ovídio Baptista da Silva assume, novamente, importante papel na reconstrução da ideia da instrumentalidade da tutela cautelar a partir de novos paradigmas e referenciais teórico-ideológicos.

Se, como já visto neste trabalho, para o mestre gaúcho "a tutela cautelar, portanto, protege o direito e não o processo, como muitos entendem"³³⁸, parece claro e lógico que sua eventual instrumentalidade não esteja ligada a um *processo*. E, na esteira da coerência que marca sua obra, Ovídio Baptista da Silva sustenta, criticando a

³³⁴ CPC, Art. 796. "O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do **processo principal e deste é sempre dependente.**" (sem grifos no original)

³³⁵ CPC, Art. 801. "O requerente pleiteará a medida cautelar em petição escrita, que indicará: [...] III - a lide e seu fundamento."

³³⁶ CPC, Art. 807. "**As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal;** mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas." (sem grifos no original)

³³⁷ CPC, Art. 808. "Cessa a eficácia da medida cautelar: [...] III - se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento do mérito."

³³⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil:** processo cautelar (tutela de urgência). 3.ed. São Paulo: RT, 2000. v.3. p.49.

concepção de Calamandrei, que a instrumentalidade que se faz presente na tutela cautelar está ligada a um direito ou pretensão cautelar. Como ele adverte expressamente,

ninguém nega que a proteção cautelar seja instrumental por natureza, pois que há um inafastável sentido de *transitividade* na ideia de assegurar. Quem assegura, assegura alguma coisa. Nossa inconformidade não é quanto a isso. Afirmamos, tão só, que a "pretensão à segurança", assim como a "pretensão à declaração" é uma situação jurídica que se destina a proteger uma "*situação reconhecida como digna de proteção pela ordem jurídica*", seja ela um direito subjetivo, ou uma pretensão, ou uma ação. **A proteção cautelar é instrumental de um direito ou de uma pretensão que são assegurados por ela.** A dependência ou acessoriedade se se quiser, estabelece-se no plano do direito material e não no plano do direito processual.³³⁹

Nessa perspectiva, a crítica de Ovídio Baptista da Silva à teoria de Calamandrei vai ainda mais além. O processualista gaúcho aponta que, a partir dessa noção então, a instrumentalidade não serve como critério de classificação (e identificação, portanto) para os provimentos cautelares, porquanto, de forma lógica, todas as providências jurisdicionais acabam sendo instrumentais ao direito material e(ou) à pretensão que protegem (que, ele, no caso da tutela cautelar, definiu e reuniu sob o signo da *situação cautelanda*). Assim, Baptista da Silva termina asseverando sobre a "inadequação do conceito de *instrumentalidade* como elemento definidor da cautelaridade, por tratar-se de um conceito impreciso e que possibilita a inclusão, dentre as medidas cautelares, de situações das mais variadas espécies que nada têm a ver com esta matéria"³⁴⁰.

Em igual sentido, e porque também situam a tutela cautelar no plano do direito material, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart igualmente deslocam o eixo da instrumentalidade que anima a tutela cautelar do processo para a tutela de um direito. Afinal de contas, se, para os processualistas paranaenses, "a tutela cautelar é direito da parte, correlacionada com o próprio direito à tutela do direito"³⁴¹, sua instrumentalidade somente pode estar ligada a esta tutela do direito.

³³⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **A ação cautelar inominada no direito brasileiro**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p.99. (com itálicos, mas sem grifos no original)

³⁴⁰ *Ibid.*, p.100-101. (com grifos no original)

³⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo cautelar**. 2.ed. São Paulo: RT, 2010. v.4. p.22.

Com efeito, pois, na esteira do entendimento sustentado por esta teoria, a tutela cautelar não objetiva garantir a efetividade da ação, propriamente dita, e não pode ser vista como uma técnica processual para tal finalidade. O direito à tutela cautelar deriva do próprio direito material, e está intimamente ligado à proteção do direito à tutela do direito. E, tanto é assim que a parte autora, quando vai a juízo, busca a efetividade do direito material e não a efetividade do processo.

Assim, na conceituação de Marinoni e Arenhart, a tutela cautelar, se compreendida como um instrumento – e assim deve ser –, só poder ser um instrumento destinado a assegurar a viabilidade da obtenção da tutela do direito ou para assegurar uma situação juridicamente tutelável.

Com efeito, o que a tutela cautelar protege não é o direito em si, mas sim a tutela a ele correlata. Não é, portanto, por exemplo, o direito de crédito que eventual tutela cautelar de arresto protege, mas sim proteção estatal (jurisdicional) do direito de crédito que o arresto cautelar irá assegurar. E esta concepção, notadamente, representa também uma crítica à concepção clássica da instrumentalidade, como idealizada por Calamandrei.

Para Marinoni e Arenhart,

a tutela cautelar é caracterizada pela instrumentalidade, mas em um sentido bastante diferente daquele que lhe foi atribuído pela doutrina clássica. A tutela cautelar não é um instrumento do instrumento, ou seja, um instrumento do processo que presta a tutela jurisdicional do direito, satisfazendo ou realizando o direito material. A tutela cautelar é um instrumento vocacionado a dar segurança à tutela do direito desejada, ou que pode vir a ser ambicionada, no processo principal.³⁴²

Não se olvide que Marinoni e Arenhart compreendem que, em se tutelando a tutela do direito, por extensão se tutela também o direito em si e sua pretensão de direito material.³⁴³ Porém, da mesma forma, lecionam com inegável correção de que

³⁴² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo cautelar**. 2.ed. São Paulo: RT, 2010. v.4. p.36.

³⁴³ *Ibid.*, p.26.

o titular de um direito "somente pode temer a impossibilidade de obter a tutela"³⁴⁴ do direito que detém.

Para concluir o raciocínio acerca desta nova compreensão, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart asseveram, de forma clara que,

quando o direito é violado e surge ao seu titular o direito à tutela deste direito, pode aparecer uma situação de perigo capaz de obstaculizar sua efetividade. Neste momento, para assegurar o exercício dinâmico do direito, ou o modo pelo qual o direito se realiza ou é tutelado, ou seja, a tutela prometida ao próprio direito em sua dimensão estática, deve ser utilizada a tutela cautelar, que é a tutela de segurança da tutela jurisdicional do direito.³⁴⁵

Assim, como entendem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, a finalidade da tutela cautelar é a asseguaração de um direito violado ou, em outro caso, assegura uma situação jurídica tutelável, ou seja, uma situação jurídica a ser tutelada pelo chamado processo principal.³⁴⁶

Alcides Munhoz da Cunha também critica a posição sustentada por Calamandrei sobre a instrumentalidade da tutela cautelar, apontando que esta não convence e que, inclusive, "pode ser situada como uma das causas principais da confusão que reina em sede cautelar"³⁴⁷.

Nesta dimensão, afirmará de forma taxativa que

inexiste esta necessária relação de meio e fim entre o resultado da atividade cautelar e o resultado do processo definitivo, entre a solução da proposita lide processual no processo cautelar (segurança do processo principal) e a solução da lide no processo definitivo ou principal.³⁴⁸

³⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo cautelar**. 2.ed. São Paulo: RT, 2010. v.4. p.26.

³⁴⁵ *Id.*

³⁴⁶ *Ibid.*, p.23.

³⁴⁷ MUNHOZ DA CUNHA, Alcides Alberto. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: RT, 2001. v.11. p.189.

³⁴⁸ *Ibid.*, p.190.

Para Munhoz da Cunha, aliás, a prova cabal do que ele chama de "vício da relatividade do fim do processo cautelar" é a própria afirmação de Calamandrei sobre o caráter hipotético da instrumentalidade, porquanto se esta apenas se admite *em hipótese* é porque, em concreto, não se pode afirmar que exista sempre. E, dessa maneira, então, tal característica não serve como fundamento da tutela cautelar.³⁴⁹

Conclui, sustentando expressamente, que

não obstante, continua sem explicação convincente o suposto nexos de causalidade ou instrumentalidade entre um processo cautelar e um processo definitivo, entre a solução da lide ou do objeto de conteúdo supostamente processual da função cautelar e a solução da lide de conteúdo ordinariamente substancial do processo principal. [...] Enfim, o fundamento da tutela cautelar, o seu conteúdo e seu escopo não podem ser identificados, como quis a dogmática, com a instrumentalidade hipotética, com a existência de uma lide processual e com o fim de tutelar o processo definitivo. Trata-se de jogo de palavras.³⁵⁰

Veja-se que, mais do que o deslocamento do eixo da instrumentalidade da tutela cautelar do plano do processo para o plano do direito material (ou da tutela do direito), Alcides Munhoz da Cunha está a negar a instrumentalidade da tutela de segurança. Por outro lado, nega expressamente a existência de nexos de causalidade entre a tutela cautelar o que se chama de *processo definitivo*, aliás, concepção de fácil comprovação e constatação, quando se imagina que a tutela cautelar pode atuar – ou ter atuado – mesmo nos casos em que, posteriormente, se reconheça a inexistência do direito material que se busca proteger no *processo principal*.

Na mesma direção da crítica à noção da instrumentalidade adotada por Calamandrei, Cassio Scarpinella Bueno sustenta não ser possível a adesão a tal modelo, especialmente porque concebe um direito material de cautela – como visto no tópico anterior – e também porque, nas suas palavras, "não há como aceitar o artificialismo da classificação dos 'processos', que desconhece que a finalidade da atuação jurisdicional é sempre, mesmo que com graus variáveis de intensidade ou

³⁴⁹ MUNHOZ DA CUNHA, Alcides Alberto. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: RT, 2001. v.11. p.192.

³⁵⁰ *Ibid.*, p.189.

com diferentes técnicas, tutelar (proteger) o plano a ele exterior, o plano material"³⁵¹, especialmente a partir da dimensão constitucional do acesso à jurisdição e do direito de ação.

De toda sorte, a partir das críticas que a doutrina brasileira em consonância com a exigência da *tutela dos direitos* faz em relação à instrumentalidade da tutela cautelar na concepção de Calamandrei e sua recepção pela doutrina clássica brasileira e pelo Código de Processo Civil de 1973, a *instrumentalidade* da tutela cautelar parece ser desvelada no sentido da sua colocação no plano do direito material e das pretensões por ela asseguradas. Ou seja, a instrumentalidade da tutela cautelar precisa ser colocada, sempre, em relação ao direito material e às pretensões de segurança do direito que protege, no modelo de jurisdição assumido pelo Estado Constitucional.

4.3.4 A *instrumentalidade atenuada* na recente doutrina italiana: reflexões e críticas

A doutrina italiana recentemente vem apresentando uma teorização sobre o que se chamou de *strumentalità attenuata*³⁵², como tentativa de explicação de um fenômeno advindo por uma modificação legislativa importante no que tange ao que se entende na Itália por *provimento cautelare*, tendo-se em mente que a maior parte da doutrina ainda, como já se asseverou, se prende às amarras teóricas de Calamandrei, ao considerar como cautelar qualquer provimento que tenda a antecipar

³⁵¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos. p.185.

³⁵² Tradução livre: "instrumentalidade atenuada". Também se encontra a expressão *strumentalità allentata* (em tradução livre, *instrumentalidade flexibilizada*), como sinônimo significativo do mesmo fenômeno. Por exemplo: PISANI, Andrea Proto; CAPONI, Remo. **Lineamenti di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 2001. p.310. Vale fazer uma observação (e contextualização) temporal importante. A publicação da obra conjunta de Pisani e Caponi a que se refere é *anterior* às modificações levadas a efeito na legislação processual italiana, em especial, à reforma no processo societário, que ocorre em 2004, e das modificações no Código de Processo Civil italiano, ocorridas em 2005 e 2006. Na obra em comento, os autores já comentavam as propostas de modificação legislativa que estavam em andamento e que acabaram resultando na perspectiva ora apontada.

ou assegurar os resultados de um provimento definitivo e, portanto, são cautelares também os provimentos satisfativos antecipados.

A perspectiva doutrinária ora apontada descreve o fenômeno surgido com o advento do Decreto Legislativo n.º 5/2003 (regulamenta processos no âmbito do direito societário) que, especialmente em seu artigo 23, primeiro parágrafo³⁵³, traz a inaplicabilidade do artigo 669, *octies*, do Código de Processo Civil, que é a disposição que determina que o juiz, ao conceder uma medida urgente, deve fixar um prazo peremptório para o ajuizamento da demanda de mérito (de cognição plenária).

Posteriormente, a inovação apresentada para os processos societários foi incorporada ao próprio Codice di Procedura Civile, com a inserção de um "*comma*" VI ao artigo 669-*octies*, que disciplina, que

*Le disposizioni di cui al presente articolo e al primo comma dell'articolo 669-novies non si applicano ai provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'articolo 700 e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile o da leggi speciali, nonchè ai provvedimenti emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto ai sensi dell'articolo 688, ma ciascuna parte può iniziare il giudizio di merito.*³⁵⁴

Na contextualização, é de se lembrar que as disposições do artigo 669-*octies* estabelecem (principalmente em seu "*comma*" I) que o juiz, ao acolher um pleito "cautelar" de forma preparatória, deve fixar um prazo peremptório não superior a

³⁵³ O texto do dispositivo legal determina que: "*Nelle controversie di cui al presente decreto, ai provvedimenti d'urgenza e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito non si applica l'articolo 669 octies del Codice di Procedura Civile, ed essi no perdono la loro eficácia se la causa non viene iniziata.*" (Tradução livre: "Nas controvérsias de que trata o presente decreto, os provimentos de urgência e os outros provimentos cautelares idôneos a antecipar os efeitos da decisão de mérito não se aplicam o artigo 669 *octies* do Código de Processo Civil, e aqueles não perdem sua eficácia se a causa não for ajuizada"). Destaca-se também que os provimentos cautelares e antecipatórios não sofrem distinção, como regra geral, na legislação processual italiana, porquanto naquele país, os provimentos de urgência (*provvedimenti d'urgenza*) são concedidos, seja qual for a sua natureza, com fundamento no artigo 700, da Lei Processual Civil italiana.

³⁵⁴ Tradução livre: "As disposições deste artigo e do artigo 669-*septies* não se aplicam aos provimentos de urgência prolatados com fundamento no artigo 7000 e aos outros provimentos cautelares idôneos a antecipar os efeitos da sentença de mérito, previstos pelo código civil ou pelas leis especiais, tampouco aos provimentos prolatados nas ações de nunciação de obra nova e de dano temido, mas qualquer parte pode iniciar a ação de mérito". Tais modificações se deram em decorrência do Decreto Legislativo n.º 35/2005, posteriormente modificado pela Legge

60 (sessenta) dias para que o autor dê início à ação tendente ao provimento definitivo (*giudizio di merito*, na expressão da legislação italiana), E, o artigo 669-*novies*, no seu primeiro "*comma*", adverte que se não se dá início ao *giudizio di merito* no prazo peremptório previsto no artigo 669-*octies*, o provimento dito cautelar perderá sua eficácia.

Em resumo, portanto, o que as novas disposições processuais determinam é a *desnecessidade do ajuizamento da ação tendente ao provimento definitivo (giudizio di merito) como medida obrigatória para manutenção da eficácia do provimento "cautelar" prolatado, podendo, sempre que isto for da vontade das partes, qualquer uma delas proceder ao início da ação que poderá produzir o provimento definitivo de mérito.*

Ressalta-se, desde já, que o legislador italiano tratou de assinalar que a desnecessidade da instauração da ação que visasse ao provimento definitivo se aplica aos provimentos prolatados com fundamento no artigo 700 do código, bem como àqueles que são idôneos a *antecipar os efeitos da sentença de mérito*, aplicando-se também aos provimentos emitidos nas ações de nunciação de obra nova e de dano temido. Ou seja, o legislador italiano, indubitavelmente, *decidiu que a regra da desnecessidade do ajuizamento da ação que levaria ao provimento definitivo não se aplica aos sequestros, destinados tanto à garantia de uma execução para pagamento de soma em dinheiro (sequestro conservativo) quanto à garantia de uma execução para entrega de coisa (sequestro giudiziario).*

Essa opção legislativa já havia sido apontada por Proto Pisani com um dos esquemas que se poderia adotar no que tange à relação existente entre os provimentos urgentes. Diz o processualista florentino que se pode continuar a atribuir aos provimentos "sumários" natureza cautelar, mantendo seu caráter provisório e instrumental. Ou ainda se poderia "saltar o fosso", e atribuir a alguns provimentos sumários natureza não cvautelar (e aqui, se está a falar daqueles que *antecipam de forma satisfativa os efeitos do provimento que seria definitivo*), no sentido que esses últimos são idôneos a se tornar definitivos ou, quando menos, não estão destinados a perder a sua eficácia se o processo de cognição plena não se instaura ou se extingue.³⁵⁵

n.º 80/2005, pelo Decreto Legislativo n.º 2173/2005 e pela Legge n.º 51/2006, alterando, dentre outras disposições, o artigo 669-*octies*, do Código de Processo Civil italiano.

³⁵⁵ PISANI, Andrea Proto. Due note in tema di tutela cautelare. **Foro Italiano**, V, p.151, 1983.

Diante das inovações legislativas, a doutrina italiana então tratou de explicar no plano teórico essa nova figura.

Remo Caponi foi um dos primeiros a tratar desse novo regramento, em um ensaio denominado "*La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea*". E, nele, o professor da Università degli Studi di Firenze observa que esta inovação representa a flexibilização ou a atenuação da relação de instrumentalidade entre o provimento cautelar e a sentença de mérito.³⁵⁶

Caponi, então, esclarece que esta nova regra flexibiliza o nexo de provisoriedade instrumental dos provimentos de urgência, fazendo com que estes se aproximem dos provimentos sumários simplificados executivos, mas sem perder o caráter cautelar, em razão de que ainda dependem como pressuposto de concessão da presença do *periculum in mora* e que, ao menos de modo potencial, estão a serviço de um provimento definitivo.³⁵⁷

Remo Caponi ainda adverte que as medidas cautelares que têm visão meramente conservativa continuam a manter o nexo rígido de instrumentalidade, pois perdem a eficácia com a não instauração da causa de mérito no prazo peremptório fixado pelo juiz, o que o leva a dizer que, então, "*la distinzione tra provvedimenti cautelari conservativi ed anticipatori, saldamente acquisita alla cultura processuale italiana nel suo valore teorico-concettuale, acquista così un notevole rilievo di diritto positivo*"³⁵⁸.

Como já apontado³⁵⁹, Remo Caponi já defendia antes mesmo do advento das reformas legislativas, em obra escrita em conjunto com Andrea Proto Pisani, a importância de se empreenderem modificações legislativas no sentido da flexibilização do nexo instrumental a ligar os provimentos "cautelares" ao provimento dito definitivo. Sustentavam os processualistas da universidade florentina que tais mudanças poderiam ser adotadas no sentido não somente da efetividade da tutela jurisdicional, mas também na perspectiva da economia dos próprios juízos, evitando que, da

³⁵⁶ CAPONI, Remo. **La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea**. Disponível em: <http://www.academia.edu/393742/2004_Caponi_La_tutela_sommaria_nel_processo_societario_in_prospettiva_europea>. Acesso em: 20 set. 2012.

³⁵⁷ *Id.*

³⁵⁸ *Id.*

³⁵⁹ Vide nota de rodapé 352.

emanação de um provimento cautelar sempre devesse seguir o ajuizamento de um processo de cognição plena (exauriente), sob pena de ineficácia daquele. Ainda, os professores advertiam que tal nexos de instrumentalidade deveria ser flexibilizado para todos os provimentos *cautelares*, fossem eles *conservativos* ou *antecipatórios*, o que, todavia, como se viu quando do afirmamento das regras positivadas, não foi feito pelo legislador italiano.³⁶⁰

Giovanni Arieta, como consequência da flexibilização da relação de instrumentalidade existente entre os provimentos urgentes e seus correlatos provimentos definitivos, vai assinalar a existência de um caráter *ultrattive*³⁶¹ dos provimentos de urgência com nítido caráter de antecipação satisfativa.³⁶²

Porém, Arieta apresenta uma ideia, a princípio, contraposta àquela defendida por Remo Caponi e Andrea Proto Pisani, sobre o fato de que a instrumentalidade também deveria ser atenuada para os provimentos conservativos. Nas suas próprias palavras, adverte que,

*una volta individuata, infatti, la caratteristica dell'anticipazione non già in un dato meramente teorico e descrittivo, bensì nell'introduzione di un regolamento provvisorio della lite ottenibile all'esito del giudizio di merito, non sembrano sussistere dubbi nell'escludere che i provvedimenti di sequestro, sia giudiziario sia conservativo, possano sopravvivere al mancato inizio del giudizio di merito.*³⁶³

Vittorio Denti já observava que, o advento do artigo 700 na lei processual civil italiana, que possibilitava a concessão dos chamados "*provvedimenti d'urgenza*" e que se permitiu a prolação de medidas satisfativas antecipadas (para ele, *effetto anticipatorio del provvedimento*), levou a doutrina a refletir sobre a oportunidade de atenuação deste vínculo de instrumentalidade em relação aos provimentos urgentes, com a adoção de previsões (legislativas) para esta atenuação. O que, para o autor,

³⁶⁰ PISANI, Andrea Proto; CAPONI, Remo. **Lineamenti di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 2001. p.310.

³⁶¹ Tradução livre: "ultra-ativo".

³⁶² ARIETA, Giovanni. **Trattato di diritto processuale civile**: le cautele, il processo cautelare. 2.ed. Milano: Cedam, 2011. v.11. p.29.

ocorreu com a reforma no processo societário, no qual, *"i provvedimenti cautelari aventi contenuto anticipatorio possano conservare la loro efficacia ed advere attuazione coattiva, anche se il procedimento di merito non venga iniziato o si estingua sucessivamente"*³⁶⁴.

Edoardo Ricci, em ensaio publicado no Brasil, faz uma análise da "Evolução da tutela urgente na Itália", cujo artigo tem por centralidade justamente as modificações levadas a efeito em razão da atenuação da relação instrumental entre provimentos urgentes e os provimentos definitivos que lhe podem ser correlatos.³⁶⁵

Ricci, profundo estudioso também do processo civil brasileiro, em especial no que tange às medidas de urgência, afirma que "atualmente, as medidas urgentes antecipatórias produzem os próprios efeitos mesmo na ausência – atual ou futura – do processo principal"³⁶⁶. Coloca-se ainda na posição de responder à questão acerca de até quando se manifestam os efeitos da tutela urgente concedida, apontando que essa resposta deve ter em mente que tais decisões não são capazes de produzir coisa julgada, concluindo ainda que

uma das partes poderá ajuizar sucessivamente uma demanda para obter uma sentença que decida a controvérsia no mérito. Nessa hipótese, se a sentença for incompatível com a medida urgente, esta perderá sua eficácia. Em conclusão, pode-se, portanto, afirmar que a eficácia da medida urgente de cunho antecipatório cessa de se manifestar caso seja posteriormente prolatada uma decisão contrária.³⁶⁷

Ressalta-se, todavia, que as medidas cautelares, para o professor de Milão, continuam a depender de um processo principal e de uma sentença de mérito,

³⁶³ ARIETA, Giovanni. **Trattato di diritto processuale civile**: le cautele, il processo cautelare. 2.ed. Milano: Cedam, 2011. v.11. p.30.

³⁶⁴ DENTI, Vittorio. **La giustizia civile**: lezioni introduttive. Bologna: Il Mulino, 2004. p.136-137.

³⁶⁵ RICCI, Edoardo. A evolução da tutela urgente na Itália. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). **Tutelas de urgência e tutelas cautelares**: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010. p.379-388.

³⁶⁶ *Ibid.*, p.383.

³⁶⁷ *Ibid.*, p.383-384.

sendo ineficazes na falta daquele ou ainda quando o processo principal não termina em uma sentença meritória em favor do autor, beneficiado pela medida cautelar.³⁶⁸

Na dimensão das lições de Edoardo Ricci, de fato, o processualista italiano acaba por identificar um necessário realce das distinções entre as medidas efetivamente cautelares e aquelas de cunho satisfativo antecipado, sustentando que, em razão disso, não se pode mais sustentar que, na Itália, o regime das medidas urgentes seja unitário. Nas suas palavras,

no que diz respeito à eficácia das medidas urgentes, é preciso fazer uma distinção entre as medidas instrumentais (ou cautelares em sentido estrito) e as medidas antecipatórias, pois existem profundas diferenças entre a disciplina de tais medidas. Por um lado, aquelas, pela instrumentalidade que as caracteriza, nascem e continuam a existir em função do processo principal e de uma futura sentença de mérito, tornando-se ineficazes na falta de tal processo, ou se o processo não se conclui com uma decisão de mérito. Estas, por outro lado, possuem função satisfatória e, portanto, tendem-se a configurar como algo que não depende do processo principal; trata-se, em outras palavras, de uma tutela que não se qualifica mais como instrumental e acessória, mas, em certa medida, como alternativa para quem – visando mais à satisfação do próprio direito do que a uma sentença passada em julgado – estiver disposto a se contentar com uma vantagem inferior aquela que se pode receber ao fim do processo ordinário de conhecimento.³⁶⁹

Sem dúvida, portanto, a manutenção dos efeitos de um provimento urgente que, concedido com finalidade de satisfazer antecipadamente os efeitos da sentença de mérito, independe para sua regular eficácia do ajuizamento de uma ação tendente à emanção de um juízo de mérito com cognição exauriente representa um avanço na perspectiva da legislação italiana, que, como apontado por Remo Caponi e Andrea Proto Pisani, tem sentido tanto na perspectiva da efetividade da justiça quanto na própria economia processual.

Porém, a concepção teórica que a doutrina italiana lhe deu não parece, salvo melhor juízo, como a melhor opção, inclusive terminológica. Falar de *instrumentalidade atenuada* ou *flexibilizada* não parece responder com precisão – inclusive linguística – ao fenômeno em comento.

³⁶⁸ RICCI, Edoardo. A evolução da tutela urgente na Itália. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). **Tutelas de urgência e tutelas cautelares**: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010. p.383-384.

³⁶⁹ *Id.*

Isso porque, ao que parece, a utilização do termo *instrumentalidade* remete ao pensamento de Calamandrei, que o define como elemento característico fundamental e principal dos provimentos por dele denominados cautelares, o que transforma o nexó instrumental como nota distintiva mais clara e premente dos provimentos cautelares em relação aos demais pronunciamentos jurisdicionais.

Assim, a doutrina italiana, reverente ao pensamento do mestre de Florença, prefere manter a denominação *instrumentalidade* como traço distintivo de qualquer medida urgente.

Ora, mas, se como já advertiu Remo Caponi, o próprio direito positivo italiano já reconhece a absoluta distinção entre os provimentos *de natureza cautelar* e os *de natureza antecipatória (satisfativa)* parece não haver mais razão para que a terminologia que mantinha, na teoria de Calamandrei, ambos unidos a serem reconhecidos como espécies do mesmo gênero, seja utilizada ainda hoje como traço comum aos dois tipos de provimento.

O que se quer dizer é que o termo *instrumentalidade flexibilidade (atenuada)* corresponde, em verdade, ao significado semântico de um fenômeno que *não guarda qualquer caráter de instrumentalidade*, ao menos não no sentido que Calamandrei lhe deu.

A instrumentalidade do mestre florentino, como dado essencial e necessário de determinado provimento, que é emanado *a serviço de outro provimento, este com forças para ser definitivo e que por isso é denominado de “principal”* por Calamandrei, de forma alguma subsiste na hipótese dos provimentos de urgência que dispensam, para manutenção de sua eficácia, o ajuizamento de uma ação voltada para a produção de uma decisão baseada em cognição plena.

Em outras palavras, nas hipóteses em que a doutrina italiana entende haver *instrumentalidade atenuada* não existe *nenhuma instrumentalidade*.³⁷⁰ A doutrina italiana, portanto, utiliza o termo instrumentalidade para caracterizar um provimento

³⁷⁰ Aqui se está a determinar um significado específico para o termo *instrumentalidade*. Isto porque, ao se pensar na perspectiva instrumental do processo, como elemento de atuação do direito material, não se tem como negar o caráter *instrumental dos provimentos antecipatórios e satisfativos*. Mas, em verdade, nesse sentido, não se tem igualmente como negar o caráter instrumental *de todo e qualquer provimento jurisdicional*.

que, dentro da própria perspectiva adotada como premissa, não tem nada de instrumental. Melhor seria, então, negar o caráter instrumental de tais provimentos.

Não se pode esquecer que a doutrina italiana cunha o termo *instrumentalidade atenuada* para contrapor, relativizando, aquela instrumentalidade que se faz presente nos provimentos conservativos (ou, para a concepção que se adota no presente trabalho, verdadeiramente *cautelares*). Nesse sentido, então, a utilização tem uma conotação, logicamente, contextualizada e relativa à abstração científica de que se está a tratar.

Nessa exata dimensão, então, a *instrumentalidade* continua a ser vista como um elemento fundamental aos provimentos urgentes, mas passa a servir como parâmetro de distinção entre as duas naturezas reconhecidas por Calamandrei que tais provimentos podem assumir: (i) conservativos e (ii) antecipatórios.

Ora, é de se lembrar a lição de Proto Pisani sobre o que ele chama, no direito italiano, de duas espécies de instrumentalidade: (i) uma, de natureza rígida (*strumentalità rigida*), existente quando o provimento "cautelar" prolatado antes da instauração da demanda de mérito se torna ineficaz se esta não é instaurada dentro de um prazo peremptório ou se, posteriormente, se torne extinta ; e (ii) outra, de natureza atenuada (*strumentalità attenuata* ou *allentata*), presente na qual a eficácia do provimento "cautelar" emanado inicialmente possa ser mantido, mesmo que não haja a instauração da demanda de mérito (lembrando, ainda, que qualquer das partes poderá provocar uma ação de mérito que possa levar à revogação da medida "cautelar" concedida e de seus efeitos).³⁷¹

A perspectiva, para a doutrina italiana, é que a *instrumentalidade* ganhe então uma qualificação para que se permita distinguir como ela se manifesta no sentido da distinção entre provimentos conservativos (cautelares) e antecipatórios (satisfativos). Mas o aporia parece ser facilmente (e melhor) resolvida de outra forma.

Basta reconhecer que *tutela cautelar* e *antecipação de tutela* (ou que se diga, *tutela antecipada*) não são fenômenos que possuem a mesma natureza jurídica,

³⁷¹ PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. 5.ed. Napoli: Jovene, 2006. p.599-600. Não se pode olvidar que o processualista de Firenze defende que, em uma primeira interpretação, o que ele chama de "instrumentalidade rígida" aplique-se somente ao sequestro (no direito italiano, à semelhança do nosso arresto, figura para garantir execução para pagamento de soma em dinheiro), estando presente a "instrumentalidade atenuada" nas demais medidas, para ele, cautelares.

embora sejam dois remédios voltados a eliminar situações de *perigo*. Isso representa abandonar em determinado sentido a teoria de Calamandrei, que, em razão das premissas teórico-ideológicas às quais o mestre florentino estava condicionado, talvez não pudesse reconhecer.

A resolução do problema da distinção entre um provimento *cautelar* e outro *satisfativo* passa então pela *absoluta ausência de instrumentalidade deste último, enquanto naquele primeiro, o caráter instrumental não pode ser obliterado*.

Na doutrina brasileira, tal perspectiva já foi perfeitamente compreendida, tanto que a expressão *instrumentalidade atenuada* ou *instrumentalidade flexibilizada* não foi utilizada no Brasil para distinguir os provimentos de natureza *satisfativa* daqueles *verdadeiramente cautelares*.

Aliás, a ausência de instrumentalidade, inclusive, é fato reconhecido na doutrina brasileira como *elemento que permite distinguir as duas espécies de provimentos voltados para eliminar situações urgentes*.

Nesse sentido, e por brevidade, veja-se a noção de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, que assinalam justamente a falta de instrumentalidade como uma das características que permite distinguir a tutela cautelar da antecipação de tutela urgente. Dizem os processualistas paranaenses expressamente que "a tutela antecipatória não é instrumento de outra tutela, não faz referência a outra tutela"³⁷².

Assim, como já se delineou anteriormente, o único sentido em que se pode falar de *instrumentalidade* na antecipação da tutela é naquele emprestado a todos os provimentos jurisdicionais, no sentido da própria *instrumentalidade do processo*, como elemento de atuação do direito material.

E, notadamente, a elucidação desta questão sobre o caráter instrumental que pode ser conferido apenas aos provimentos verdadeiramente cautelares tem nítida correlação com o tema central do presente trabalho.

Isso porque, ao se tratar de hipótese de tutela cautelar, aquela voltada para eliminação, como se asseverou, do *perigo de dano* (e não mais de um *perigo de demora ou de tardança*) da tutela jurisdicional é nítida a ligação entre a concessão do provimento cautelar e o pleno e eficaz resultado prático de *outra tutela*

³⁷² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**: processo cautelar. 2.ed. São Paulo: RT, 2010. v.4. p.62.

jurisdicional. E, esta é uma ligação indissociável, pois somente se pode falar em *frutuosidade* quando se pensa na efetividade plena de uma tutela jurisdicional que é garantida pela tutela cautelar.

Como consequência lógica, a indissociabilidade entre a tutela cautelar e a tutela que ela protege para que esta seja *frutuosa* impõe o reconhecimento da presença inegável da *instrumentalidade*, que, mediada pela sua recolocação no plano da tutela dos direitos, permite concluir que a *tutela cautelar é instrumental à outra tutela jurisdicional, protegendo esta última para que seja frutuosa, quando puder ser atuada de forma definitiva no plano da efetivação (satisfação) do direito material*.

Em resumo: a relação entre a instrumentalidade que a tutela cautelar possui e o perigo que ela afasta é um dado característico próprio e fundamental desta modalidade de tutela jurídica.

CAPÍTULO 5

ALGUNS ASPECTOS IMPORTANTES E ATUAIS DERIVADOS DA DISTINÇÃO ENTRE TUTELA CAUTELAR E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Na exata dimensão e perspectiva da importância que se pretende para o presente trabalho, para correta compreensão da distinção entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela, a partir inclusive da situação de perigo que cada uma delas busca afastar e das suas consequências daí derivadas, parece fundamental também apresentar alguns aspectos importantes e atuais que tal distinção e a aplicação e efetivação de cada uma destas medidas têm na prática.

Sob essa premissa, de uma revisão atualizadora também do pensamento, da funcionalidade e das próprias regras positivadas sobre a tutela cautelar e a antecipação da tutela, não é possível se furtar de fazer uma análise – ainda que breve – de questões que se revelam atuais, e, em alguma medida, também polêmicas, e que derivam da consciência da distinção entre tutela cautelar e antecipação da tutela, inclusive no plano de sua natureza jurídica.

Dessa forma, e em razão de um corte metodológico e epistemológico para que o presente trabalho não seja demasiadamente alongado, a opção é pelo tratamento de apenas duas questões, que, se, por um lado, não esgotam a problemática da distinção entre tutela cautelar e antecipação de tutela no plano prático, por outro se revelam das mais importantes neste sentido.

A primeira delas diz respeito frontalmente ao que já se tratou sobre o que a doutrina italiana chamou de *instrumentalidade atenuada* e as suas consequências práticas sobre o que se pode chamar de *estabilização dos efeitos dos provimentos de urgência*. Evidentemente, nesse ponto, de alguma forma será preciso retornar à doutrina (e à legislação) italiana, mas também abordar uma perspectiva igualmente comparatista em relação a outros ordenamentos jurídicos.

A segunda delas diz respeito à polêmica questão da fungibilidade, inclusive procedimental, na concessão de tutela cautelar e antecipação de tutela satisfativa, apontando quais são os traços possíveis de uniformidade e quais as situações em que não podem ser assim tratadas.

De qualquer forma, ambas as questões serão tratadas também tendo em vista a recente proposta de reforma legislativa apresentada para o Código de Processo Civil brasileiro, colimando-se as modificações indicadas pelo legislador, como medida de contextualização e atualização do regime jurídico destinado em nosso ordenamento à tutela cautelar e à antecipação de tutela satisfativa.

5.1 A ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DO PROVIMENTO ANTECIPATÓRIO SATISFATIVO

A partir da noção apontada do que a doutrina italiana chamou de *strumentalità attenuata*, em alguns países da tradição de *Civil Law* (e não somente na Itália, como já asseverado no presente trabalho) já existem disposições legislativas que não mais condicionam a reafirmação de decisões que prestam medidas urgentes a um provimento jurisdicional posterior que tenha força de promover a estabilidade da declaração judicial sobre situação jurídica controvertida.

Em linhas gerais, o que essas disposições legislativas estabelecem é a possibilidade de a decisão que concede tutela jurisdicional urgente continuar a produzir efeitos, sem a necessidade de sua reafirmação em um provimento de cognição exauriente e que, portanto, tenha aptidão para produzir a estabilidade decorrente da coisa julgada material no que tange ao direito material protegido de forma mediata pela tutela assegurada/realizada pela medida urgente. Por outro lado, tais legislações não retiram a possibilidade do ajuizamento de demandas que visem conferir a imutabilidade que somente a coisa julgada pode conferir aos provimentos jurisdicionais.

Todavia, tais previsões legais, em maior ou menor grau, também estabelecem uma espécie de "inversão na iniciativa" no tocante à propositura desta demanda tendente à produção da declaração definitiva sobre a situação material à qual se outorgou um provimento de urgência, positivando que, uma vez concedida a medida urgente, caberá ao réu sua impugnação, porquanto se isso não acontecer, ocorrerá a estabilização da tutela prestada, sem, entretanto, a formação da imutabilidade da coisa julgada material. Dessa forma, continuará existindo, para qualquer das partes,

a possibilidade do ajuizamento de ação tendente a reafirmar ou negar a tutela jurisdicional de urgência já concedida, mantendo o Processo Civil ainda dentro de uma esfera de atuação da autonomia privada.

A esse fenômeno a doutrina brasileira denominou "*estabilização da tutela antecipada*"³⁷³ e teve sua expressão, principalmente, na França e na Itália.

Na experiência francesa (e, também na Bélgica, que adota regime semelhante, para não dizer idêntico neste sentido), a positivação teve efeito a partir do que se denominou de *référé*, inserido no artigo 808 e 809, da legislação processual francesa, quando as causas são instauradas perante o *tribunal de grand instance*, e nos artigos 848 e 849, quando interpostas no *tribunal d'instance*. E, a eficácia no tempo dessas medidas está prevista de uma forma geral nos artigos 488 e 489, da legislação processual civil francesa.

Edoardo Ricci, sobre o tema, assevera que a leitura dos artigos 488 e 489, da lei francesa, "ajuda a compreender que a eficácia do *référé* é estável, mas também que os efeitos dessa medida não possuem autoridade de coisa julgada. Assim, os seus efeitos cessarão de produzir se no futuro for prolatada uma decisão contrária"³⁷⁴.

Humberto Theodoro Júnior, ao tratar destas medidas, leciona que

o fim principal e específico do *référé* não é a composição definitiva do conflito; é, isto sim, a "estabilização de uma situação, a interrupção de uma ilicitude ou a paralisação de um abuso". Mas tudo é feito sumariamente e sem aspiração de definitividade. O procedimento se encerra no plano da emergência, com provimento próprio e independente de qualquer outro processo. Mas a sentença é desprovida de autoridade de coisa julgada. Em relação a futuro e eventual processo principal ou de fundo, em torno da mesma controvérsia, o procedimento do *référé* é apenas provisório (embora não temporário nem acessório). Cabe às partes decidir sobre a instauração, ou não, do processo principal. Encerrado o *référé* a solução judicial perdurará, sem limite temporal e sem depender de ulterior confirmação em processo definitivo.³⁷⁵

³⁷³ A expressão é utilizada, por exemplo, por Ada Pellegrini Grinover, em seu célebre ensaio em que defende tal posição. (GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. **Revista de Processo**, São Paulo, v.30, n.121, p.11, mar. 2005).

³⁷⁴ RICCI, Edoardo. A evolução da tutela urgente na Itália. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). **Tutelas de urgência e tutelas cautelares**: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010. p.385.

³⁷⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada – evolução – visão comparatista – direito brasileiro e direito europeu. In: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita; MOURÃO, Luiz Eduardo; GIANNICO, Ana Paula C. (Coords.). **Temas atuais de tutelas diferenciadas**: estudos em homenagem a Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2009. p.406.

Na Itália, essa perspectiva da estabilização dos efeitos das tutelas de urgência sem a formação de coisa julgada material, se deu, como já apontado quando se tratou da chamada "*strumentalità attenuata*", a partir de duas reformas legislativas: a primeira, levada a efeito pelo Decreto Legislativo n.º 5/2003 (regulamenta processos no âmbito do direito societário) que, especialmente em seu artigo 23, primeiro parágrafo³⁷⁶, traz a inaplicabilidade do artigo 669, *octies*, do Código de Processo Civil, que é a disposição que determina que o juiz, ao conceder uma medida urgente, deve fixar um prazo peremptório para o ajuizamento da demanda de mérito (de cognição plenária).

A outra reforma aconteceu em decorrência do Decreto Legislativo n.º 35/2005, posteriormente modificado pela *Legge* n.º 80/2005, pelo Decreto Legislativo n.º 2173/2005 e pela *Legge* n.º 51/2006, alterando, dentre outras disposições, o artigo 669, *octies*, do Código de Processo Civil italiano. Essas reformas acabaram por inserir o parágrafo 6, que dispõe que:

*Le disposizioni di cui al presente articolo e al primo comma dell'articolo 669-novies non si applicano ai provvedimenti d'urgenza emessi ai sensi dell'articolo 700 e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile o da leggi speciali [...].*³⁷⁷

Humberto Theodoro Júnior, comentando a legislação italiana, assinalou que esta

representou uma radical inovação procedimental [...] a adoção de uma ação sumária autônoma para pleito dos provimentos de urgência de natureza antecipatória. A previsão do art. 669-*novies*, que cuida de prazo peremptório

³⁷⁶ O texto do dispositivo legal, como visto, determina que: "*Nelle controversie di cui al presente decreto, ai provvedimenti d'urgenza e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito non si applica l'articolo 669 octies del Codice di Procedura Civile, ed essi no perdono la loro eficácia se la causa non viene iniziata.*" (Tradução livre: "Nas controvérsias de que trata o presente decreto, os provimentos de urgência e os outros provimentos cautelares idôneos a antecipar os efeitos da decisão de mérito não se aplicam o artigo 669 *octies* do Código de Processo Civil, e aqueles não perdem sua eficácia se a causa não for ajuizada"). É de se destacar também que os provimentos cautelares e antecipatórios não sofrem distinção, como regra geral, na legislação processual italiana, porquanto naquele país, as tutelas de urgência (*provvedimenti d'urgenza*) são concedidos, seja qual for a sua natureza, com fundamento no artigo 700, da Lei Processual Civil italiana.

³⁷⁷ Tradução livre: "As disposições deste artigo e da primeira 'comma' artigo 669-*novies* não se aplicam aos provimentos de urgência emitidos com fundamento do artigo 700 e aos outros provimentos cautelares idôneos a antecipar os efeitos da sentença de mérito, previstos pelo Código Civil ou leis especiais [...]."

para aforamento da ação de mérito foi expressamente afastada das ações cautelares satisfativas reguladas pelo art. 700. As atuais disposições do CPC italiano, editadas pelo Decreto-Lei de 2005, desvinculam o destino dos provimentos satisfativos até mesmo da extinção do processo de mérito, e não lhes reconhecem autoridade para prevalecer em outros processos.³⁷⁸

O resultado das experiências legislativas franco-belgas, sob o prisma da tutela dos direitos, foi ressaltado por Ada Pellegrini Grinover, em um estudo sistemático feito com juristas de diversos países sobre os processos de tutela sumária. E, segundo suas apurações, na Bélgica, "o *référé* tornou-se a solução predominante e usual para os casos urgentes"³⁷⁹ e, na França, "mais de 90% dos casos que ingressam na Justiça são resolvidos mediante o *référé*"³⁸⁰.

Na modelação italiana, é possível ficar com o testemunho de Edoardo Ricci. Para ele,

os casos de tutela antecipatória são destinados a aumentar, pois a lentidão do processo ordinário de conhecimento está se tornando cada vez mais intolerável; e esse é um problema como a realidade nos tem demonstrado, difícil (para não dizer impossível) de resolver de modo satisfatório.³⁸¹

O processualista italiano vai mais longe e afirma que tal medida deve representar, cada vez mais, o declínio da urgência como pressuposto para a concessão de antecipações, pois, nas suas palavras,

para os fins de obter uma medida dessa categoria, a longa duração do processo ordinário de conhecimento deve evidenciar por si só a situação de urgência;

³⁷⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada – evolução – visão comparatista – direito brasileiro e direito europeu. In: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita; MOURÃO, Luiz Eduardo; GIANNICO, Ana Paula C. (Coords.). **Temas atuais de tutelas diferenciadas**: estudos em homenagem a Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2009. p.413-414.

³⁷⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. **Revista de Processo**, São Paulo, v.30, n.121, p.26, mar. 2005.

³⁸⁰ *Id.*

³⁸¹ RICCI, Edoardo. A evolução da tutela urgente na Itália. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). **Tutelas de urgência e tutelas cautelares**: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010. p.386.

ou seja, a urgência nesse contexto é *in re ipsa* e deve ser considerada premissa implícita em todas as hipóteses de antecipação previstas.³⁸²

De qualquer forma, a ampla utilização do fenômeno da estabilização dos efeitos das tutelas de urgência sem a necessária obrigação do ajuizamento de uma demanda tendente à produção de coisa julgada material para manutenção dos efeitos das medidas urgentes estando representada por números efetivos (como Ada Pellegrini Grinover anotou em relação ao direito franco-belga) ou por afirmamentos doutrinários (como fez Edoardo Ricci, em relação ao direito italiano), a experiência europeia recente aponta no sentido da recepção pela prática forense de tais inovações legislativas como remédio contra o longo, demorado e complicado processo ordinário de conhecimento, apto a produzir coisa julgada material, o que pode indicar uma especial predileção dos jurisdicionados (e dos advogados) pela entrega tempestiva da tutela jurisdicional em detrimento à segurança jurídica representada pela coisa julgada material.

Nesse sentido, seria mais do que natural que o Brasil procurasse (como, aliás, sempre o fez) inspiração nas experiências jurídicas da Europa Continental, especialmente para seu Projeto de Reforma do Código de Processo Civil. Todavia, para que se possa chegar ao atual estágio de tal projeto, talvez seja preciso contar uma breve história deste caminhar no Brasil.

A primeira tentativa de implantação positivada da chamada "estabilização dos efeitos da tutela antecipada", que, como apontado, já está sendo experimentada na França e na Itália (ordenamentos jurídicos que sempre inspiraram não somente o processo civil brasileiro, mas em verdade, todo o direito privado) foi o Projeto de Lei n.º 186/2005, apresentado ao Senado Federal, que foi redigido por um Grupo de Trabalho formado no Instituto Brasileiro de Direito Processual, composto pelos seguintes processualistas: Ada Pellegrini Grinover, José Roberto dos Santos Bedaque, Kazuo Watanabe e Luiz Guilherme Marinoni. Tal projeto foi apresentado para conferir nova redação a alguns parágrafos ao artigo 273, do Código de Processo Civil, inserindo-

³⁸² RICCI, Edoardo. A evolução da tutela urgente na Itália. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). **Tutelas de urgência e tutelas cautelares**: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010. p.387.

se ainda os artigos 273-B, 273-C e 273-D, todos na lei processual civil.³⁸³ Mas, o Projeto de Lei apresentado acabou arquivado no Senado Federal sem sua aprovação.

À época da apresentação do projeto, Ada Pellegrini Grinover defendia seu posicionamento e a aprovação da proposta legislativa, justificando que

a proposta de estabilização da tutela antecipada procura, em síntese, tornar definitivo e suficiente o comando estabelecido por ocasião da decisão antecipatória. [...] O que se pretende, por razões eminentemente pragmáticas – mas não destituídas de embasamento teórico – é deixar que as próprias partes decidam sobre a conveniência, ou não, da instauração ou do prosseguimento da demanda e sua definição em termos tradicionais, com atividades instrutórias das partes e cognição plena e exauriente do juiz, com a correspondente sentença de mérito. Se o ponto definido na decisão antecipatória é o que as partes efetivamente pretendiam e deixam isto claro por meio de atitude omissiva consistente em não propor a ação de conhecimento (quando a antecipação é concedida no curso do processo de conhecimento), tem-se

³⁸³ O texto integral do Projeto de Lei era o seguinte: "Art. 1.º Dê-se aos §§ 4.º e 5.º do art. 273 da Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), a seguinte redação:

"Art. 273

§ 4.º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada, fundamentadamente, enquanto não se produza a preclusão da decisão que a concedeu (§ 1.º do art. 273-B e art. 273-C).

§ 5.º Na hipótese do inciso I deste artigo, o juiz só concederá a tutela antecipada sem ouvir a parte contrária em caso de extrema urgência ou quando verificar que o réu, citado, poderá torná-la ineficaz."

Art. 2.º A Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), passa vigorar acrescida dos seguintes arts. 273-A, 273-B, 273-C, 273-D:

"Art. 273-A A antecipação de tutela poderá ser requerida em procedimento antecedente ou na pendência do processo".

"Art. 273-B Aplicam-se ao procedimento previsto no art. 273-A, no que couber, as disposições do Livro III, Título único, Capítulo I deste Código.

§ 1.º Preclusa a decisão que concedeu a tutela antecipada, é facultado, no prazo de 60 (sessenta) dias:

- a) ao réu, propor demanda que vise à sentença de mérito;
- b) ao autor, em caso de antecipação parcial, propor demanda que vise à satisfação integral da pretensão.

§ 2.º Não intentada a ação, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida".

"Art. 273-C Preclusa a decisão que concedeu a tutela antecipada no curso do processo, é facultado à parte interessada requerer seu prosseguimento, no prazo de 30 (trinta) dias, objetivando o julgamento de mérito.

Parágrafo único. Não pleiteado o prosseguimento do processo, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida".

"Art. 273-D Proposta a demanda (§ 1.º do art. 273-B) ou retomado o curso do processo (art. 273-C), sua eventual extinção, sem julgamento do mérito, não ocasionará a ineficácia da medida antecipatória, ressalvada a carência da ação, se incompatíveis as decisões."

por solucionado o conflito existente entre as partes, ficando coberta pela coisa julgada a decisão proferida, observados os seus limites.³⁸⁴

A grande diferença entre o projeto brasileiro de 2005 e as experiências jurídicas europeias foi a atribuição de eficácia de coisa julgada à decisão antecipatória que não foi objeto de ação de conhecimento posterior (no prazo de 60 dias, como previam os parágrafos 1.º e 2.º, da proposta de redação do artigo 273-B do Código de Processo Civil). E talvez tenha sido essa a razão do seu fracasso, culminando na sua não aprovação.

Porém, a proposta para reforma legislativa no sentido da estabilização dos efeitos das tutelas de urgência voltou à pauta no Brasil, em razão do Projeto de Lei n.º 166/2010, que teve origem no Senado Federal, e que está em trâmite na Câmara Federal sob n.º 8.046/2010, e que, em verdade, é uma proposta de elaboração de um Código de Processo Civil inteiro.

No projeto de lei (que tem sido chamado de "O Novo CPC"), apresenta-se proposta de regime da Tutela Antecipada, no Livro V, da Parte Geral, da proposta do código. E, em especial, o fenômeno da estabilização dos efeitos da tutela antecipada satisfativa urgente vem positivado no artigo 286, conforme se vê de sua proposta de redação:

Art. 286. A tutela antecipada satisfativa, concedida nos termos do art. 285, torna-se estável se da decisão que concedê-la não for interposto o respectivo recurso. § 1.º No caso previsto no caput, o processo será extinto. § 2.º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de discutir o direito que tenha sido objeto da tutela antecipada satisfativa estabilizada nos termos do caput. § 3.º A tutela antecipada satisfativa conservará seus efeitos, enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2.º. § 4.º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2.º, prevento o juízo em que a tutela satisfativa foi concedida. § 5.º O direito de desfazer a tutela antecipada, previsto no § 2.º deste artigo, extingue-se após dois anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1.º.

Nessa medida, se o projeto apresentado para edição do "Novo CPC" for aprovado, será adotado no Brasil, à semelhança do regime que já existe no direito

³⁸⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. **Revista de Processo**, São Paulo, v.30, n.121, p.36, mar. 2005.

francês e no direito italiano, o fenômeno da estabilização dos efeitos da tutela antecipada satisfativa.

Como se vê cristalinamente do projeto de redação dos artigos que tratam especificamente do tema, uma vez concedida uma tutela antecipada satisfativa, esta conservará sempre sua eficácia, enquanto não for proferida decisão revogatória em recurso interposto contra ela, ou processo posterior, em virtude de ação ajuizada por qualquer das partes, em que se busque discutir o mérito da medida concedida antecipadamente.

O citado projeto de lei também afirma a desnecessidade do autor que obtém tutela de urgência em ajuizar ação de mérito para confirmação da tutela jurisdicional prestada em ação de cognição exauriente e apta a produzir coisa julgada material.

Destarte, nessa perspectiva, o direito brasileiro também pretende, como fez o legislador francês e italiano, conferir às partes a autonomia para escolher entre a demanda plenária, representada pelo moroso procedimento ordinário (ainda imbuído, em grande parte, da ideologia do Estado Liberal Clássico) ou a efetividade imediata dos provimentos de urgência, sem a obrigatoriedade do ajuizamento de demanda de cognição exauriente para manutenção dos efeitos da medida urgente concedida.

A proposta de nova regulamentação representa, sem dúvida alguma, uma inovação no direito processual civil positivado no Brasil. Representa, ainda, como visto e fundamentado no presente trabalho, não somente uma postura de política legislativa, mas efetivamente uma alternativa à morosidade e à complexidade do clássico Processo de Conhecimento de inspiração liberal, no sentido da tutela dos direitos, pensada em relação às exigências específicas do próprio direito material, permitindo às partes optar pelo não ajuizamento de demandas plenárias, se assim for de seu interesse, o que hoje não é permitido.

Ainda, o projeto de reforma do Brasil mantém o caráter instrumental da tutela cautelar, ressaltando que, uma vez efetivada a medida cautelar, o autor tem o ônus de ajuizar o "pedido principal" (texto do *caput*, do artigo 291, do Projeto)³⁸⁵,

³⁸⁵ Projeto n.º 8.406/2010 (Novo CPC). Art. 291. "Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de trinta dias. Neste caso, será apresentado nos mesmos autos em que veiculado o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais."

cominando ainda com a perda da eficácia da medida cautelar, caso o ajuizamento do "pedido principal" não seja realizado no prazo estabelecido (conforme estabelece o artigo 292, inciso I, do Projeto).³⁸⁶

Dessa forma, o projeto de reforma do *codex* processual civil brasileiro mantém, com o rigor técnico e teórico exigidos, a diferença substancial entre a tutela antecipada *satisfativa* e aquela de natureza *cautelar*. Isso porque não exige, naquele primeiro caso, o ajuizamento de uma medida *principal*, exigência que subsistemas subsistindo para aquelas medidas meramente asseguratórias, sob a cominação da perda da eficácia da medida cautelar concedida em caso de não ajuizamento do pedido principal em 30 (trinta) dias.

Veja-se que, especialmente por não estar arraigadamente comprometida com a visão de Calamandrei sobre a instrumentalidade, sequer se precisa falar na legislação brasileira em *instrumentalidade atenuada* para justificar a desnecessidade de ajuizamento de um pedido principal para confirmar eventual antecipação de tutela satisfativa concedida com atribuição de coisa julgada material – e, portanto, de imutabilidade jurídica. A doutrina brasileira, que sempre compreendeu mais adequadamente a diferença entre uma medida *cautelar* e outra *satisfativa* quando concedidas antecipadamente do que a doutrina italiana³⁸⁷, não precisa apoiar-se em conceitos que verdadeiramente têm significado dúbio. A instrumentalidade resta mantida no regime do projeto do Novo CPC, mas, de forma lógica, apenas para as medidas eminentemente cautelares.³⁸⁸

³⁸⁶ Projeto n.º 8.406/2010 (Novo CPC). Art. 292. "Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se: I – o autor não deduziu o pedido principal no prazo legal."

³⁸⁷ É significativa a referência que Luiz Guilherme Marinoni faz da lição de Edoardo Ricci, sobre a melhor compreensão pela doutrina brasileira do fenômeno da distinção entre medida cautelar e medida satisfativa antecipada, que afirmar que: "Estou plenamente convicto de que os provimentos antecipatórios possuam *natureza diversa* dos provimentos cautelares; e, portanto, não posso olhar com simpatia uma união indiscriminada dos provimentos antecipatórios e dos provimentos cautelares do ponto de vista da disciplina. É, por outro lado, verdadeiro que a separação teórica entre provimentos antecipatórios e provimentos cautelares nem sempre é advertida na Europa *com a mesma precisão que é advertida na doutrina brasileira. Mas as minhas convicções levam-me a compartilhar, sobre este tema, das orientações da doutrina brasileira.*" (RICCI, Edoardo. Possíveis novidades sobre a tutela antecipada na Itália. *Revista de Direito Processual Civil* (Genesis) 7/92, *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2.ed. São Paulo: RT, 2008. p.86).

³⁸⁸ Ressalta-se que a produção doutrinária brasileira sobre esse fenômeno não é farta, porquanto este ainda não está positivado. De toda forma, pode-se colher, por exemplo, a lição de José

Noutro sentido, aquilo que talvez se possa chamar de *estabilização dos efeitos da tutela antecipada satisfativa urgente*, se adotada nos termos do apresentado pelo Projeto do Novo CPC, representará mudança paradigmática no sentido de se colocar fim a uma espécie de "ditadura da coisa julgada material", que, no sistema processual civil brasileiro atual, obriga a todo jurisdicionado o caminhar pelo longo e moroso procedimento ordinário, apto a desaguar em uma decisão estável juridicamente.

Para isso, será preciso aguardar a aprovação ou não da proposta do "Novo CPC" e, em sendo este aprovado como está atualmente, como será recepcionado pela prática forense e pela doutrina. Mas, ao que parece, o Brasil também pretende dar aquele "passo à frente" para adequação do processo civil às necessidades dos direitos protegidos pelo Estado Constitucional contemporâneo, principalmente aqueles tidos por fundamentais, como o devido processo legal (artigo 5.º, LIV, CR/88) e, em especial sob a lente da tutelas de urgência, da razoável duração do processo (artigo 5.º, LXXVIII, CR/88).

Isso porque, o Processo Civil clássico tem por seu pilar basilar a ideia de que a tutela jurisdicional é efetivamente prestada pela declaração emanada na sentença, dotando o processo do instrumental necessário para permitir que o juiz possa prolatar sua decisão representada pela coisa julgada.

A eliminação da incerteza jurídica, objeto do efeito declaratório da sentença de mérito, é, portanto, na estrutura do processo clássico, a função primordial desenvolvida pelo Estado-Juiz e, por conseguinte, da jurisdição.

Chiovenda chega a ressaltar que a produção de certeza jurídica é a função mais autônoma do processo, proporcionando um bem que não se pode obter de outra forma, sendo, para ele, a função mais elevada do processo civil; isto porque, nas ações meramente declaratórias, o processo civil não se apresenta somente

Miguel Garcia Medina que, ao comentar a proposta do novo Código de Processo Civil, sobre o tema aponta que nos casos em que ele chamou de "tutela de urgência satisfativa autônoma", "inexiste, portanto, a *instrumentalidade* que é característica da tutela cautelar". Por outro lado, no parágrafo seguinte, o processualista parece não conseguir livrar-se das amarras e do condicionamento da doutrina italiana ao afirmar que "no mínimo, há que se reconhecer que, ainda que exista alguma instrumentalidade, a mesma é ao menos *atenuada*." (MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: RT, 2011. p.904-905), usando a mesma expressão cunhada, como visto, pelos processualistas italianos que cuidaram do fenômeno quando da reforma na legislação peninsular.

como um organismo de coação, mas sim no seu aspecto mais aperfeiçoado e refinado, como instrumento de integração e especialização da vontade da lei.³⁸⁹

É por essa razão que a atividade jurisdicional cognitiva (destinada a eliminar a incerteza jurídica e produzir um pronunciamento judicial declaratório possível de ser dotado de imutabilidade e estabilidade) é a função natural e lógica do processo de conhecimento. E, na mesma medida, este é construído, no Processo Civil clássico, como um procedimento padrão para todas as lides de conhecimento, pois somente respeitando-se este *iter* procedimental (naturalmente carregado de garantias processuais que permitam às partes participar do processo), o juiz poderá prolatar uma decisão com poder suficiente para ser vista como *lei entre as partes*, garantindo-se, por lógico, a neutralidade do juiz.

E, no Processo Civil clássico, os procedimentos não permitiam a concessão de tutela jurisdicional com fundamento em juízos de verossimilhança, exigindo sempre um juízo de certeza para satisfação do direito, o que somente poderia ocorrer após todo o trâmite deste chamado procedimento padrão³⁹⁰. A esse fenômeno Ovídio Baptista da Silva denominou *universalização do procedimento ordinário*.³⁹¹

Para o processualista gaúcho,

a ciência do processo civil, nascera, portanto, irremediavelmente comprometida com os ideais do liberalismo político do século XIX: ao mesmo tempo em que lhe cabia oferecer às partes um procedimento suficientemente amplo, capaz de assegurar ao cidadão-litigante a plenitude de defesa em juízo, e ao Estado condições para que o magistrado decidisse com a segurança que o exaustivo tratamento probatório do conflito lhe daria; o procedimento haveria de esgotar as possíveis questões litigiosas, de modo a assegurar,

³⁸⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Ensayos de Derecho Procesal Civil**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Bosch e Cia Editores, 1949. v.1. p.178. Nas palavras do próprio autor, em tradução livre: "Assegurar às relações dos homens a certeza, prevenir os atos ilegítimos em lugar de afetá-los com o peso de graves responsabilidades é representar um bem digno do processo de um povo civilizado". (p.178).

³⁹⁰ Veja-se ainda, sobre a modificação nos padrões da tutela urgente no Processo Civil, a partir da mudança dos paradigmas do Estado Liberal Clássico para o Estado Constitucional: ALVIM, Arruda. A evolução do direito e a tutela de urgência. In: ARMELIN, Donald (Coord.). *Tutelas de urgência e tutelas cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.152-175.

³⁹¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.147.

para sempre, com a máxima amplitude da coisa julgada, por tal modo obtida, o resultado prático alcançado pelo litigante vitorioso.³⁹²

Como expressão desta natureza, a coisa julgada, entendida como "a qualidade que torna indiscutível a declaração ou o efeito declaratório contido na sentença"³⁹³, assume papel relevante na outorga da tutela jurisdicional que visa a eliminar a incerteza jurídica. Não é demais ressaltar as palavras de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart sobre a aptidão da decisão para a produção de coisa julgada, ao assinalarem que

a sentença, para produzir coisa julgada material, deve ser capaz de declarar a existência ou inexistência de um direito. Se um procedimento não outorga às partes adequada oportunidade de alegação e produção de prova, ou melhor, do exercício do contraditório, jamais se poderá chegar a um juízo capaz de permitir a "declaração do direito", mas apenas a um juízo idôneo a autorizar uma "declaração sumária", que, por sua própria natureza e origem, não terá força suficiente para gerar a imutabilidade típica da coisa julgada.³⁹⁴

É por isso que é impossível dissociar a coisa julgada de outros princípios corolários do processo civil (ao menos em um Estado de Direito), como o contraditório³⁹⁵, a ampla defesa e o devido processo legal. Se não se permite às partes a ampla participação no processo, oferecendo-lhe as oportunidades de exercerem todas as garantias e prerrogativas processuais outorgadas, não será possível que a decisão judicial possa produzir a imutabilidade conferida pela coisa julgada.

³⁹²BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.148.

³⁹³MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 8.ed. São Paulo: RT, 2010. v.2. p.184.

³⁹⁴ *Id.*

³⁹⁵ Aqui, a noção de "contraditório" deve ser compreendida em uma visão moderna, e não simplesmente como uma ideia de conteúdo negativo de defesa. O conteúdo do contraditório deve ser visto sob o prisma da "participação" e, dado que a finalidade da participação é dar ao indivíduo participante uma parte efetiva no processo, a garantia em exame se configura como direito de incidir sobre o desenvolvimento da controvérsia, ou, como o direito de apresentar instâncias e de desenvolver a atividade processual, assegurando de um lado ao titular da situação garantida a possibilidade de pronunciar-se em juízo e ao dever do julgante de ouvi-lo (TROCKER, Nicolo. **Processo civile e costituzione**. Milano: Giuffrè, 1974. p.370/372).

A importância da declaração judicial qualificada pela coisa julgada no Estado de Direito é, sem qualquer sombra de dúvida, indiscutível. Na Constituição da República do Brasil, por exemplo, a coisa julgada está prevista como direito fundamental, no artigo 5.º, inciso XXXVI. Na verdade, a coisa julgada também representa um elemento essencial no Estado Democrático, como expressão da segurança jurídica e, tanto isso é verdade que, no dispositivo constitucional que a prevê, ela está colocada ao lado de outras duas figuras essenciais à segurança jurídica: o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

Luiz Guilherme Marinoni, ao tratar da necessidade de uma moderna concepção da jurisdição, no Estado Contemporâneo, também ressalta a ideia de que atividade jurisdicional de solução dos conflitos seja revestida de *indiscutibilidade* e *imutabilidade*.³⁹⁶ Para ele,

a jurisdição não é apenas um meio de resolver litígios, mas fundamentalmente uma manifestação estatal voltada a *eliminá-los*, ou seu *fim*. [...] a decisão jurisdicional, além de resolver os conflitos, deve se impor, tornando-se imutável e indiscutível. [...] A coisa julgada material, além de se constituir em pilar do Estado Democrático de Direito, é corolário do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.³⁹⁷

Em razão da necessidade de se atribuir caráter definitivo às decisões judiciais que solucionam conflitos – como visto, inclusive, como medida de segurança jurídica em um Estado de Direito – é que a coisa julgada material é instituto significativamente importante para a justiça civil.³⁹⁸

Na dimensão do que se está explanando, a coisa julgada material e os provimentos de urgência ocupam papel preponderante na tutela jurisdicional do Estado Constitucional contemporâneo. Mas qual é a relação existente entre esses dois institutos do processo e da atividade jurisdicional estatal?

³⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. 5.ed. São Paulo: RT, 2011. v.1. p.136.

³⁹⁷ *Ibid.* p.137-138.

³⁹⁸ Luiz Guilherme Marinoni chega a asseverar que a coisa julgada é elemento essencial do discurso jurídico, pois, para ele, sem a coisa julgada, o processo deixaria de ser um discurso assim qualificado, sendo apenas um discurso prático geral. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**. 2.ed. São Paulo: RT, 2010. p.56).

Como já apontado, a coisa julgada material, por exigência constitucional diretamente relacionada à definitividade que ela confere às decisões judiciais – o que também é decorrência da formação do Processo Civil clássico –, está ligada à obrigatoriedade de ser produzida em razão de um procedimento que outorgue às partes todas as garantias que esta seja derivada de um diálogo efetivo entre os partícipes do processo, em especial as partes e o juiz. Disso decorre, portanto, a necessidade que a coisa julgada material somente seja atributo de decisões judiciais proferidas com o que se convencionou chamar de cognição exauriente (ou *plenária*, como quer Ovídio Baptista da Silva³⁹⁹).

Porém, as necessidades da chamada cognição exauriente ou plenária impõem que a decisão judicial (e, portanto, a tutela jurisdicional do processo de conhecimento) somente seja outorgada ao final do longo e sempre, em alguma medida, demorado procedimento criado pelo legislador para tal finalidade. No Brasil, tal situação passa obrigatoriamente pelos trâmites do procedimento comum, que exige a necessidade da citação, da ampla possibilidade de produção probatória, da possibilidade da utilização de todos os meios recursais cabíveis, em todas as instâncias jurisdicionais garantidas às partes etc. Ou seja, parece claro e quase desnecessário dizer que o caminho obrigatório para a obtenção da imutabilidade que a coisa julgada proporciona é sempre lento e penoso.

Nesse contexto, é que as medidas de urgência exercem um papel fundamental para a entrega da tutela jurisdicional como remédio contra o lento e penoso procedimento comum, em especial quando o direito da parte está sujeito a uma situação de perigo de dano ou exista a imperiosa necessidade de satisfação antecipada do direito da parte pelo risco de sua absoluta não efetividade se somente tal medida for outorgada à parte ao final do procedimento padrão.

Assim, os provimentos urgentes, em razão de sua natureza de medidas necessárias contra situações de perigo de dano ou de demora, não podem logicamente exigir a cognição exauriente para serem concedidas, podendo (na verdade, devendo) serem determinados sempre sob as técnicas processuais de cognição sumária; ou seja, em notória contrariedade ao juízo de certeza exigido para a outorga de tutela

³⁹⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.157.

jurisdicional apta a produzir coisa julgada, as medidas de urgência devem ser concedidas somente com juízos de aparência (ou probabilidade, plausibilidade, verossimilhança, dentre outras palavras semanticamente semelhantes).

Destarte, sob essas premissas, em nosso sistema processual civil, é impossível atribuir a definitividade e a imutabilidade que a coisa julgada material confere às decisões judiciais para aqueles provimentos jurisdicionais que concedem tutelas de urgência, seja de natureza satisfativa, seja cautelar. É por isso, então, que as decisões que concedem a chamada "tutela antecipatória" são caracterizadas como decisões interlocutórias⁴⁰⁰ (na esteira do que determina o artigo 162, § 2.º, do Código de Processo Civil) e sua execução se dá na forma de execução provisória – e não definitiva, como disciplina o artigo 273, § 3.º, da Lei Processual Civil. E, é também por essa razão que a decisão proferida no processo cautelar (que concede, portanto, tutela cautelar) não influi no processo principal⁴⁰¹, excetuando-se as hipóteses previstas no artigo 810, do Código de Processo Civil (acolhimento pelo juiz da alegação de decadência ou prescrição do direito do autor).

⁴⁰⁰ Ovídio Baptista da Silva evidencia que essa caracterização dos provimentos antecipatórios como interlocutórios é expressão da ideologia do Processo Civil de não admitir que a tutela jurisdicional satisfativa seja concedida com base em juízos de verossimilhança, e, ao mesmo tempo, permitir que isto aconteça na prática, sem quebrar a lógica do sistema. Nas suas palavras, em passagem esclarecedora, "A idéia de atribuir às *medidas antecipatórias* a natureza de meros provimentos interlocutórios, portanto decisões a respeito de questões processuais e não de mérito, evita, como já o evitara Calamandrei – atribuindo-lhe natureza cautelar –, que a doutrina seja obrigada a revisar os fundamentos em que se sustenta o Processo de Conhecimento, mantendo-o, assim, prestigiado e em pleno vigor. [...] Temos insistido em mostrar como a doutrina não consegue, ou não deseja, renunciar, ou sequer questiona o Processo de Conhecimento, perseverando o entendimento de que os provimentos antecipatórios podem antecipar os *efeitos* da tutela, nunca a *própria tutela pretendida no pedido inicial* (confira-se o disposto no art. 273). Raciocina-se como se o juiz pudesse antecipar a *consequência* da tutela sem formar sobre ela qualquer julgamento, precisamente porque, para a doutrina tradicional, fiel à ordinariedade, julgamento fundado em verossimilhança, julgamento não é: julgar provisoriamente é não julgar. Isto permite que a nossa doutrina conviva, em duvidosa harmonia, com o Processo de Conhecimento, concebido para ser ordinário – como o foi o seu protótipo romano, sem admitir provimentos liminares de tipo interdital –, e as medidas antecipatórias em geral, que contradizem estes pressupostos." (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.181). (com grifos no original)

⁴⁰¹ Marinoni e Arenhart asseveram que "Na ação cautelar, o juiz decide com base na aparência do direito ameaçado ou com base em cognição sumária ou em *fumus boni iuris*, sem que possa chegar a um juízo de 'certeza' e, desta forma, 'declarar' acerca do direito, o que é imprescindível para a formação da coisa julgada material." (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo cautelar**. 2.ed. São Paulo: RT, 2010. v.4. p.184. (com grifos no original)

E, como não poderia deixar de ser então, o Processo Civil vai exigir que, para se tornar definitiva, a decisão que concede a satisfação antecipada (tutela antecipatória) deve ser confirmada pela sentença (a técnica processual existente para a concessão de tutela jurisdicional em geral), assim como vai exigir também que, a um processo cautelar sempre esteja atrelado um processo "principal" (e que aquele seja também sempre dependente deste último), conforme o artigo 796, do Código de Processo Civil, no qual a tutela jurisdicional definitiva seja concedida.

Dessa forma, segundo os estritos limites da legislação processual brasileira em vigor, a definitividade da tutela jurisdicional prestada sob a cognição sumária (em especial, os provimentos de urgência) está sempre condicionada a um pronunciamento judicial posterior produzido sob cognição exauriente, seja no próprio processo em que a medida urgente foi concedida (no caso das medidas *antecipatórias*), seja em outro processo, chamado *principal* (caso se esteja a tratar de medidas cautelares preparatórias).⁴⁰²

Porém, o que se pode dizer acerca dessas noções é que parece claro que a tutela jurisdicional, para ser efetivamente prestada, não precisa necessariamente da formação da coisa julgada material. Na conformação da função jurisdicional no Estado Constitucional contemporâneo, que deve se preocupar em verdade com a *tutela dos direitos* e em especial dos direitos fundamentais, não parece mais necessário exigir-se que a tutela jurisdicional sempre tenha que desembocar ao final em uma decisão judicial definitiva que traga contornos imutáveis à declaração contida no provimento decisório.

Luiz Guilherme Marinoni já advertiu que

quem desvia os olhos do procedimento ordinário e passa a se preocupar com a "tutela dos direitos" rompe com a relação entre satisfatividade e coisa julgada material, e mesmo com a ligação entre esta última e a executividade, já que a efetividade da tutela de um direito nada tem a ver com a coisa julgada material. Não é essa que satisfaz, mas sim a tutela jurisdicional, que,

⁴⁰² A perspectiva ora apresentada parte da premissa de que, após o advento do artigo 273, § 7.º, do Código de Processo Civil, que inseriu o que se chamou de *fungibilidade das tutelas de urgência*, a concessão de medidas cautelares em processo próprio (ou em ação própria) somente se justifica nos casos em que a ação cautelar é preparatória, ou seja, intentada antes que o chamado "processo principal" tenha sido ajuizado, porquanto a medida cautelar pode ser postulada de forma incidental ao processo principal quando este já tenha sido intentado.

para ser efetiva, em alguns casos, terá de ser prestada com base em cognição sumária.⁴⁰³

Da lição do processualista paranaense pode-se extrair a conclusão lógica de que, para uma "tutela jurisdicional dos direitos", não é estritamente necessária a formação da coisa julgada material, que serve sim (e tem sua inegável importância nesta dimensão) para a tutela jurisdicional declaratória que torna definitiva um determinado pronunciamento judicial.

Nas palavras do jurista,

aquele que não dá importância à "satisfação" fundada em cognição sumária, chamando-a de mera "satisfação fática", mostra não estar atento à preocupação mais recente da doutrina, vale dizer, à preocupação com a "tutela dos direitos", uma vez que na perspectiva do consumidor do serviço jurisdicional, o que vale é a "tutela do direito", pouco importando que esta venha por meio de uma decisão de cognição sumária ou mediante uma decisão de cognição exauriente e definitiva.⁴⁰⁴

Remo Caponi, ao tratar das exigências do Processo Civil contemporâneo para responder adequadamente às demandas dos jurisdicionados por uma justiça civil mais ágil, justa e efetiva e à necessidade da eficiência da jurisdição, igualmente defende que também, em alguns casos, a definitividade da declaração judicial não é necessária para que a jurisdição atinja sua finalidade.⁴⁰⁵

Nada melhor para expressar as ideias do processualista italiano do que suas próprias palavras, sustentando que, em algumas situações,

seria possível deixar a critério das partes a opção pela coisa julgada ou não. Obtida a medida provisória antecipatória, tocaria às partes a decisão sobre a incoação de um processo de cognição plena. A tutela jurisdicional dos direitos se realiza, acima de tudo, por meio da eficácia imperativa do provimento jurisdicional e não culmina necessariamente na coisa julgada. O caráter essencial da jurisdição não está na coisa julgada (*contra* Enrico

⁴⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 10.ed. São Paulo: RT, 2008. p.127.

⁴⁰⁴ *Id.*

⁴⁰⁵ CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas. **Revista de Processo**, v.36, n.192, p.397-415, fev. 2011. O artigo também foi objeto de palestra proferida no Congresso de Direito Processual, realizado pelo Instituto dos Advogados do Paraná, com tradução de Sérgio Cruz Arenhart. Curitiba, out. 2010.

Allorio), mas no fato de que a aplicação jurisdicional do direito substitui, com autoridade, a aplicação realizada pelos sujeitos do ordenamento, e não pode ser objeto de controle, a não ser por outro órgão jurisdicional, por exemplo, por meio da impugnação do provimento.⁴⁰⁶

Remo Caponi ainda assevera que essa percepção não deixa de ser uma significativa mudança, que acontece sob o manto dos princípios constitucionais. Na sua lição,

a Constituição exige que a tutela jurisdicional dos direitos possa sempre decorrer de um processo de cognição plena destinado a concluir-se com um provimento revestido da qualidade de coisa julgada formal e que contenha uma declaração idônea a sujeitar-se à coisa julgada material. Isto não implica, porém, que a jurisdição contenciosa deva sempre – por imposição constitucional – ter em vista a formação da coisa julgada, apontando ainda que esta deve existir quando as partes assim o pretenderem, no seu estrito interesse.⁴⁰⁷

Em verdade, somada a essa percepção, destacam-se a real natureza e a funcionalidade da coisa julgada no Estado Constitucional contemporâneo, bem como a perspectiva da estabilidade das decisões judiciais neste modelo de organização estatal.

Já se disse aqui que a coisa julgada é elemento essencial de segurança jurídica no Estado de Direito. Também já foi asseverado que ela, portanto, torna-se indissociável para a caracterização do processo como discurso jurídico, e não como um mero discurso prático geral. Mas será que esta é uma exigência efetiva de todo e qualquer processo judicial, ou representa uma escolha político-ideológica de um determinado modelo de tutela jurisdicional?

A representação da coisa julgada como elemento essencial a todo e qualquer processo que tenha por finalidade tornar definitiva uma declaração judicial sobre uma determinada situação jurídica controvertida parte da premissa lógico-sistemática de que tal declaração é prestada com cognição exauriente, partindo-se da ideia de que o juiz produz seu pronunciamento com base em juízo de certeza.

⁴⁰⁶ CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas. **Revista de Processo**, v.36, n.192, p.397-415, fev. 2011. p.414/415.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, p.415.

Nesses termos, a certificação da situação controversa somente pode ser definitiva porque o juiz assim o faz com base em certeza.

Mas, em verdade, todo e qualquer manifestação do juiz no processo é feita com base, sempre, em um juízo de "mera" verossimilhança e jamais, com juízo de certeza verdadeiramente. Dessa forma, deve-se dizer que é impossível chegar à verdade no processo. E, assim, a própria definitividade da coisa julgada como uma exigência técnica do discurso processual qualificado como discurso científico perde sua razão de ser.

Sérgio Cruz Arenhart, com correção, já afirmou essa concepção de que todo pronunciamento judicial proferido no processo é feito somente com base em *verossimilhança*. Diz ele que

tem-se, assim, ser impossível atingir-se a verdade sobre certo evento histórico. Pode-se ter uma elevada probabilidade sobre como o mesmo se passou, mas nunca a certeza da obtenção de verdade. E isto se torna ainda mais difícil no processo. Aqui se está diante de uma controvérsia. Os litigantes, ambos, acreditam ter razão e suas versões sobre a realidade dos fatos são, normalmente, diametralmente antagônicas. Sua contribuição para a pesquisa da realidade dos fatos é parcial e tendenciosa. O juiz deve, portanto, optar por uma das versões dos fatos apresentadas, o que nem sempre é fácil e (o que é pior) demonstra a fragilidade da operação de descoberta da verdade realizada.⁴⁰⁸

Na mesma esteira, Arenhart conclui sustentando que

conclui-se que o mito da verdade substancial tem servido apenas em desprestígio do processo, alongando-o em nome de uma reconstrução precisa dos fatos que é, em verdade, impossível. Por mais laborioso que tenha sido o trabalho e o empenho do juiz no processo, o resultado nunca será mais que um juízo de verossimilhança, que jamais se confunde com a essência da verdade sobre o fato (se é que podemos afirmar que existe uma verdade sobre um fato pretérito).⁴⁰⁹

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart asseveram que

⁴⁰⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. **A verdade e a prova no processo civil**. Disponível em: <http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/143283/A_VERDADE_E_A_PROVA_NO_PROCESSO_CIVIL>. Acesso em: 1.º ago. 2011.

⁴⁰⁹ *Id.*

a questão da verdade (e, assim, da prova) deve orientar-se pelo estudo do mecanismo que regula o conhecimento humano dos fatos. E, voltando os olhos para o estágio atual das demais ciências, a conclusão a que se chega é uma só: a noção de verdade em, hoje, algum meramente utópico e ideal (enquanto absoluto).⁴¹⁰

Sob o prisma da busca da verdade no processo, Francesco Carnelutti, apoiado na obra e nos conceitos de Heidegger, já assinalou que: "A verdade está no todo e não na parte; e o todo é demais para nós", o que não deixa de ser uma admissão expressa de que, portanto, todo juízo em um processo judicial é, sempre, um juízo de verossimilhança⁴¹¹.

Robert Alexy, ao desenvolver sua "Teoria da Argumentação Jurídica", também traz a ideia de que os juízos no processo são sempre de verossimilhança, o que permite abandonar a noção de que a coisa julgada é elemento indelével obrigatório de todo o processo judicial.

A teoria de Alexy se assenta no fato de que a teoria do discurso jurídico racional sofre de incertezas da teoria do discurso prático geral como critério hipotético para correção das afirmações normativas e que essas incertezas significam que um julgamento quanto à correção de uma decisão sempre é provisório, por natureza, isto é, sempre pode ser contestado. Assim, é necessário começar da fórmula acima citada, isto é, que numa situação particular essas limitações que são justificadas em comparação com outras, ou com nenhuma limitação, oferecem a maior chance de chegar a uma decisão que também seria o resultado de condições ideais.⁴¹² Dessa forma, é possível concluir que é da natureza de toda e qualquer decisão judicial ser contestável e de que um julgamento é sempre baseado em verossimilhança, por natureza, e nunca em uma "verdade".

Alchourrón e Bulygin, ao tratarem do que chamaram de "Ilusão racionalista" na esteira das teorias que sustentam a plenitude hermética do sistema normativo,

⁴¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 8.ed. São Paulo: RT, 2010. v.2. p.254-255.

⁴¹¹ CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. **Rivista do Diritto Processual**, Padova, v.20, II Série, p.5, 1965.

⁴¹² ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p.273.

resumiram-no em um só enunciado: "os juízes devem resolver todos os casos que, na esfera de sua competência, lhes foram trazidos, por meio de sentenças fundadas em normas jurídicas"⁴¹³.

Porém, para os juristas argentinos,

o postulado da plenitude hermética do direito é uma ficção tendente a ocultar o fato de que as exigências expressadas nos princípios de inescusabilidade, justificação e legalidade são conjuntamente inconsistentes, já que impõem aos juízes obrigações impossíveis de cumprir.⁴¹⁴

Ora, nessa dimensão é natural também concluir que, portanto, a coisa julgada material deve ser vista como o que os próprios juristas argentinos sustentam ser um "ideal racional", porquanto a certeza que advém do julgamento definitivo de uma situação jurídica controvertida não é real, mas apenas um ideal, que é racionalmente justificável para a obtenção da segurança jurídica, que é valor imprescindível no Estado de Direito.

Nessa perspectiva, portanto, fica claro que o paradigma racionalista (que durante tanto tempo influenciou e pautou a ideologia do processo civil) da universalidade dos enunciados científicos, aplicável ao direito como ciência, não resiste à simples conclusão de que, verdadeiramente, o juiz, ao julgar, não *descobre a verdade que existia na situação jurídica controvertida*.

Ovídio Baptista da Silva adverte que "o processo oferece *versões*, não *verdades*, ou, reproduzindo-os, em nosso contexto, a conclusão de Hannah Arendt, oferece-nos significados"⁴¹⁵. No desenvolvimento de suas ideias, o processualista gaúcho também assevera que

isto significa, naturalmente, a reintrodução de juízos de valor na construção do raciocínio jurídico, admitindo que a atividade jurisdicional é formada por um ato de inteligência sim, no sentido da clarificação do texto legal, mas igualmente é construída por um ato criador de direito, portanto, um ato

⁴¹³ ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales**. 3.^a reimp. Buenos Aires: Astrea, 1998. p.235/238.

⁴¹⁴ *Ibid.*, p.238-239.

⁴¹⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.195.

também de vontade. Esta será porventura uma solução indesejável ou insatisfatória? Não importa. É assim que as coisas acontecem no domínio da experiência judiciária.⁴¹⁶

Naturalmente, então, ao se desmitificar a noção de que, no processo, se reconstroem verdades e que, portanto, a decisão judicial é produzida efetivamente com um juízo de certeza, é possível compreender e aceitar a ideia de que a coisa julgada não é, necessariamente, uma conclusão de todo pronunciamento judicial, mas sim uma opção para certos julgamentos, aos quais se pretenda conferir estabilidade e definitividade, como medida de segurança jurídica, visto que esta é pilar do Estado de Direito e assim deve ser dimensionada. E que esta opção é de ordem político-legislativa e não uma exigência científica.

E, sendo uma opção de caráter político-legislativo, a coisa julgada deve ser colocada exatamente no seu lugar como tal; nessa dimensão, então, assumirá um papel de igual importância no processo civil do modelo da jurisdição contemporânea que as demais técnicas e institutos necessários para o alcance dos fins de tal atividade estatal, dentre elas, os provimentos de urgência.

Dessa forma, é perfeitamente cabível dizer então que a tutela jurisdicional prestada pela sentença definitiva à qual foi atribuída a eficácia de coisa julgada não tem prevalência hierárquica sobre as demais formas de tutela jurisdicional, em especial aquelas determinadas sob cognição sumária, porquanto estas também são atos de autoridade estatal destinadas à finalidade da jurisdição, qual seja, a *tutela dos direitos*.

Luiz Guilherme Marinoni já assinalou que

se percebe que a decisão interlocutória e a sentença constituem apenas técnicas para a prestação da tutela do direito. [...] quando se pensa em termos de "tutela dos direitos", é preciso verificar se o processo está conferindo a sua devida e adequada tutela e, para tanto não basta saber se foi proferida uma sentença condenatória ou mandamental, uma vez que estas não refletem o resultado que o processo proporciona no plano do direito material.

⁴¹⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.196.

Na verdade, as sentenças refletem apenas o "*modo*" (a *técnica*) pelo qual o direito processual tutela os diversos casos conflitivos concretos.⁴¹⁷

O jurista em comento ainda afirma que "a tutela jurisdicional, quando pensada na perspectiva do direito material, e dessa forma como tutela jurisdicional dos direitos, exige a resposta a respeito do *resultado que é proporcionado pelo processo no plano do direito material*"⁴¹⁸.

E, na esteira da lição de Remo Caponi, pode ser que o resultado da tutela jurisdicional, no plano do direito material não exija, necessariamente, a coisa julgada material.

Não se está aqui a dizer que a coisa julgada material pode ser esquecida e não tem relevância no processo e na distribuição da justiça civil. A estabilidade conferida às declarações judiciais proferidas em processo no qual foram respeitadas todas as garantias processuais, a fim de que a decisão sobre uma situação jurídica controvertida possa efetivamente (e como quer o artigo 468, do Código de Processo Civil) *ter força de lei* e, portanto, adquirir imutabilidade, é fundamental e indispensável para a pacificação dos conflitos sociais de repercussão jurídica, fornecendo a segurança que é indissociável em um Estado Democrático, como pretende ser a organização estatal e social contemporânea.⁴¹⁹

O que se está a indicar é que, necessariamente, a coisa julgada não precisa ser o resultado lógico e obrigatório de todas as formas de prestação de tutela jurisdicional e que, em uma perspectiva mais contemporânea da função da jurisdição⁴²⁰,

⁴¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2.ed. São Paulo: RT, 2008. p.113-114. (com grifos no original)

⁴¹⁸ *Ibid.*, p.114. (com grifos no original)

⁴¹⁹ Aliás, como assevera Luiz Guilherme Marinoni, "a coisa julgada, portanto, serve à realização do princípio da segurança jurídica, tutelando a ordem jurídica estatal e, ao mesmo tempo, a confiança dos cidadãos nas decisões judiciais. Sem coisa julgada material não há ordem jurídica e possibilidade de o cidadão confiar nas decisões do Judiciário. Não há, em outras palavras, Estado de Direito." (MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**. 2.ed. São Paulo: RT, 2010. p.68).

⁴²⁰ Veja-se, por exemplo, a lição de Luiz Guilherme Marinoni, para quem, "a ideia de ligar jurisdição a coisa julgada material, que deu origem ao 'mito da coisa julgada', está destinada a desaparecer em vista das novas exigências do mundo contemporâneo, que não mais podem esperar a 'coisa julgada material' (isto é, a declaração relevante, que somente pode ser produzida pela cognição

por vezes é possível dispensar a definitividade representada pela declaração imutável sobre uma situação controvertida em homenagem à celeridade e efetividade da distribuição da justiça civil, quando a situação de direito material assim o exigir e as partes assim optarem.

Dessa forma, e ao se ter como premissa a efetiva *tutela dos direitos*, não parece ser sustentável a posição de Eduardo Talamini sobre o tema da *estabilização dos efeitos dos provimentos urgentes*, para quem

a tutela declaratória (ou seja, a eliminação efetiva de dúvidas) e, no mais das vezes, da tutela constitutiva (ou seja, a alteração de estados jurídicos) só têm serventia ao jurisdicionado se forem revestidas da estabilidade da coisa julgada material. Para o jurisdicionado não basta (e nem mesmo parece ser algo logicamente concebível) a eliminação provisória da dúvida sobre a existência ou não de uma relação de filiação; não basta a invalidação provisória de um contrato; não há como se ficar apenas provisoriamente divorciado – e assim por diante.⁴²¹

De fato, para o jurisdicionado que pretende a “eliminação efetiva de dúvidas” ou que almeje a “alteração de estados jurídicos”, não se pode imaginar a efetiva *tutela de seus direitos* sem o advento da coisa julgada material. Mas, nem só intensões meramente declaratórias ou constitutivas⁴²² são passíveis de ser objetos de interesses do jurisdicionado.

Por exemplo, no plano do mundo real – e não das simples abstrações que são expressões de decisões judiciais, especialmente as inefetivas -, qual a real utilidade de uma declaração com coisa julgada material em uma ação em que o jurisdicionado (essa eminência parda, em nome de quem se fala ou se defende

exauriente) para a realização dos direitos" (MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 10.ed. São Paulo: RT, 2008. p.42).

⁴²¹ TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no Projeto do novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. Revista de Processo, São Paulo, v.209, p.13-34, 2012. p.27.

⁴²² Observa-se uma interessante análise de Sérgio Cruz Arenhart sobre a inutilidade, em certa medida, da classificação dos provimentos jurisdicionais a partir de suas “eficácias”, propondo ele que somente seria útil classificá-las em auto-satisfativas ou não satisfativas (ARENHART, Sérgio Cruz. Sentença condenatória para quê?. In: FONSECA DA COSTA, Eduardo José; MOURÃO, Luiz Eduardo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). **Teoria quinária da ação**: Estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos de seu falecimento. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 613-631).

tantos posicionamentos doutrinários) busque o fornecimento de medicamento gratuito pelo Estado, de forma urgente, cujo remédio é o único capaz de lhe propiciar a *tutela efetiva de seu direito à saúde (e, portanto, em última análise, de seu direito à vida)*? Será mesmo que o “jurisdicionado” somente considerará que, neste caso, o Poder Judiciário lhe outorgou aquilo que a Constituição da República lhe prometeu quando o juiz proferir sua sentença, declarando o direito do cidadão ao remédio com estabilidade de coisa julgada material? Ainda, será que este cidadão, efetivamente, não sentirá a proteção da tutela jurisdicional, periodicamente, toda vez que comparecer ao órgão estatal para receber o remédio?⁴²³

Não se trata, portanto, de eliminar a possibilidade daquele que pretende uma declaração (ou constituição) com força estável de coisa julgada material como resultado de um processo judicial. Mas, simplesmente, de se dar uma opção efetiva de tutela dos direitos que não passe, necessariamente, por todo o caminho longo, moroso, por vezes caro e traumático, do processo ordinário de conhecimento.

Veja-se que, neste sentido, o projeto do novo Código de Processo Civil é cuidadoso ao estabelecer que, caso a parte que sofre as consequências da execução da medida urgente queira, possa impugná-la, garantindo também, portanto, seu direito a um processo justo no qual possa discutir seu interesse à declaração negativa de que o autor possui o direito que diz sujeito a risco de demora.

Não se pode olvidar, ademais, que duas das críticas que Eduardo Talamini projeta para o futuro como “possíveis inconvenientes práticos”⁴²⁴ como argumentos contra a estabilização dos efeitos do provimento antecipatório urgente não possam ser igualmente contrapostas.

A primeira delas, no sentido de que muitos litigantes procurarão a medida urgente não para eliminar uma situação de “perigo de dano” (como visto, nas

⁴²³ Ressalte-se outros tantos exemplos, inclusive já previstos na nossa legislação como as medidas regulatórias previstas no artigo 888, do Código de Processo Civil. Sobre o tema, veja-se: ARENHART, Sérgio Cruz. As medidas regulatórias do art. 888 do CPC. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). **Tutelas de urgência e tutelas cautelares**: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010. p.1008-1021.

⁴²⁴ TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no Projeto do novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. Revista de Processo, São Paulo, v.209, p.13-34, 2012. p.32.

premissas adotadas nesta dissertação, estar-se-ia verdadeiramente a falar de um “perigo de demora”), mas para buscar um atalho para a “*via crucis*” do processo comum⁴²⁵, pode ser facilmente imunizada se, quando o Poder Judiciário for chamado a responder ao pleito, este efetivamente se dê conta da situação, e enxergando que não há risco de demora, não conceda a tutela urgente, sempre, inclusive com a possibilidade de, também, punir o litigante pela sua eventual conduta de má-fé.

A segunda, de que os magistrados tenderão a ser mais rigorosos na concessão dos pleitos urgentes, pois “existirá sempre a preocupação de se estar emitindo uma decisão que, mais do que atuar provisoriamente na situação de emergência, pode vir a estabilizar-se por tempo indeterminado”⁴²⁶ é debelada ao se compreender que, o provimento somente será estabilizado em caso de conduta omissiva daquele que sofre a medida em não impugná-la. Ou seja, a estabilização dos efeitos do provimento antecipatório urgente não é algo com que o juiz deve se preocupar mais do que aquele que sofrerá as consequências desta estabilização e que, portanto, terá interesse direto em evitar que ela aconteça.

Isso tudo significa dizer que, é preciso repensar as estruturas do processo civil de maneira a adequá-las às necessidades da jurisdição contemporânea, da tutela dos direitos e da efetividade da atividade jurisdicional. Em outras palavras, é preciso dar mais um “passo à frente” no sentido da atualização do Processo Civil, especialmente no sentido de se reconhecer que a coisa julgada material não precisa ser um atributo final obrigatório de toda decisão jurisdicional que conceda uma medida de urgência.

Dessa forma, é possível sustentar que as decisões liminares de antecipação de tutela satisfativa não precisam, necessariamente, ser substituídas por decisões definitivas de mérito. Por outro lado, o inegável caráter instrumental da tutela cautelar (ligado a outra tutela) continuará a exigir, como não poderia deixar de ser, a obrigatoriedade que uma medida cautelar preparatória esteja a depender de uma

⁴²⁵ TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no Projeto do novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. Revista de Processo, São Paulo, v.209, p.13-34, 2012. p.32.

⁴²⁶ *Id.*

decisão definitiva a ser proferida em outro processo chamado de "principal". E, nesse sentido, a pretendida inovação legislativa brasileira compreende, mais uma vez, com melhor sustentação teórica, a distinção entre uma antecipação de tutela *cautelar* de outra tutela antecipatória *satisfativa*.

Se a proposta do Projeto de n.º 8.406/2010 para o novo Código de Processo Civil do Brasil entrar em vigor nos termos em que se encontra, parece que, finalmente, se poderá falar, no direito positivo brasileiro, naquilo que Ovídio Baptista da Silva há tempos chamou de "tutela urgente satisfativa autônoma"⁴²⁷. Situações essas que parecerão descender, em um futuro breve, daquilo que se chamou de "ação cautelar satisfativa", em que se outorgava um bem da vida à parte, sem que se fosse dela exigir, de alguma forma, *a posteriori* o ajuizamento de uma ação que obrigatoriamente conduzisse a uma decisão de mérito com estabilidade de coisa julgada, como a prática forense mostrava antes do advento das reformas trazidas pela Lei n.º 8.952/1994, que positivou a tutela antecipada satisfativa genericamente para todos os procedimentos.⁴²⁸

5.2 UMA MEDIAÇÃO NA DISTINÇÃO: NOTAS SOBRE FUNGIBILIDADE

A fungibilidade entre as medidas de natureza cautelar e aquelas que representam antecipação de tutela satisfativa urgente é tema corrente e genuinamente brasileiro, no que tange ao regime das medidas de urgência. Isto porque, como já apontado anteriormente, no sistema italiano (no qual, como aqui também já restou exaustivamente demonstrado, o direito brasileiro busca inspiração doutrinária e legislativa), tal discussão nunca fez sentido, porquanto a legislação italiana jamais fez a distinção entre as duas tipologias, tratando, em verdade, de distinções simplesmente

⁴²⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**: processo cautelar (tutela de urgência). 3.ed. São Paulo: RT, 2000. v.3. p.83.

⁴²⁸ Aliás, dentro da perspectiva já comentada e tratada por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart como o "uso não-cautelar da ação cautelar inominada." (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**: processo cautelar. 2.ed. São Paulo: RT, 2010. v.4. p.53).

sob o plano da *tipicidade* de alguns provimentos denominados de *cautelares* em relação ao regime residual atípico previsto no artigo 700, do Codice di Procedura Civile.

De outro ângulo, o nascimento e a fomentação da polêmica no Brasil tem dimensões práticas, teóricas e históricas, porque, como já se viu igualmente em tópicos anteriores, a antecipação de tutela satisfativa urgente teve nítida correlação em sua origem com a tutela cautelar (a partir daquilo que Marinoni e Arenhart denominaram de "uso não cautelar da ação cautelar inominada"), antes do advento da redação hoje dada ao artigo 273, I e ao artigo 461, § 3.º, ambos do Código de Processo Civil, que permitem a utilização da técnica da antecipação de tutela satisfativa genérica em qualquer procedimento.

Desta feita, talvez seja preciso um brevíssimo resgatar de algumas noções importantes para vislumbrar uma perspectiva futura a partir, inclusive, das premissas teóricas que restaram ajustadas neste trabalho.

O advento da antecipação de tutela satisfativa urgente como medida genérica para todos os procedimentos no Código de Processo Civil, com a Lei n.º 8.952/94, determinou um realinhamento da prática forense em relação às medidas urgentes. Se, até a citada reforma legislativa, qualquer medida antecipatória satisfativa era pleiteada (e em boa parte dos casos concedida pelo Poder Judiciário) por meio do poder geral de cautela, inserido nos artigos 798 e 799, do CPC, no bojo de ações cautelares inominadas, após o advento dos "novos" artigos 273, inciso I, e 461, § 3.º, pareceu desaparecer tal funcionalidade.

Nas palavras de Marinoni e Arenhart sobre o fenômeno,

a reforma processual de 1994, mediante as novas regras instituídas nos arts. 273 e 461, eliminou a necessidade do uso distorcido da "ação cautelar" para a obtenção de tutela satisfativa de cognição sumária (mediante liminar em ação de cognição exauriente) e de tutelas inibitória e de remoção do ilícito. [...] Assim, quem necessita de tutela satisfativa de cognição sumária, a ser prestada mediante liminar, deve propor ação dotada de procedimento comum de conhecimento e requerer tutela antecipatória, não podendo mais propor ação cautelar e, muito menos, fazê-la seguir de ação principal.⁴²⁹

⁴²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo cautelar**. 2.ed. São Paulo: RT, 2010. v.4. p.101/102.

Em igual sentido, Luiz Guilherme Marinoni também assevera, em outra passagem de sua obra, que,

não é mais admissível – após a reforma do Código – que alguém pretenda propor ação (de cognição) sumária "satisfativa" com base no art. 798. O novo art. 273 estabeleceu de forma clara que o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Agora é possível, portanto, que a tutela sumária satisfativa seja requerida no curso do processo de conhecimento.⁴³⁰

Dessa forma, os pedidos de antecipação de tutela satisfativa urgente, que antes da Reforma de 1994 eram manejados por meio da ação cautelar inominada, passam a poder ser pleiteados dentro da própria ação destinada à obtenção da decisão definitiva sobre o mérito do direito ameaçado de risco de perecimento pela demora, ou seja, no curso do próprio processo de conhecimento pelo procedimento comum (ordinário ou sumário).

Natural, então, que algumas situações curiosas e ambíguas acontecessem. Na prática, por vezes, a linha que separa a mera *asseguração* (cautelar) da *satisfação do direito* é tênue e não tão facilmente pode ser delineada. Pense-se no famoso pedido de sustação de protesto de título.

Situação tão peculiar que deu origem ao que talvez se possa chamar de "ação cautelar inominada específica", pois tornou especialíssimo na prática forense o ajuizamento de ações cautelares com este pedido, que posteriormente eram seguidas de ações declaratórias de inexistência do débito consubstanciado no título levado ao protesto que se pretendia sustar, eventualmente cumulada com perdas e danos.

Se a lente pela qual se olha o pedido de sustação de protesto como o efeito secundário da (possível) declaração de inexistência do débito, parece que o pleito assume feição cautelar (instrumental, até). Se, todavia, a lente se desloca para o pedido da sustação de protesto como prática que busca evitar um ato ilícito (protesto de título, cujo débito nele representado não existe), a medida tem caráter satisfativo

⁴³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 10.ed. São Paulo: RT, 2008. p.144.

e não pode ser vista como cautelar, mas meramente como *antecipação dos efeitos da tutela final*.⁴³¹

Por conta, portanto, de que às vezes torna-se difícil o reconhecimento da natureza de uma medida antecipatória (e, para os casos como aqueles apontados por Marinoni e Arenhart como "zonas de penumbra"⁴³²), o legislador brasileiro, com a Lei n.º 10.444/2002, positivou o que se chamou de "fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipada", com a inserção do § 7.º, ao artigo 273, do Código de Processo Civil.⁴³³

Tal novidade legislativa acabou fomentando outra polêmica na doutrina brasileira: se esta fungibilidade era "de mão dupla" ou não. Ou seja, se apenas estaria autorizada a concessão da medida, caso houvesse sido pleiteada uma medida cautelar como se fosse antecipatória satisfativa ou se a recíproca também seria verdadeira.

Na discussão doutrinária (e jurisprudencial) que se estabeleceu, restou ao que parece majoritária a concepção sobre a recíproca da chamada fungibilidade (até mesmo porque, de forma ontológica, nada parece ser possível de ser fungível em apenas um sentido; se a medida "A" é possível de ser substituída pela medida "B", igualmente "B", naturalmente, pode ser substituída por "A"). Tomem-se, apenas

⁴³¹ Sem indicar uma conclusão absolutamente definitiva, parece que esta segunda visão é a mais correta, especialmente se o ponto de partida é a prevenção em relação ao ato ilícito consubstanciado no protesto indevido de título, pois, se a medida *previne o ato contrário ao direito*, é porque satisfaz este último plenamente, de maneira que seria impossível enxergar em tal medida um caráter meramente *assegurativo (cautelar)*. Não se pode esquecer, porém, que, por exemplo, Cassio Scarpinella Bueno chega à conclusão inversa, embora ressalte-se que ele utiliza como critério "útil", na suas palavras, como distinção entre tutela cautelar e antecipação de tutela, a coincidência (parcial ou total) com o que se pretende obter com a decisão de mérito final (BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 02.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.27-29).

⁴³² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo cautelar**. 2.ed. São Paulo: RT, 2010. v.4. p.70. Sérgio Cruz Arenhart ainda apontou que esta fungibilidade veio "em direção à instrumentalidade, harmonizando o processo com as necessidades concretas de proteção" (ARENHART, Sérgio Cruz. A antecipação de tutela e a Lei 10.444/2002. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: RT, 2005. p.276-291, em especial, p.286).

⁴³³ CPC. Art. 273. § 7.º "Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado."

como exemplo, os posicionamentos de José Miguel Garcia Medina⁴³⁴, Alcides Munhoz da Cunha⁴³⁵, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁴³⁶, Cassio Scarpinella Bueno⁴³⁷, Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini e Flávio Renato Correia de Almeida⁴³⁸, Vicente Greco Filho⁴³⁹ e Humberto Theodoro Júnior⁴⁴⁰, dentre outros.

Mas, adotada a concepção sobre a distinção entre a tutela cautelar, no plano da *tutela dos direitos* e da antecipação de tutela como *técnica processual*, como se apresenta neste trabalho, faz algum sentido ainda se falar em *fungibilidade*? Seria possível a *fungibilidade* entre dois institutos de origem tão diversa, no plano de suas naturezas jurídicas? Não há como não se responder de forma negativa a essas indagações.

Uma *tutela jurisdicional* (cautelar) jamais poderá ser substituída por uma *técnica processual* (antecipação) e vice-versa. O que está no plano do direito material não pode ser substituído a contento por aquilo que está inserido no plano do direito processual como técnica de efetivação de um direito substancial. Em

⁴³⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: RT, 2011. p.900.

⁴³⁵ MUNHOZ DA CUNHA, Alcides Alberto. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: RT, 2001. v.11.

⁴³⁶ MARINONI; ARENHART. **Curso de processo civil: processo cautelar**. 2.ed. São Paulo: RT, 2010. v.4. p.70. p.229.

⁴³⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos. p.151/158, mais uma vez, ressaltando o papel constitucional das medidas urgentes. Também em BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva. p.140-157.

⁴³⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues, TALAMINI, Eduardo; DE ALMEIDA, Flávio Renato Correia. **Curso avançado de processo civil: processo cautelar e procedimentos especiais**. 9.ed. São Paulo: RT, 2008. v.3. p.363. Vale a lembrança, igualmente, de que Eduardo Talamini defende a fungibilidade especialmente também a partir de sua noção de que a tutela cautelar e a antecipação de tutela, em verdade, não possuem diferenças essenciais (Tutela de urgência no Projeto do novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v.209, p.13-34, 2012).

⁴³⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.3. p.170.

⁴⁴⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 44.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v.2. p.657/658.

outras palavras, um *fim não pode ser substituído por um meio e a recíproca também se aplica*.

Tanto é que o caminho que parece trilhado pela legislação brasileira no projeto de reforma do Código de Processo Civil (a partir do Projeto de Lei n.º 8.406/2010, da Câmara dos Deputados) é exatamente no sentido de sequer se falar em *fungibilidade* entre estas medidas. A prova disto é a redação proposta para o artigo 276, do Projeto, que estabelece:

Art. 276. A tutela antecipada pode:
I - ser satisfativa ou cautelar;
II - concedida em caráter antecedente ou incidental;
III - fundamentar-se em urgência ou em evidência.

Veja-se que, na perspectiva teórica, o Projeto do Novo Código permite falar em distinguir a *tutela antecipada* sob três aspectos: (i) natureza jurídica (sendo cautelar/assegurativa ou satisfativa/realizadora); (ii) temporal (antecedente ou incidental a um processo já ajuizado); e (iii) finalidade (proteção de uma situação urgente ou de um direito "evidente").

Nessa dimensão, portanto, o que talvez se pudesse falar seria em eventual *fungibilidade na perspectiva de um pedido de tutela antecipada satisfativa ou cautelar*. Em outros termos, se, uma vez requerida uma medida que fosse *cautelar* como se fosse *satisfativa*, seria possível ao juiz a concessão da medida, e vice-versa. A resposta, neste caso, deve ser afirmativa.

No sistema processual civil do Estado Constitucional, e na exata dimensão da proteção que este deve dar à *tutela dos direitos*, negar tal possibilidade seria igualmente afrontar a própria inafastabilidade da tutela jurisdicional, e, conseqüentemente, o direito a uma tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva.

Não há qualquer razão lógica para isso. Se o pedido é cautelar, mas fora feito como medida satisfativa ou em sentido contrário, parece claro que o juiz deve dar a proteção urgente que se reclama. Isso não significa dizer que o magistrado não precisa estar atento à natureza jurídica da medida que concede, porquanto esta terá conseqüências diversas no plano de sua efetivação e do próprio procedimento a ser adotado.

No plano da efetivação, tal condição fica clara ao se lembrar que uma medida satisfativa importará na *realização antecipada do direito pleiteado* ao passo que uma medida cautelar representará somente a *asseguração da fruição plena e futura deste mesmo direito*.

No plano procedimental, não se pode esquecer que, caso se esteja diante de uma hipótese de medida cautelar, o requerente deverá apresentar seu pedido principal dentro de 30 (trinta) dias da efetivação da medida, pois, se não o fizer, esta perderá sua eficácia. E que, caso se esteja diante de uma medida de natureza satisfativa, o ajuizamento de outra demanda é desnecessário e que, não sendo interposto recurso contra a medida, esta terá seus efeitos estabilizados (vide tópico anterior, 5.1); e efeitos somente poderão cessar depois de decisão judicial a ser proferida em processo posterior, que deverá ser ajuizado no prazo decadencial de 02 (dois) anos contados da data da intimação da decisão que extinguir o processo, conforme artigo 286, § 5.º, do projeto de lei em comento.

Dessa forma, a atuação jurisdicional (e a formação dos magistrados no sentido de uma correta compreensão teórica da distinção entre *cautelar* e *satisfazer* um direito) será ainda mais importante, no sentido da detecção da medida pleiteada. Critérios jurisprudenciais e doutrinários certamente necessitarão ser criados e aperfeiçoados, para uma correta aplicação desta (possível) nova realidade.

Assim, a própria distinção aqui tratada entre as situações de *perigo* que justificam a concessão de uma medida urgente ganha importância ainda mais significativa nesta dimensão. O magistrado que se encontrar diante de uma situação de "simples" *perigo de dano* deve determinar a concessão de uma medida meramente *cautelar para assegurar a futura reparação deste, quando isso for possível na execução*. Do contrário, ao se defrontar com uma situação de urgência na *satisfação do direito*, outra saída não resta ao juiz que não seja determinar uma medida de *antecipação satisfativa*. Por fim, um critério sempre deve ser observado: a menor onerosidade do requerido (até porque, o artigo 620⁴⁴¹, do CPC em vigência assim o

⁴⁴¹ CPC. Art. 620. "Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor."

determina, assim como também prevê o artigo 831⁴⁴², do Projeto de Lei em questão).

Certamente, tais questões deverão ser enfrentadas sob estas novas premissas e paradigmas, esperando-se que, de alguma forma, a experiência jurídica brasileira procure inspiração nela mesma para a solução dos problemas e das temáticas que deverão ser superadas, esquecendo-se um pouco do ranço colonizatório que tanto permeia a cultura jurídica, em especial aquela do processo civil, diga-se, mais clássico. Não se pode olvidar esquecer, neste aspecto, a lição colhida de Edoardo Ricci, sobre a prevalência da doutrina brasileira no assunto, como aqui já ressaltado (vide nota de rodapé 387).

Neste fechamento, e para que se possa partir às considerações finais, as mediações feitas a partir da doutrina e legislação estrangeiras (especialmente a italiana) não podem ser realizadas de forma acrítica. Vale lembrar a sempre valiosa lição de Ovídio Baptista da Silva, que convocava a processualística brasileira a não simplesmente repetir o que escreviam os mestres italianos. Nas suas palavras, "enquanto o Brasil não criar jeito e buscar sua identidade cultural, continuaremos a importar obsoletas, relíquias culturais da velha Europa"⁴⁴³, cuja doutrina ele considerava "representante do velho e bolorento racionalismo dos séculos passados"⁴⁴⁴.

⁴⁴² Projeto de Lei n.º 8.406/2010 da Câmara dos Deputados. Art. 831. "Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado."

⁴⁴³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)**. 3.ed. São Paulo: RT, 2000. v.3. p.32.

⁴⁴⁴ *Id.*

CONCLUSÃO

As discussões teórico-doutrinárias sobre os provimentos de urgência e, em especial, sobre a tutela cautelar e antecipação de tutela urgente, constituíram-se em grande fonte de debate e de produção científica entre os juscivilprocessualistas. A relevância desse debate doutrinário ganha maiores contornos na Itália a partir da publicação do Codice di Procedura Civile em 1942, que, como visto na presente dissertação, sofre inegável influência das concepções de Piero Calamandrei sobre aquilo que ele denominava "*provvedimenti cautelari*"⁴⁴⁵, especialmente a partir da positivação do que se poderia chamar de Poder-Dever Geral de Cautela, permitindo que o juiz determinasse a concessão de medidas urgentes, ainda que estas não tivessem especificamente previstas no direito positivo, como estabelecido no artigo 700, da lei processual civil italiana.

No Brasil, o debate começa a aparecer com destaque a partir da publicação do Código de Processo Civil de 1973, que, ao reputar o processo cautelar como um *tertium genus*, lhe dedica um livro inteiro, exclusivo, com 94 (noventa e quatro) artigos de lei, divididos entre uma parte, diga-se, geral sobre a tutela cautelar, na qual também se positivou, de forma muito semelhante ao que acontecera na Itália, o Poder-Dever Geral de Cautela (especialmente, artigos 798 e 799, do CPC) e uma parte específica, destinada aos procedimentos cautelares nominados.

Até o chamado "Código Buzaid" (como ficou conhecida a legislação processual civil de 1973), o estudo dos provimentos urgentes era pequeno na doutrina brasileira. Daniel Mitidiero assevera, neste sentido, especificamente que

afora o enfrentamento do tema nos *cursos e comentários* da época, apenas uma *monografia* foi publicada sobre o assunto durante todo o período de vigência do Código de 1939. [...] Aliás, é mesmo digno de nota o desinteresse da doutrina brasileira posterior no exame da tutela cautelar na perspectiva do Código de 1939. [...] A situação mudaria radicalmente com o advento do Código Buzaid. Sendo o "processo cautelar" uma das grandes inovações do Código, disciplinado em livro próprio ao lado do "processo de conhecimento"

⁴⁴⁵ Tradução livre: "provimentos cautelares".

e do "processo de execução", inspirado integral e declaradamente na doutrina italiana da primeira metade do século XX, a tutela cautelar chamou sobremaneira a atenção da doutrina desde a sua promulgação. Como é notório, foram publicados inúmeros trabalhos sobre o assunto.⁴⁴⁶

As discussões doutrinárias sobre os provimentos ganhariam, no Brasil, uma dimensão ainda maior, tornando-as inclusive, mais acaloradas entre os juristas quando do advento da Lei n.º 8.952/1994, que, reformando o Código de Processo Civil, inseriu nos artigos 273, inciso I e 461, § 3.º, a antecipação de tutela como medida geral e possível de ser pleiteada em qualquer demanda civil, como regra.

Substancialmente, então, a partir dessa mudança paradigmática na legislação processual civil brasileira, a doutrina nacional se viu obrigada a enfrentar o problema dos provimentos urgentes sob um novo prisma: as identidades e semelhanças entre a tutela cautelar e a "nova" antecipação de tutela satisfativa. Problema doutrinário que ocupou, também, parte da doutrina italiana, mas que não obteve a mesma repercussão na península do que no Brasil justamente pela identificação que Piero Calamandrei sempre deu entre *conservação* e *antecipação* sob o prisma do processo, sustentando, como se viu na presente dissertação, que ambas eram faces da mesma moeda denominada provimento cautelar.

Como visto igualmente na presente dissertação, a doutrina brasileira também produziu inúmeros trabalhos sobre os provimentos urgentes, dando ênfase especial às distinções e semelhanças entre a tutela cautelar e a antecipação da tutela.

Com efeito, as ideias de Calamandrei – e da doutrina italiana que seguia o mestre florentino – sobre os provimentos urgentes não tiveram influência somente no processo civil italiano, mas atravessaram o Oceano Atlântico e aportaram com forte repercussão em solo brasileiro, contribuindo de forma decisiva para o regulamento da matéria na legislação processual civil nacional e recebendo atenção e, em alguns casos, quase uma devoção da doutrina brasileira.

Todavia, como apontado, a doutrina que se pode chamar "clássica" (no sentido do seguimento e da recepção das ideias de Calamandrei, principalmente) foi apagando uma distinção desde o início feita pelo mestre de Firenze sobre o requisito de urgência

⁴⁴⁶ MITIDIÉRO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: RT, 2012. (com grifos)

que justificava cada uma das medidas entendidas por ele como "cautelares". A distinção operada por Calamandrei entre "*pericolo di tardività*" e "*pericolo di infruttuosità*" como medida de diferenciação entre um provimento "cautelar antecipatório" e um provimento "cautelar conservativo", respectivamente, foi sendo apagada e esquecida pela doutrina brasileira clássica, que sustenta que somente uma situação de urgência justifica a concessão de qualquer medida urgente: o *periculum in mora*, categoria que Calamandrei designava como gênero, da qual eram espécies, para ele, os dois tipos de "*pericoli*" acima apontados.

Mas, na doutrina nacional, vozes importantes levantaram-se contra a unificação da situação de perigo legitimadora dos provimentos urgentes. Como visto, Ovídio Baptista da Silva, substancialmente, sustentava que a tutela cautelar, meramente assegurativa, dependia da existência de um *perigo de dano iminente*. Já a antecipação de tutela, que *satisfazia o direito material antecipadamente*, desde sempre foi apontada por ele como sendo algo absolutamente distinto daquela tutela jurisdicional de segurança, a depender, portanto, de um *perigo de demora*. Por isso, o mestre gaúcho, como visto, assinalou que a expressão *periculum in mora* não era incorreta, mas ambígua, a não consistir categoria de utilização escoreita na tutela cautelar.

A partir das lições de Ovídio Baptista da Silva, outros juristas igualmente compreenderam o fenômeno de forma mais livre, e menos apegada à tradicional doutrina italiana. Nomes como Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Alcides Alberto Munhoz da Cunha e Daniel Mitidiero, enxergaram além das lições europeias, especialmente no sentido de que a situação de perigo que legitima provimentos urgentes não é a mesma, e é distinta, portanto, conforme se trate de tutela cautelar ou de antecipação de tutela satisfativa.

E, a presente dissertação buscou exatamente nessas premissas teórico-históricas o seu objeto: como a diferenciação entre a situação de perigo que justifica a concessão de uma tutela cautelar e de uma antecipação de tutela satisfativa pode servir de ponto de partida para distinções entre elas.

Por isso, foi preciso retornar às lições de Calamandrei sobre os provimentos cautelares e delinear algumas linhas sobre acerca da sua (decisiva) influência sobre a legislação e a doutrina italiana e brasileira. Especialmente, a distinção feita pelo mestre florentino entre *pericolo di tardività* e *pericolo di infruttuosità*, na dimensão já apresentada.

Igualmente no sentido do objeto desta dissertação, foi preciso trazer as concepções valiosas de Ovídio Baptista da Silva, e dos processualistas que o seguiram, a partir da distinção que o mestre gaúcho fazia entre *perigo de dano iminente* e *perigo de demora* e, com todas as suas consequências daí decorrentes, como a célebre ideia da diferença entre "segurança para execução" e "execução para segurança". Tal estudo não podia ser feito sem mediações e ponderações sobre as posições Ovidianas no sentido de uma melhor adequação e ajuste histórico de suas ideias sobre a origem medieval da distinção entre *periculum damnum irreparabile* e *periculum in mora*.

Desta feita, escavando a teoria de Calamandrei sobre a existência de dois tipos de "*pericoli*", a partir das mediações e da recepção absolutamente crítica das ideias do mestre florentino e da doutrina italiana que alguns juscivilprocessualistas brasileiros fizeram – e não da simples repetição acrítica e asséptica das ideias do jurista italiano, empreendida por parte significativa da doutrina brasileira –, foi possível adotar como premissa nesta dissertação a diferença entre *perigo de dano* e *perigo de demora*, inclusive como critério teleológico de distinção entre tutela cautelar e antecipação de tutela.

E, a partir desse critério distintivo, foi possível igualmente assinalar a distinção entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela, no plano de sua natureza jurídica e, neste particular, demonstrar por que talvez não seja correto, para uma demonstração perfeita dos fenômenos, uni-los como se fossem espécies do gênero que se convencionou chamar de "tutelas de urgência". Isto porque, como assinalado, sequer se pode afirmar que a antecipação de tutela seja um gênero de tutela jurisdicional, uma vez que deve ser corretamente compreendida como um *meio* para obtenção de tal finalidade da jurisdição. Por outro lado, a tutela cautelar deve ser colocada no plano do direito material, efetivamente, então, como uma espécie de tutela jurisdicional, *resultado, fim* que se pode obter de uma atuação da jurisdição.

Ademais, dessa noção diferenciadora resulta uma conclusão que, somada à distinção aqui apresentada das situações de perigo que animam a tutela cautelar e a antecipação de tutela, é impossível a partir de outros referenciais e modais teóricos. Somente quando se compreende que a tutela cautelar é uma *tutela jurisdicional voltada para afastar um perigo de dano (infrutuosidade)* e que a antecipação de tutela é um *meio para outorga antecipada de tutela jurisdicional, quando esta estiver ameaçada*

por um perigo de demora (tardança), é que possível enxergar que, verdadeiramente, é perfeitamente possível existir *antecipação de tutela cautelar*. E, como já apontado nesta dissertação, é isso exatamente o que o legislador processual civil brasileiro estabeleceu (ainda que, provavelmente, sem esta consciência) no artigo 804, do Código de Processo Civil vigente.

Neste modelo e dentro da funcionalidade do Estado Constitucional contemporâneo, a tutela cautelar não pode igualmente mais ser vista (como era em Calamandrei) como um instrumento a serviço da jurisdição (e não do jurisdicionado), a tutelar o resultado útil de um processo dito principal. A tutela cautelar deve ser inserida, como quer a doutrina mais moderna, baliza da presente dissertação, no sistema da *tutela dos direitos* e, portanto, seu traço de instrumentalidade passa a ligá-la com a *tutela de outro direito* e não mais com o processo.

É nessa dimensão, igualmente, que deve ressurgir a discussão sobre o fundamento material da tutela cautelar e, em sendo assim, é imprescindível a oportunidade de reacender o debate sobre o *direito material de cautela*, sobre sua existência, ou, caso assim não se admita, de se perquirir qual a base lógico-material da tutela cautelar.

Ainda como consequência dessa relocação da tutela cautelar no sistema da tutela dos direitos e, portanto, no plano do direito material, a proteger sempre a *tutela de outro direito material* e como já apontado, é preciso realinhar igualmente a instrumentalidade, que é nota característica desta modalidade de tutela jurisdicional. A tutela cautelar, como já asseverado, não pode ser mais, como apontava o mestre florentino (e todos aqueles que o seguem em suas ideias), como o *instrumento do instrumento*. O fato de a tutela cautelar acabar protegendo o resultado útil do processo é efeito, e não causa de sua real funcionalidade: a proteção da tutela de um direito material que é protegido neste processo cujo resultado útil se garante com a tutela assecurativa.

Com efeito, pois se a tutela cautelar está no plano do direito material, é também neste plano que se desenvolve sua relação de instrumentalidade. Ela não pode mais ser conceituada como *instrumento de outro processo*, mas sim deve ser enxergada como *instrumento da tutela de outro direito* e, como bem asseveram Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, como já apontado nesta dissertação, também de uma *situação juridicamente tutelável*.

E esse novo desenho da instrumentalidade da tutela cautelar permite igualmente responder mais adequadamente às exigências da tutela dos direitos no Estado Contemporâneo. A partir disso, e como a legislação brasileira já se deu conta desde 1994, é possível vislumbrar que qualquer espécie tutela jurisdicional, a princípio, pode ser antecipada, se estiver exposta a um *perigo de demora*. Mais do que isso, é possível começar a compreender que o vínculo de instrumentalidade da tutela cautelar é com a tutela de outro direito ou situação juridicamente tutelável. Mas, é preciso dar mais um passo e se compreender que, outorgar adequada, tempestiva e efetivamente uma tutela jurisdicional não se faz apenas com a imutabilidade que a coisa julgada material confere à declaração proferida em um processo. Isso somente é possível diante de uma tutela jurisdicional que, se antecipada, não tenha vínculo de instrumentalidade com nenhuma outra tutela ou situação tutelável. Em outras palavras, a estabilização dos efeitos da decisão antecipatória somente é possível, no plano lógico, inclusive, quando é uma *tutela materialmente autônoma*, não instrumental.

As reformas legislativas levadas a efeito na Itália, e indicadas nesta dissertação, caminham exatamente nesse sentido. E, ao que parece, o regime jurídico brasileiro parece querer andar no mesmo trilho, com o projeto de reforma legislativa do Código de Processo Civil, em especial na proposta de redação daquele que poderá vir a ser seu artigo 286 e seus parágrafos.

De toda forma, o projeto brasileiro parece ainda mais adequado e, inclusive no plano teórico, mais correto do que o italiano. Isto porque, de sua proposta de redação do artigo 276, inciso, fica clara a compreensão que o *novel* legislador nacional tem de que a tutela cautelar é *resultado de atuação jurisdicional* e que a antecipação de tutela (ou a tutela antecipada) é *meio para obtenção de resultado advindo da atuação jurisdicional*. Sem dúvida, pois a proposta de redação do citado dispositivo legal aponta que "A tutela antecipada pode: I – ser satisfativa ou cautelar". Logo, da outorga da tutela jurisdicional podem advir dois resultados distintos: *asseguração (tutela cautelar) e satisfação (tutela satisfativa) de um direito*. E ambos os resultados podem ser antecipados no caso de perigo de demora.

A legislação italiana, ainda devedora das lições de Calamandrei e, ao que parece também, ainda presa aos seus ensinamentos, não consegue chegar a tal nível de compreensão. A prova disso é que a própria doutrina italiana tem

dificuldade em reconhecer o caráter não cautelar de uma antecipação de tutela satisfativa e, ao mesmo tempo, para explicar o fenômeno da estabilização dos efeitos da antecipação da tutela, sem produção de coisa julgada, e porque ainda ligada à natureza dita *cautelar* de tais provimentos, sustenta que, em tal caso, a instrumentalidade se faz presente (como na verdadeira tutela cautelar, como visto), mas de forma *atenuada* ou *flexibilizada*.

De toda forma, é possível colocar em outro plano de discussão um antigo problema: a distinção entre tutela cautelar e antecipação de tutela fundada na urgência. A resolução da questão não passa pela natureza assegurativa daquela e satisfativa desta última, mormente se, como se defende nesta dissertação, a *tutela cautelar pode ser antecipada*. O problema a ser resolvido, na verdade, não pode ser solucionado nesses termos e sob esse prisma. Há que se entender, verdadeiramente, que a tutela cautelar é *tutela jurisdicional* e que a antecipação de tutela é, como quer a melhor doutrina apontada nesta dissertação, *técnica processual destinada a distribuir mais adequadamente o ônus do tempo do processo e que, pode ter seu fundamento na urgência quando for voltada a eliminar o perigo da demora na entrega da prestação jurisdicional*.

Como bem aponta Daniel Mitidiero,

vistas as coisas neste quadro mais amplo, o problema da dogmática processual não está em separar *tutela cautelar e antecipação da tutela*. Essa impositiva da matéria está equivocada, porque não é possível tratar no mesmo plano de uma *tutela* e de uma *técnica* – são conceitos distintos. É claro que a tutela cautelar não se confunde com a tutela satisfativa antecipada. Esse, no entanto, já um problema superado pela doutrina. O problema agora está em perceber que a *técnica antecipatória* é apenas um *meio* para a realização da tutela *satisfativa* ou da tutela *cautelar* e que essas formas de tutela jurisdicional devem ser pensadas a partir do direito material – mais propriamente à luz da teoria da *tutela dos direitos*.⁴⁴⁷

Justamente a partir dessa compreensão é que fica ainda mais claro, ao que parece, assinalar que a situação de perigo a justificar uma tutela cautelar deve ser encontrada no plano do direito material, enquanto a situação de perigo requisito de

⁴⁴⁷ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: RT, 2012. p.47-48. (com grifos no original)

uma antecipação de tutela deve ser buscada no plano do processo. Assim, resulta também explicado, no que tange à sua própria topografia como um perigo de *dano*, elemento tão caro ao direito material civil, é a situação que legitima uma tutela cautelar, quando um direito ou situação juridicamente tutelável estiver exposto a tal risco.

Por outro lado, fica evidenciado também porque a situação que legitima a concessão de uma antecipação de tutela fundada na urgência é um perigo de *demora na entrega da prestação jurisdicional*. Este elemento *temporal* somente pode estar presente quando se pensa no lapso de tempo existente entre o *início do processo judicial e seu fim* e é, portanto, algo que se dimensiona no plano processual e não no plano material.

A distinção entre as situações de perigo, então, embora intuídas por Calamandrei na sua célebre obra sobre os "provimentos cautelares", deve ser colocada também sob outro prisma. Se a necessidade é *acelerar a entrega da tutela jurisdicional (seja ela satisfativa ou cautelar), porque sua própria efetividade está sujeita a um perigo de demora (ou se a outorga de forma urgente, ou não será mais possível fazê-lo futuramente)*, a saída é *antecipar esta tutela*. Do contrário, se o perigo é de *dano ao direito ou situação juridicamente tutelável, se faz necessário garantir a sua efetividade futura, o que se faz mediante a tutela cautelar que se exposta a perigo de demora, também pode ser antecipada*.

Em resumo, Ovídio Baptista da Silva tinha razão ao dizer que a expressão *periculum in mora* é ambígua, pois de forma clara ela representa (ao menos para a doutrina clássica) a possibilidade de dois fenômenos que têm origem distinta no que tange ao seu próprio repositório jurídico. Os dois tipos de *pericoli*, apontados por Calamandrei, têm origens diversas. O *pericolo di infruttuosità* está no plano do direito material, ao passo que o *pericolo di tardività*, no plano exclusivamente processual.

Ademais, a breve exposição aqui tratada também tem reflexos, como se viu, em se buscar uma nova compreensão e uma nova perspectiva de enfoque da *fungibilidade* entre os chamados provimentos de urgência, visto que não se pode imaginar possível a substituição de algo que pertença ao direito material (tutela cautelar) por outra coisa que tenha relação com o direito processual (antecipação de tutela). Todavia, sob a égide da funcionalidade constitucional da jurisdição, especialmente no Estado contemporâneo, é perfeitamente possível falar em *fungibilidade entre uma*

tutela antecipada satisfativa e(ou) cautelar no plano procedimental, para sua concessão, desde que, *a posteriori*, o magistrado, consciente da natureza da medida, determine a adequação do procedimento, principalmente a partir da instrumentalidade da tutela cautelar e da necessidade da instauração, neste caso, da demanda que tenha por objeto a *tutela do outro direito protegido pela tutela assecurativa*.

Novamente, então, se revela importantíssima, não somente no plano teórico-acadêmico, mas igualmente no sentido da prática forense, a real compreensão das situações de perigo que justificam a concessão da tutela cautelar ou que vão condicionar a antecipação de uma tutela jurisdicional com fundamento na urgência. Justamente o que se pretendeu demonstrar nesta dissertação.

Neste sentido, espera-se tenha conseguido delinear nesta dissertação as linhas gerais desta distinção entre dois tipos de *perigo* que, embora aparentem ser muito próximos, em verdade, como se viu, têm até mesmo origens diversas. E, desta forma, contribuir, ao menos um pouco, para uma compreensão da temática.

É preciso ainda fazer uma última observação. Como já salientado, está em discussão no Congresso Nacional um projeto de reforma do Código de Processo Civil brasileiro (na verdade, um "Novo CPC"), cuja proposta de mudança legislativa também atinge a tutela cautelar e antecipação de tutela. Aliás, como igualmente já asseverado aqui, ao que parece com modificações que podem melhorar a compreensão da temática e, inclusive, alocar a tutela cautelar e antecipação de tutela em seus lugares corretos de pertencimento, cujas possíveis inovações e sua análise mais detida já foram delineadas nesta dissertação.

Porém, justamente quando trata dos requisitos da petição inicial da tutela cautelar antecedente, o *novel* legislador perdeu a oportunidade de assinalar, expressamente, o perigo de dano como seu requisito. Mais do que isto, pareceu manter a confusão entre o perigo de dano e o *perigo da demora*, exigindo este último como requisito da petição inicial. Veja-se a proposta de redação do artigo 288, do projeto do novo código: "*A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide, seu fundamento e a exposição sumária do direito que se visa assegurar e o **perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional***". (sem grifos no original).

Ora, o perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional, na esteira do delineado nesta dissertação, parece ser o requisito para a *antecipação da tutela*

(*que pode ser cautelar ou satisfativa*). Seria, então, requisito para a *liminar cautelar*, de qualquer forma, a petição inicial de um pleito de tutela cautelar *não pode prescindir do perigo de dano, que faz parte indelével de seu objeto no plano do direito material, inclusive*.

Em outro sentido, porém, este aparente equívoco não oblitera os possíveis avanços que a nova legislação deve alcançar. Aparente equívoco que, inclusive, pode ser facilmente corrigido pelo legislador ou mesmo ser aclarado pela doutrina e pela prática forense.

Destarte, espera-se que os objetivos da presente dissertação, no sentido da rediscussão do problema sobre os *perigos que podem justificar provimentos urgentes* e da correta colocação do problema da distinção entre tutela cautelar e antecipação de tutela urgente, tenham sido atingidos.

Certamente que, a partir das premissas e perspectivas críticas indicadas nesta dissertação, outras problemáticas merecem releitura e reorganização. Para apenas indicar duas delas: a questão relativa à coisa julgada na ação que tem por objeto a tutela cautelar e o ponto relativo à sua temporariedade e(ou) definitividade. Questões que são conexas e que, porque requerem uma análise mais complexa e extensa, foram propositalmente deixadas de lado para o âmbito dessa dissertação, que não tinha (e nem poderia ter) a pretensão de ser um tratado completo sobre a teoria da tutela cautelar. De resto, são pontos que, sem dúvida, podem e devem ser esclarecidos na continuidade das lições e perspectivas aqui traçadas.

De toda forma, espera-se, então, que a presente dissertação na sua extensão horizontal e vertical tenha dado conta daquilo que se pretendeu e que possa ser o ponto de partida para uma análise mais extensa e profunda da teoria da tutela cautelar e das temáticas que lhe são correlatas.

REFERÊNCIAS

AIELLO, Michelle. **I provvedimenti di urgenza nell'attuale momento legislativo italiano**: les mesures provisoires en procedure civile. Milano: Giuffrè, 1985.

ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales**. 3.^a reimp. Buenos Aires: Astrea, 1998.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALLORIO, Enrico. Per una nozione del processo cautelare. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Parte I, p.18-44, 1936.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Perfil dogmático da tutela de urgência. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n.70, p.214-239, 1997.

ALVIM, Arruda. A evolução do direito e a tutela de urgência. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). **Tutelas de urgência e tutelas cautelares**: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010. p.152-175.

APICELLA, Mario. **I provvedimenti cautelari non nominati (art. 700 CPC)**. Castello: Leonardo da Vinci, 1947.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A verdade e a prova no processo civil**. Disponível em: <http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/143283/A_VERDADE_E_A_PROVA_NO_PROCESSO_CIVIL>. Acesso em: 1.º ago. 2011.

_____. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: RT, 2000.

_____. A antecipação de tutela e a Lei 10.444/2002. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil**: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: RT, 2005. p.276-291.

_____. Sentença condenatória para quê?. In: FONSECA DA COSTA, Eduardo José; MOURÃO, Luiz Eduardo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). **Teoria quinária da ação**: Estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos de seu falecimento. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 613-631.

_____. As medidas regulatórias do art. 888 do CPC. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). **Tutelas de urgência e tutelas cautelares**: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010. p.1008-1021.

ARIETA, Giovanni. **I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 CPC**. 2.ed. Padova: Cedam, 1985.

_____. **Trattato di diritto processuale civile**: le cautele, il processo cautelare. 2.ed. Milano: Cedam, 2011. v.11.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **As ações cautelares inominadas e o novo processo civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

_____. **A ação cautelar inominada no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p.231-235.

_____. Teoria do processo cautelar. **Revista de Processo**, São Paulo, n.59, p.187-200, 1990.

_____. **A ação cautelar inominada no direito brasileiro**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

_____. Decisões interlocutórias e sentenças liminares. **Revista do IAP**, n.17, p.169-171, 1991.

_____. **Curso de processo civil**: processo cautelar (tutela de urgência). 3.ed. São Paulo: RT, 2000. v.3.

_____. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Do processo cautelar**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Ação e ações na história do processo civil moderno. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coords.). **Teoria quinária da ação**: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos de seu falecimento. Salvador: Juspodium, 2010. p.423-452.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A estrutura do novo código de processo civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n.246, p.34-42, 1975.

_____. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n.81, p.198-211, 1996.

_____. **O novo processo civil brasileiro**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas**: temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 2004.

BAUR, Fritz. **Tutela jurídica mediante medidas cautelares**. Tradução de Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Fabris, 1985.

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

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **DOU**, Brasília, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **DOU**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Projeto n.º 8.406/2010 (Novo CPC). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267_>. Acesso em: 17 nov. 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos.

CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Padova: Cedam, 1936.

_____. Il nostro Maestro. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v.14, Parte 1, p.301-311, 1937.

_____. **In memoria di Giuseppe Chiovenda**. Padova: Cedam, 1949.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: RT, 1984. v.10.

CALVOSA, Carlo. In tema di provvedimenti cautelari innominati. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v.4, Parte II, p.210-219, 1949.

_____. **La tutela cautelare**: profile sistematico. Torino: Unione Tipografico-Editricce Torinese, 1963.

CAPPELLINI, Paolo. **Storie di concetti giuridici**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2010.

CAPONI, Remo. **Il sequestro giudiziario di beni nel processo civile**: profilo storico-sistematico. Milano: Giuffrè: 2000.

_____. La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale nell'ordinamento italiano. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). **Tutelas de urgência e tutelas cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.986-997.

_____. O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas. **Revista de Processo**, v.36, n.192, p.397-415, fev. 2011.

_____. **La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea**. Disponível em: <http://www.academia.edu/393742/2004_Caponi_La_tutela_sommaria_nel_processo_societario_in_prospettiva_europea>. Acesso em: 20 set. 2012.

_____. **Piero Calamandrei e la tutela cautelare**. Disponível em: <http://www.academia.edu/2225254/Caponi_2012_Piero_Calamandrei_e_la_tutela_cautelare>. Acesso em: 26 dez. 2012.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação da tutela no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Da antecipação de tutela**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Tutelas diferenciadas. Medidas antecipatórias e cautelares: esboço de reformulação legislativa. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). **Tutelas de urgência e tutelas cautelares**: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010. p.190-204.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema del diritto processuale civile**. Padova: Cedam, 1936. v.1.

_____. **Tratatto del processo civile**: diritto e processo. Napoli: Morano, 1958.

_____. Verità, dubbio, certezza. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v.20, II Série, p.4-9, 1965.

CARNELUTTI, Francesco; CALAMANDREI, Piero. Per lo studio del nuovo processo civile italiano. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, Padova, Parte I, p.193-195, 1940.

CARPI, Frederico. **La urgenza fra cautela, 'sentenza anticipata' e giudizio di merito**: la tutela d'Urgenza. Rimini: Maggioli, 1985.

_____. Provvedimenti interinali di condanna, esecutorietà e tutela delle parti. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, v.31, p.615-650, 1977.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. 4.ed. Napoli: Nicola Jovene, 1928.

_____. **Istituzioni di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 1933. v.1.

_____. **Ensayos de Derecho Procesal Civil**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Bosch e Cia Editores, 1949. v.1.

_____. **Istituzioni di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 1960. v.1.

_____. **Saggi di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1993. v.2.

CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. Unificação do regime da tutelas de urgência. In: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita; MOURÃO, Luiz Eduardo; CAMARGO Ana Paula C. (Coord.). **Temas atuais das tutelas diferenciadas**: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2009. p.599-615.

CIPRIANI, Franco. **Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti**: riflessioni e documenti nel cinquantenario dell'entrata in vigore. Napoli: ESI, 2001.

_____. **Piero Calamandrei e la procedura civile**. Napoli: ESI, 2009.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado. La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, p.963-981, 1990.

CONIGLIO, Antonio. **Il sequestro giudiziario e conservativo**. 3.ed. Milano: Giuffrè, 1949.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Processual Civil**. 3.ed. Buenos Aires: Depalma, 1973.

CRISTOFOLINI, Giovanni. **Processo d'ingiunzioni**. Padova: Cedam, 1939.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; DE AZEVEDO, Luiz Carlos. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: RT, 1996.

_____. **Lições de processo civil canônico**: história e direito vigente. São Paulo: RT, 2001.

_____. **Lições de história do processo civil lusitano**. 2.ed. São Paulo: RT, 2009.

DENTI, Vittorio. Sul concetto di funzione cautelare. In: **Studi Giuridici in Memória di Pietro Ciapessoni**. Pavia: Soc. ARL, 1948. (Serie I, n.º 1-10). p.3-31.

_____. **La tutela d'Urgenza** (atti del XV Congresso Nazionale, Bari, 4-5 Ottobre 1985). Rimini: Maggioli, 1985.

_____. **La giustizia civile**: lezioni introduttive. Bologna: Il Mulino, 2004.

DIANA, Agostinho. Le misure conservative interinali. **Studi Senesi**, v.26, p.210-254, 1909.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael. Distinção entre tutela antecipada e tutela cautelar. In: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita; MOURÃO, Luiz Eduardo; CAMARGO Ana Paula C. (Coord.). **Temas atuais das tutelas diferenciadas**: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2009. p.265-281.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: RT, 1987.

_____. **A reforma do código de processo civil**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Liebman e a cultura processual brasileira. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (Org.). **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005. p.487-512.

_____. O regime jurídico das medidas urgentes. In: _____. **A nova era do processo civil**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.57-113.

DINI, Enrico A.; MAMMONE, Giovanni. **I provvedimenti d'urgenza**. 7.ed. Milano: Guiffrè, 1997.

DINI, Mario. **I provvedimenti d'urgenza nel diritto processual civile (art. 700 a 702 Cod. Proc. Civ.)**. 3.ed. Milano: Giuffrè, 1961.

DOMINGUEZ, Miguel Serra; MENDEZ, Franciso Ramos. **Las medidas cautelares em el proceso civil**. Barcelona: Industrias Graficas M. Pereja, 1974.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. **Liminares nas ações possessórias**. São Paulo: RT, 1999.

_____. A crise do processo civil clássico, a superação pelo sincretismo das ações através do instituto jurídico da antecipação da tutela e a concepção originária de Ovídio Araújo Baptista da Silva acerca do tema. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). **Tutelas de urgência e tutelas cautelares**: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010. p.737-747.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Notas sobre a construção de um discurso historiográfico. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, n.28, p.249-259, 1994/1995.

_____. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2010.

FONSECA COSTA, Eduardo José da. Sentença cautelar, cognição e coisa julgada: reflexões em homenagem à memória de Ovídio Baptista. **Revista de Processo**, São Paulo, v.36, n.191, p.357-376, 2011.

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

GINZBURG, Carlo. **Relações de força**: história, retórica, prova. Tradução de Jônatas Batista Neto. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

_____. Sinais: raízes de um paradigma indiciário. In: _____. **Mitos, emblemas, sinais**. 2.ed. Tradução de Federico Carotti. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.143-179.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.3.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. **Revista de Processo**, São Paulo, v.30, n.121, p.11-37, mar. 2005.

GROSSI, Paolo. **L'ordine giuridico medievale**. 11.ed. Roma: Laterza, 2004.

_____. **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2.ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

_____. **Primeira lição sobre direito**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Fontes históricas das formas básicas de tutela cautelar. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v.4, n.1, p.158-160, jan./abr. 1997.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

JANUZZI, Angelo. **Per la ricerca di un diritto sostanziale di cautela**: giustizia civile. Milano: Giuffrè, 1951.

LACERDA, Galeno. Processo cautelar. **Revista de Processo**, São Paulo, n.44, p.186-194, out./dez. 1986.

_____. Função e processo cautelar: revisão crítica. **Ajuris**, v.14, n.56, p.5-13, nov. 1992.

_____. **Comentários ao código de processo civil**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v.8. Tomo I.

LANCELLOTTI, Franco. **Contributo allo studio sistematico della cautela giuridica**. Padova: Cedam, 1942.

_____. Osservazioni critiche intorno all'autonomia processuale della tutela cautelare. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, p.232-271, 1942.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **A prescrição no código civil brasileiro**: ou o jogo dos sete erros. Disponível em: <<http://www.rodrigoxavierleonardo.com.br/arquivos/20101115220517.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2012.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Problemi del processo civile**. Napoli: Morano, 1962.

LOPES, João Batista. Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n.116, p.11-28, jul./ago. 2004.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Medidas preventivas**: medidas preparatórias – medidas de conservação 02. ed. Belo Horizonte: Bernardo Alves, 1958.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Sistema e estrutura no direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v.1.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela antecipada**. 2.ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

MANDRIOLI, Crisanto. Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, p.551-581, 1964.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipada, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. São Paulo: RT, 1997.

_____. **Tutela inibitória**. 4.ed. São Paulo: RT, 2006.

_____. **Antecipação da tutela**. 10.ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2.ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. **Coisa julgada inconstitucional**. 2.ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. 5.ed. São Paulo: RT, 2011. v.1.

_____. **Da tutela cautelar à tutela antecipatória**. Disponível em: <marinoni.adv.br/baixar.php?arquivo=files_/...doc>. Acesso em: 06 dez. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo cautelar**. 2.ed. São Paulo: RT, 2010. v.4.

_____. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 8.ed. São Paulo: RT, 2010. v.2.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: críticas e propostas**. São Paulo: RT, 2010.

MARINS, Victor A. A. Bonfim. **Tutela cautelar: teoria geral e poder geral de cautela**. Curitiba: Juruá, 1996.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: RT, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia; DE ARAÚJO, Fábio Caldas; GAJARDONI, Fernando Fonseca. **Processo civil moderno: procedimentos cautelares e especiais**. 3.ed. São Paulo: RT, 2010. v.4.

MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. **Revista de Processo**, São Paulo, v.35, n.183, p.165-194, 2010.

_____. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. **Revista de Processo**, São Paulo, v.197, p.27-65, 2011.

_____. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: RT, 2012.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. **Comentários ao código de processo civil**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v.2.

_____. Medidas cautelares inominadas. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Rio de Janeiro, n.57, p.33-90, 1998.

MONTESANO, Luigi. Luci ed ombre in leggi e proposte di "tutele differenziate" nei processi civili. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v.34, II Série, p.592-603, 1979.

MUNHOZ DA CUNHA, Alcides Alberto. **A lide cautelar no processo civil**. Curitiba: Juruá, 1992.

_____. O direito material de cautela. **Revista do IAP – Instituto dos Advogados do Paraná**, Curitiba, n.23, p.111-121, 1994.

_____. Antecipatória urgente e antecipatória de emergência: diversidade de regime jurídico. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). **Tutelas de urgência e tutelas cautelares**: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010. p.25-34.

_____. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: RT, 2001. v.11.

NERY JR., Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 7.ed. São Paulo: RT, 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Tutela antecipada e tutela cautelar. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). **Tutelas de urgência e cautelares**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.313-332.

PEREIRA, Luís Fernando Lopes. A circularidade da cultura jurídica: notas sobre conceito e método. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Coord.). **Nova história brasileira do direito**: ferramentas e artesanias. Curitiba: Juruá, 2012. p.31-54.

PISANI, Andrea Proto. **Appunti sulla giustizia civile**. Bari: Cacucci, 1982.

_____. Due note in tema di tutela cautelare. **Foro Italiano**, V, p.147-158, 1983.

_____. Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Parte I, p.109-139, 1987.

_____. Chiovenda e la tutela cautelare. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v.43, II Série, p.16-34, 1988.

_____. **Lezioni di diritto processuale civile**. 5.ed. Napoli: Jovene, 2006.

PISANI, Andrea Proto; CAPONI, Remo. **Lineamenti di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **História e prática do arresto ou embargo**. São Paulo: Livraria Acadêmica/Saraiva & Cia., 1929.

_____. **Tratado de direito privado**. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. Tomo V.

_____. **Comentários ao código de processo civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. Tomo VIII.

_____. **Comentários ao código de processo civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Tomo XII.

REDENTI, Enrico; VELLANI, Mario. **Diritto processuale civile**. 3.ed. Milano: Giuffrè, 1999. v.3.

RICCI, Edoardo. A evolução da tutela urgente na Itália. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). **Tutelas de urgência e tutelas cautelares**: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010. p.379-388.

ROCCO, Ugo. **Trattato di diritto processuale civile**. Torino: UTET, 1960. v.5: Parte speciale: Processo cautelare.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. Antecipação da tutela satisfativa na doutrina e na jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, n.97, p.195-212, jan./mar. 2000.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1.

SATTA, Salvatore. **Diritto processuale civile**. Padova: Cedam, 1957.

SHIMURA, Sérgio. **Arresto cautelar**. São Paulo: RT, 1993.

SHÖNKE, Adolfo. **Derecho processual civil**. Traducción española de la quinta edición alemana. Barcelona: Bosch, 1950.

SIMAS, Hugo. **Comentários ao código de processo civil**. 2.ed. atualização de João Vicente Campos. Rio de Janeiro: Forense, 1962. v. VIII, Tomo 1.

SOUSA DE LOBÃO, Manuel de Almeida e. **Tratado pratico compendiario de todas as acções summarias**. Lisboa: Imprensa Nacional, 1867. Tomo I.

TALAMINI, Eduardo. **Medidas urgentes (“cautelares” e “antecipadas”): a lei 10.444/2002 e o início de correção de rota para um regime jurídico único**. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rlp_EDUARDO_TALAMINI.pdf>. Acesso em 13. Jan. 2013.

_____. Tutela de urgência no Projeto do novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v.209, p.13-34, 2012.

TARELLO, Giovanni. **Dottrine del processo civile**: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile. Bologna: Il Mulino, 1989.

TARZIA, Giuseppe. **Il processo cautelare**: A cura di Giuseppe Tarzia e Achille Saletti. 4.ed. Padova: Cedam, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As inovações no código de processo civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. **Processo cautelar**. 16.ed. São Paulo: LEUD, 1995.

_____. Tutela de segurança. **Revista de Processo**, São Paulo, n.88, p.9-30, out./dez. 1997.

_____. Antecipação de tutela em ações declaratórias e constitutivas. **Revista de Processo**, São Paulo, n.94, p.24-33, abr./jun. 1999.

_____. **Curso de direito processual civil**. 42.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v.3.

_____. **Curso de direito processual civil**. 44.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v.2.

_____. Tutela antecipada – evolução – visão comparatista – direito brasileiro e direito europeu. In: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita; MOURÃO, Luiz Eduardo; GIANNICO, Ana Paula C. (Coords.). **Temas atuais de tutelas diferenciadas: estudos em homenagem a Donaldo Armelin**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.397-419.

_____. **Código de processo civil anotado**. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TOMMASEO, Ferruccio. **I provvedimenti d'urgenza: struttura e limiti della tutela anticipatoria**. Padova: Cedam, 1983.

TROCKER, Nicolo. **Processo civile e costituzione**. Milano: Giuffrè, 1974.

VERDE, Giovanni. Ennesima variação jurisprudencial in tema di provvedimenti ex art. 700 CPC. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v.35, II Série, p.581-585, 1980.

_____. **L'attuazione della tutela d'urgenza: la tutela d'urgenza**. Rimini: Maggioli, 1985.

VILLAR, Willard de Castro. **Medidas cautelares**. São Paulo: RT, 1971.

_____. **Ação cautelar inominada**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, TALAMINI, Eduardo; DE ALMEIDA, Flávio Renato Correia. **Curso avançado de processo civil: processo cautelar e procedimentos especiais**. 9.ed. São Paulo: RT, 2008. v.3.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução de António Manuel Hespanha. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **Direitos coletivos lato sensu: a definição conceitual dos direitos difusos, dos direitos coletivos stricto sensu e dos direitos individuais homogêneos**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo14.htm>>. Acesso em 15. Jan. 2013.

ZAVASCKI, Teori Albino. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante. **Revista de Processo**, São Paulo, n.82, p.53-69, abr./jun. 1996.

_____. **Antecipação da tutela**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.