

ALCIDES ALBERTO MUNHOZ DA CUNHA

**O REGIME JURÍDICO DA TUTELA CAUTELAR E O REGIME
DAS TUTELAS DE COGNIÇÃO SUMÁRIA**

Tese apresentada como requisito para a obtenção do grau de Doutor no Curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Prof. Orientador: Doutor Luiz Guilherme Marinoni

2000

Amor
Cunha
Laura
Meu
Det o



Aos meus pais, Laura e Carlos Cunha, que encheram de amor e emoção a vida que me deram.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

Problemática do processo cautelar	001
---	-----

PARTE I

Gênese, evolução e enquadramento dogmático da tutela cautelar

1. Ponto de partida: o sistema processual.....	023
2. Sincretismo: a confusão entre os planos material e o processual	025
3. Autonomia: a distinção entre os planos material e o processual	027
4. Dogmática: o isolamento entre os planos material e o processual	030
5. Reação instrumentalista: a perspectiva de reaproximação dos planos material e processual	032
6. Dogmática e o isolamento da função jurisdicional	033
7. Dogmática e o isolamento das funções processuais cognitiva e executiva	037
8. Dogmática e o isolamento do fenômeno cautelar.....	041
9. ALLORIO e a tentativa de identificar um direito substancial de cautela	045
10. CARNELUTTI e a autonomia funcional da tutela cautelar	046
11. CALAMANDREI e a autonomia funcional da tutela cautelar	050
12. Consolidação das doutrinas de CARNELUTTI e de CALAMANDREI ..	056
13. LIEBMAN e a autonomia estrutural do processo cautelar	057
14. Classificação das medidas cautelares e o poder geral de cautela.....	060
15. Influxo da dogmática nos ordenamentos processuais	066
16. Consagração da dogmática na sistematização do Código de Processo	

Civil brasileiro de 1973.....	069
17. O processo de Conhecimento do livro I do CPC.....	072
18. O processo de execução do livro II do CPC.....	076
19. O processo cautelar do livro III do CPC.....	079
20. Os procedimentos especiais do livro IV do CPC.....	083
21. Crise do processo civil e fase crítica da tutela cautelar.....	090
22. Reformas do Código de Processo Civil e a fase instrumentalista.....	099
23. Inovações estruturais, substanciais e funcionais no sistema processual	104
24. Antecipações de tutela antes e depois da reforma do Código de Processo de Civil: relativização do padrão da ordinaryidade do processo civil.....	114
25. Confusões entre tutela cautelar e tutelas antecipatórias de cognição sumária: <i>Arbor et Vite!</i>	118
26. Ação, processo, procedimento e tutela.....	125
27. Revisão dos fundamentos dogmáticos sobre tutela cautelar.....	133
28. Problemática da lide cautelar.....	138
29. Vício da relatividade do fim da tutela cautelar.....	143
30. Vício da relatividade de dependência da tutela cautelar.....	153
31. Vício da relatividade do próprio processo cautelar.....	162
32. Tutela cautelar e a atuação autônoma sobre o <i>fumus boni iuris</i> : a concepção substancialista de CHIOVENDA.....	168
33. Tutela cautelar e a atuação autônoma sobre o <i>fumus boni iuris</i> : a concepção substancialista de CALVOSA.....	176
34. Tutela cautelar e a atuação autônoma sobre o <i>fumus boni iuris</i> : a concepção substancialista de UGO ROCCO.....	181
35. Tutela cautelar e a atuação autônoma sobre o <i>fumus boni iuris</i> : as concepções substancialistas de PONTES DE MIRANDA e de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA.....	186

PARTE II

Identificação do regime jurídico da tutela cautelar em face das tutelas de cognição sumária dos direitos

1. Ordinarização, sumarização e cautela: a tutela de direitos certos, presumidos e aparentes..... 192
2. Antecipação mediante cognição parcial: limitações do objeto litigioso do direito certificado e da coisa julgada 211
3. Antecipações mediante cognição sumária: objetividade para a presunção dos direitos e estabilidade dos provimentos 215
4. Antecipações mediante provimentos ínterinais de cognição sumária: presunção relativa de certeza 220
5. Antecipações mediante provimentos finais de cognição sumária: presunção absoluta de certeza 228
6. Fundamentos constitucionais das tutelas diferenciadas antecipatórias e residuais (cautelares em geral) 231
7. O direito material e subsidiário de cautela e o direito à tutela jurídica residual 241
8. Antecipações na cognição sumária de direitos e antecipações na tutela cautelar 243
9. Medidas cautelares conservativas e antecipatórias: espécies do mesmo gênero 254
10. Autonomia funcional e estrutural da lide cautelar :considerações sobre o *fumus* e o *periculum* na identificação da situação cautelanda 265
11. Inter-relação de lides: lide cautelar e lide não cautelar incidentes sobre os mesmos interesses 276
12. Direito geral de cautela e poder geral cautelar: superação das resistências históricas, terminológicas e ideológicas 281
13. Eficácias declarativa, meramente mandamental e executiva incidentes sobre os provimentos cautelares: a coisa julgada cautelar 289
14. Tipicidade eventual e atipicidade residual das medidas cautelares 300
15. *Periculum in mora* qualificado pelo *periculum damnum irreparabile*

como pressuposto da tutela cautelar	310
16. Interesses plausíveis e interesses periclitantes: as perspectivas de atuação finalística e instrumental do <i>fumus</i> em sede cautelar	316
17. Temporariedade das medidas cautelares conservativas e antecipatórias.	323
18. Fungibilidade do pedido e das medidas cautelares conservativas e antecipatórias	331
19. Variabilidade das medidas cautelares	337
20. Fungibilidade das técnicas processuais para requerer tutela cautelar: ação independente, antecedente, incidente e cumulativa ao pedido cognitivo	344
21. <i>Fumus boni iuris</i> e prova inequívoca da verossimilhança: insuficiência para favorecer objetivamente a presunção de direito em cognição sumária quando conjugada ao perigo de dano irreparável	353
22. Cognição discricionária ou sumária para a presunção de direitos: violação ao princípio da segurança jurídica.....	368
23. Reação da tutela cautelar à cognição sumaríssima para fins de presunção de direitos subjetivos.....	375
24. Medidas cautelares no Código de Processo Civil e em leis extravagantes	382
25. Satisfatividade através de medidas cautelares: uma questão meramente conceitual	388
26. Irreversibilidade dos efeitos diante da natureza residual da cautela e do princípio da proporcionalidade	398
27. Contracautela e responsabilidade civil – garantias do demandado	406
28. Síntese conclusiva	415
29. Conclusões: diversidade entre os regimes jurídicos das medidas cautelares e das medidas antecipatórias de cognição sumária.....	424
BIBLIOGRAFIA	438

INTRODUÇÃO

A problemática do processo cautelar

Discorrer sobre a parte geral do processo cautelar reclama por uma exposição coerente da teoria do processo cautelar, cujos contornos, se já não estavam comodamente esclarecidos pela doutrina ou pela dogmática processual tradicional, tornaram-se ainda mais difusos, assim como se tornou ambígua a própria denominação *Processo Cautelar do Livro III*, em face do destaque conferido à tutela antecipatória, interinal ao procedimento ordinário, a partir da Lei 8.952 de dezembro de 1994.

Com esta lei, inspirada na ideologia instrumentalista que informa a onda reformista do Código, alterou-se a própria estrutura do Código de Processo Civil de 1973, relativizando-se a ordinarização que era, e a despeito das reformas continua sendo, o padrão de todo o sistema, desenhado que foi na forma mais pura no *Processo de Conhecimento do Livro I*. Além das alterações estruturais, outras alterações, que poderão ser qualificadas como funcionais e até substanciais, culminaram por ser introduzidas com as reformas.

Com efeito, o *Processo de Conhecimento*, do Livro I, foi idealizado pelo legislador de 1973 para a certificação do direito em *cognição plena e exauriente*, isto é, para a produção de sentenças de mérito com eficácias declarativas de certeza jurídica e aptas a sofrer a eficácia da coisa julgada material, mediante o exame de todas as razões, questões ou fatos que a *pretensão ideal*,¹ que se afirma amparada em um direito subjetivo, em lide,

¹ A expressão pretensão ideal é utilizada nesse trabalho para designar a pretensão de direito material, que se afirma fundada em um direito subjetivo e que pode aspirar a certificação ou realização do direito subjetivo afirmado sobre determinados interesses em confronto de outros sujeitos, através das funções ou tutelas jurisdicionais ditas primárias, cognitiva e executiva, que não a cautelar, em sintonia com o pensamento já externado por esse autor em outra obra, *A lide cautelar no processo civil*. Curitiba: Juruá, 1992.

poderia suscitar (cognição plena – sentido horizontal) e, ainda, após as oportunidades de *ampla defesa*, em procedimento cercado de garantias nas fases postulatória, instrutória e recursal (cognição exauriente – sentido vertical). Somente após a integração de todo o ciclo da cognição ampla e exauriente, com o trânsito em julgado da sentença, inclusive com a eficácia da imutabilidade do conteúdo declaratório e, reflexamente sobre os efeitos naturais, é que se poderia permitir a execução, donde a máxima, perfeitamente identificada com a ordinarização: *Nulla executio sine titulo*.²

A cognição plena e exauriente, que propicia naturalmente a eficácia da declaração da certeza jurídica, tem a ver, portanto, com o modo de formação do provimento: de um lado o *incondicionamento da pretensão* a qualquer limite objetivo, desde que juridicamente possível o pedido (cognição plena – sentido horizontal)³ e, de outro lado, a exigência de *amplo contraditório*, pressupondo cognição não só à vista das alegações do autor, mas também à vista das alegações e defesas do réu, o que pressupõe maior profundidade da cognição

² O princípio da *nulla executio sine titulo* é correlativo à ideologia que promoveu, segundo ensina OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, a universalização do procedimento ordinário como regra geral, ou seja, a chamada ordinarização, que não admite atos de execução antes de plenamente certificado o direito na atividade cognitiva, dita exauriente, com oportunidades de amplo contraditório. A propósito, didaticamente, explica o autor: “Resumindo, o procedimento só é ordinário porque – ao seguir-se a ordem natural dos juízos (*ordo iudiciorum privatorum*) – riscam-se dele todas as decisões liminares, por meio das quais poderia o magistrado antecipar-lhes, como acontece, por exemplo, com as liminares dos processos interditais, o resultado final da provável sentença de procedência. A inserção de uma decisão liminar transformaria, por si., o procedimento ordinário em especial.” (*Curso de Processo Civil*, 4º ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, vol. 1, p. 121).

³ Cognição ampla ou plena se opõe ao conceito de cognição parcial, que se caracteriza pela imposição legal de limitação do objeto litigioso, a fim de acelerar o provimento sobre determinado conflito, para buscar apenas determinado efeito, reservando para outra ação a possibilidade de discutir a relação com base em outros fatos e fundamentos. A limitação pode ser imposta à causa de pedir e ao pedido do autor ou às defesas ou exceções que se admite ao réu alegar, tal como ocorre nos embargos de terceiros. Sobre cognição parcial vide *infra*, item 2 da Parte II.

(cognição exauriente).⁴

Em face do compromisso da jurisdição com a ordinarização e, conseqüentemente, com a cognição plena e exauriente, o *Processo de Conhecimento* do Livro I do Código de Processo Civil surgiu como parâmetro, cujas regras haveriam de se aplicar subsidiariamente a outras técnicas processuais, complementarmente.⁵

Por isso, o *Processo de Execução* do Livro II do Código, embora se situe como uma exceção à ordinarização, porque já se inicia a atividade jurisdicional executando, tendo por base os chamados títulos executivos que trazem em si uma *presunção de certeza*, não pode deixar de oferecer a garantia de uma atividade cognitiva incidental, paralela, para que as partes possam estabelecer o contraditório sobre o direito presumido como certo. E isso se dá através dos chamados embargos do devedor.

A exacerbação da ordinarização chegou ao ponto de se ter excluído do âmbito do *Processo de Conhecimento* do Livro I até mesmo a possibilidade de produção de efeitos executivos após a sentença final de procedência, produzida em cognição exauriente e transitada em julgado. O *Processo de Conhecimento*, do Livro I, foi forjado para ser um *processo de pura declaração de certeza dos direitos em cognição exauriente*.⁶ Tanto foi assim que não se contemplou as

⁴ O conceito de cognição exauriente se opõe ao de cognição sumária, pois enquanto a cognição exauriente pressupõe amplo contraditório sobre todas as questões da lide, as hipóteses de cognição sumária permitem a formação do provimento para atuar sobre a regulação ou execução de direitos subjetivos com inversão ou subversão do contraditório, baseando-se em hipóteses autorizadas por lei para essa antecipação, tendo que propiciar a oportunidade de integração do contraditório no mesmo processo ou em outros, a fim de assegurar o princípio constitucional da ampla defesa. Sobre cognição sumária vide *infra*, item 3 da Parte II.

⁵ Dispõem os arts. 271 e 272, parágrafo único, do Código de Processo Civil: “Art. 271. Aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei especial. Art. 272, parágrafo único. O procedimento especial e o procedimento sumário regem-se pelas disposições que lhes são próprias, aplicando-se-lhes, subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento ordinário.”

⁶ “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

categorias das sentenças mandamentais e executivas,⁷ mas apenas sentenças de declaração, como as sentenças meramente declaratórias, constitutivas e condenatórias, valendo ressaltar que essa última, dependendo ainda da prática ulterior de atos materiais para concretizar os seus efeitos executivos, foi considerada título executivo judicial para propiciar a execução em outra sede, no *Processo de Execução* do Livro II, para não se contaminar com atividades estranhas à *notio* - o processo de conhecimento vocacionado prioritariamente ao *ius discere*, isto é, à declaração quanto à certificação do direito a ser obtida com o exaurimento da cognição.⁸ Idealizou-se um *Processo de Conhecimento* puro, enfim, substancialmente, porque exige cognição plena e exauriente e, formalmente, porque não se compadece com técnicas executivas (*imperium*) no seu procedimento.

As exceções à ordinarização foram mesmo disciplinadas em outros Livros

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, para sempre, com a máxima amplitude da coisa julgada, por tal modo obtida, o resultado prático alcançado pelo litigante vitorioso. Todas estas virtudes da ordinariedade, somadas naturalmente àquele pressuposto racionalista determinante da submissão do juiz ao poder político.” (SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e Execução*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 164).

⁷ Sentenças mandamentais e executivas são aquelas que autorizam atividades executórias no mesmo organismo processual, não se limitando a constituir título executivo, como ocorre com as condenatórias, cuja atividade de execução é remetida para outros processos. A sentença mandamental contém uma ordem que, se não for cumprida, enseja meios coercitivos para a obtenção do resultado prático pretendido. A sentença executiva *latu sensu*, além da ordem, contém a virtude de que, se não for espontaneamente cumprida, os ofícios judiciais dispõem de meios subrogatórios para realizar à força o resultado pretendido. Sobre o assunto vide *infra*, item 13 da Parte II.

⁸ “(...) o Processo de Conhecimento foi concebido e laboriosamente construído, através de um longo processo histórico, de modo a permitir que o direito moderno preservasse a estrutura do *ordo judiciorum privatorum* da *actio* romana, fundamentalmente com a finalidade de transferir para os sistemas contemporâneos a concepção romana de separação entre *conhecimento* e *execução*, ligados pela sentença condenatória. Na verdade a maior virtude teórica do chamado Processo de Conhecimento não está em ser ele exclusivamente declaratório, mas em não conter execução.” (SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução*, p. 183).

do Código, nos chamados *Processo de Execução* do Livro II, no *Processo Cautelar* do Livro III, nos *Procedimentos Especiais* do Livro IV, quando não em leis extravagantes.

O *Processo de Execução* do Livro II ficou reservado então para aquelas hipóteses em que se admite desde logo a realização de direitos subjetivos, consubstanciados nos chamados títulos executivos, que podem dispensar juízos cognitivos (judiciais) prévios de certeza em seus procedimentos. Realmente, nem todos os títulos executivos pressupõem uma eficácia declarativa de certeza produzida segundo o padrão da cognição plena e exauriente ou da ordinarização. Isso se dá, v.g., com as sentenças condenatórias, consideradas títulos executivos judiciais por excelência.

Há títulos executivos judiciais, todavia, que têm apenas uma presunção jurisdicional de certeza e que por isso são considerados equivalentes jurisdicionais,⁹ pois não contêm propriamente juízo cognitivo ou uma decisão do juiz certificadora do direito para solucionar a lide, mas apenas uma chancela judicial sobre a solução dada à lide, que decorre preponderantemente de atos compositivos das partes e cujos atos então são apenas homologados pelo juiz – sendo certo que esses títulos judiciais *equivalentes* contêm menos segurança jurídica do que a sentença condenatória, porque não decorrendo seus conteúdos de um juízo oficial para propiciar a eficácia da declaração da certeza jurídica, recebem apenas a eficácia declaratória do equivalente da certeza jurídica e, por isso, após o trânsito em julgado das sentenças meramente declaratórias, não recebem a eficácia da coisa julgada material, mas a eficácia da coisa julgada

⁹ FERNANDO LUSO SOARES concorda com CARNELUTTI, no sentido de que esses atos, a que se denominam equivalentes jurisdicionais, decorrem basicamente de atos de autocomposição da lide, que são então homologados pelo juiz. Enfatiza que esses atos contêm verdadeiras declarações de vontade negocial, (*Do Processo civil de declaração*. Coimbra: Livraria Almedina, 1985, p. 316) o que bem demonstra que o conteúdo do ato extintivo do processo não decorre propriamente de um juízo, mas de um ato dispositivo ou negócio jurídico, daí a aplicabilidade da ação anulatória e não da ação rescisória dessas sentenças meramente homologatórias, consoante previsão do art. 178, § 9º, inciso V, do Código Civil Brasileiro.

formal apenas ou a chamada preclusão consumativa, vindo daí que podem ser anulados esses títulos (não rescindidos), como os atos jurídicos em geral, segundo os prazos prescricionais do Código Civil. É o que se dá, v.g., com as sentenças meramente homologatórias de partilha, conciliação e transação.

Por outro lado, há os títulos executivos extrajudiciais já referidos, que não contêm juízo, nem chancela judicial do equivalente, mas ainda assim gozam de uma presunção de certeza que decorre imediatamente da lei, independentemente de qualquer intervenção judicial - contêm apenas uma presunção de certeza *ex lege*. Trata-se de técnica processual que visa acelerar a realização de direitos. Mas como se trata de direitos apenas presumidos *ex lege*, o ordenamento, em homenagem ao princípio basilar, que é o *princípio da segurança*, com índole constitucional,¹⁰ tem que predispor de outros meios para assegurar, de modo ulterior ou incidental, oportunidades para o amplo contraditório, ou seja, para a cognição plena e exauriente. Por isso, admite, nesses casos, a inversão do contraditório, prevendo a possibilidade da ação cognitiva incidental, denominada embargos do devedor, cuja interposição normalmente suspende a atividade executiva. A execução de títulos executivos extrajudiciais não embargada sujeita-se à anulação tal como se dá com os títulos judiciais por equivalência. Quando embargada, é a sentença dos embargos em cognição exauriente que recebe eficácia declarativa de certeza quanto ao conteúdo e a eficácia da coisa julgada quanto à estabilidade dos efeitos naturais, imprimindo em consequência maior estabilidade aos atos da execução, em face da chamada eficácia preclusiva da coisa julgada.

E para bem demonstrar a prioridade e excelência da função cognitiva, plena e exauriente, o legislador de 1973 não permitiu sequer que essa cognição incidental mediante embargos do devedor se realizasse no mesmo procedimento do processo da chamada execução forçada. Assim como não admitiu execução no *Processo de Conhecimento* do Livro I, também não permitiu cognição no

¹⁰ O princípio da segurança jurídica é correlativo aos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. A respeito desses princípios constitucionais, consultar *infra*, item 6 da Parte II.

Processo de Execução do Livro II, do Código de Processo Civil. Exigiu cisão ou isolamento dessas atividades, reservando os embargos para que o devedor pudesse pleitear certificação negativa do direito (ou possível direito) em fase de execução e até mesmo para propiciar o exame quanto à regularidade da própria atividade executiva. Trata-se de técnica que subverte formalmente, mas não substancialmente, as regras da ordinarização do Livro I, tanto que se assegura a aplicação do princípio da segurança jurídica em sua inteireza.

No chamado *Processo Cautelar* do Livro III o legislador pretendeu confinar os procedimentos e provimentos que corresponderiam às maiores subversões à ordinarização, porque nem mesmo substancialmente teriam aptidão para declaração de certeza de direitos, nem mesmo por ficção legal. Substancialmente estariam vocacionados a atuar sobre os interesses apenas plausíveis, aparentes (*fumus*), sem condições de merecer a presunção, e muito menos a declaração de certeza, em face da urgência, cuja situação emergencial enseja ainda, desde logo, a execução do provimento cautelar, vale dizer, do *direito apenas aparente*, sem compromisso com a definição ou presunção de direitos subjetivos, donde a imprescindibilidade de subverter o amplo contraditório. Por isso, esses provimentos de urgência teriam que ser produzidos com base na mera verossimilhança do perigo (*periculum*) e do direito alegado (*fumus boni iuris*), o que foi tido como característica de uma cognição sumária, em um plano reduzido de contrariedade, quando não, liminarmente, tão só à vista das alegações verossímeis do autor sobre a plausibilidade do perigo a interesses relevantes.

Idealizou-se nesse Livro III um procedimento reduzido para o contraditório, o qual, todavia, entendeu-se que seria suficiente tão só para a cognição do direito acautelado (*fumus*), ou seja, para a decretação da cautela ou para a convalidação da cautela porventura decretada liminarmente, pois não haveria ambiente, condições ou oportunidade para a certificação ou presunção de certeza, mesmo porque a presunção exige previsão legal e, em regra, as situações de perigo que ensejam as cautelares são atípicas, impossíveis de se prever, o

que comprometeria a possibilidade de identificação de situações porventura privilegiadas substancialmente para o estabelecimento de presunções legais de certeza.¹¹ Assim, esses provimentos, porque não se assentavam sequer sobre interesses que porventura gozassem de uma presunção de certeza *ex-lege*, não evidenciavam a jurisdicionalidade da cautela, posto que a jurisdição era concebida como função destinada a declarar ou a atuar o direito certificado ou presumido como certo.

Todavia, como as medidas cautelares importavam freqüentemente em constrição a possíveis direitos da contraparte, entendeu-se que essa atuação cautelar havia que ser objeto de confirmação através de um provimento ulterior, a ser obtido em outro processo de cognição exauriente, dito principal e, eventualmente, através de um provimento ulterior a ser obtido no mesmo organismo processual onde o provimento cautelar, sustentado pela simples plausibilidade de um direito e de um perigo de dano, figurava como interinal, sem qualquer conteúdo declaratório.

Estabeleceu-se então que a justificativa da jurisdicionalidade da função cautelar (que não tinha compromisso direto com a certificação ou realização de um direito material certificado ou presumido como certo) residia na especialidade do fim, que seria o de atuar sobre os interesses materiais apenas plausíveis (*fumus*) para assegurar, diante de uma situação inesperada de perigo de dano (*periculum*), a utilidade do provimento futuro a ser proferido no processo de cognição exauriente e que, assim sendo, reflexamente, mediatamente, seria uma tutela coadjuvante do direito material a ser declarado nesse processo dito principal.¹² Daí o nexo de dependência que se supôs que

¹¹ Com efeito, a regra em sede cautelar é a do poder geral de cautela, das medidas inominadas ou atípicas. A exceção é a tipicidade, quando em face da experiência jurídica o legislador especifica certas situações de *fumus* e *periculum*, que não obstante dependem sempre da valoração discricionária do juiz quanto à adequação dos fatos aos fins visados.

¹² Sobre o isolamento da função jurisdicional e caracterização da jurisdição como tutela dos direitos, consultar *infra*, item 8 da Parte I.

devesse ser constante entre tutela cautelar, provisória e acessória, a um tipo de tutela principal e definitiva, como se depreende do artigo 796 do Código de Processo Civil.

Nos chamados procedimentos especiais, por sua vez, o Código de Processo Civil de 1973 incluiu, desde a sua edição, algumas variantes ao *Processo de Conhecimento* puro, do Livro I. De um lado previu tutelas que admitem a combinação, no mesmo procedimento, de técnicas de cognição exauriente, vocacionadas à declaração da certificação do direito em lide e, sucessivamente, técnicas de execução do provimento declarativo da certeza, que já nasce com efeitos executivos imediatos que se realizam através das chamadas sentenças mandamentais ou executivas, tal como se dá com a sentença final nas ações possessórias e nas ações de depósito. O mesmo se deu em relação a certas leis extravagantes, como nas ações de despejo e nos mandados de segurança.¹³ Admitiu, pois, excepcionalmente, *ações sincréticas*, que admitem a combinação de atividades declarativas de certeza e execução do direito certificado.

Incluiu ainda o legislador de 1973 nesses procedimentos especiais do Código, tal como se dá em tantos procedimentos de leis extravagantes, a possibilidade de incoação de medidas liminares ou interinais, conservativas (v.g., cauções) ou antecipatórias (v.g., liminar possessória, liminar nos embargos de terceiro), as quais, segundo a maioria da doutrina, tinham natureza cautelar, como foi antes referido, pois não teriam compromisso com a certeza e nem mesmo se fundariam em situações de presunção de certeza, na suposição de que a própria previsão da interinidade seria um indicativo da existência de uma situação de urgência (*periculum*) a ser eliminada, provisoriamente. A cognição

¹³ Segundo OVÍDIO BATISTA DA SILVA, as ações executivas, como a ação de despejo, e as mandamentais, como o mandado de segurança, somente podem ser consideradas como integrantes do Processo de Conhecimento, como entende a doutrina, partindo-se do pressuposto lógico de que o processo de conhecimento é na verdade *declaratório*, ou seja, apto a produzir coisa julgada, explicando então diversidade de tratamento do processo cautelar, que também é mandamental, mas não integra o processo de conhecimento por não conter declaração apta a produzir coisa julgada, e sim apenas um juízo de *verossimilhança*. (*Op. Cit.*, p. 182-183).

exauriente, sempre necessária, seria então desenvolvida no mesmo procedimento, culminando com o provimento definitivo do mérito.

O legislador de 1973 não previu provimentos sumários finais (de cognição sumária) que, independentemente de contraditório, pudessem conter um juízo de presunção (judicial) quanto à certeza do direito, e que fossem aptos a se equiparar a sentenças para extinguir potencialmente o processo, à semelhança dos procedimentos injuncionais ou monitórios que já existiam no ordenamento jurídico italiano, em cujas situações o contraditório ficava igualmente reservado para um processo ulterior de cognição exauriente.

Atualmente, em face das inovações promovidas pela Lei 9.079/95, tem-se o caso exemplar do provimento monitório do artigo 1.102 do Código de Processo Civil.¹⁴ Trata-se de provimento sumário, emitido pelo juiz antes mesmo da citação do réu e que nasce com a presunção de certeza para constituir título executivo judicial. Trata-se também de situação em que se pressupõe a subversão do contraditório, desde que o ordenamento assegura ao réu, quando citado, a oportunidade de provocar a cognição exauriente, com ulterior contraditório, em outro processo (embargos).¹⁵ Se não for impugnado o provimento sumário final ou, ainda, se forem rejeitadas as impugnações quanto ao mérito, transitará em julgado, e com isso consolidará os seus efeitos executivos, adquirindo estabilidade diante da eficácia preclusiva do julgado.¹⁶

Tem-se, entretanto, na concepção do Código de Processo Civil, que são

¹⁴ Art. 1.102a do CPC: “A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.”

¹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 1, 3. ed., São Paulo: Saraiva, p. 255.

¹⁶ Se o provimento monitório não for impugnado através de embargos, irá constituir título executivo judicial, adquirindo estabilidade em decorrência da coisa julgada formal (não fará coisa julgada material por ser decisão em cognição sumária), não podendo mais ser discutido no mesmo processo. Opostos os embargos, entretanto, e rejeitados, a sentença de improcedência dos embargos (desde que tenha apreciado o mérito), fará coisa julgada material. O provimento monitório então se tornará estável, em face da eficácia preclusiva da coisa julgada material ocorrida nos embargos. Sobre eficácia preclusiva da coisa julgada, vide BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Temas de Direito Processual*, 2. ed., primeira série, São Paulo: Saraiva, p. 97 e ss.

inconfundíveis os provimentos cautelares com os demais provimentos, porque esses - os cautelares - não adquirem aptidão para obter a declaração da certeza e nem mesmo a presunção de certeza. Os provimentos de cognição exauriente, peculiares ao padrão da ordinarização, resolvem suficientemente a lide em torno de um direito, certificando-o, de modo negativo ou positivo, com definitividade e coisa julgada. Os provimentos ou títulos executivos satisfazem um direito, ainda que presumido como certo e, na medida em que essa presunção não decorre de uma cognição exauriente, admitem com maior amplitude a ação incidental de cognição exauriente para atingir os escopos da tutela jurisdicional de direitos (embargos). O provimento cognitivo sumário final (v.g. o provimento monitorio, introduzido com a reforma em 1994) a despeito do modo de formação, com inversão do contraditório, nasce em situações específicas indicadas pela lei, que autorizam a presunção de certeza sobre o direito que atuam, admitindo a cognição exauriente ulterior em caso de impugnação. *Todos esses provimentos buscam a definitividade ou regulação duradoura de um conflito, para privilegiar ou penalizar um dos interesses em lide.*

Aos provimentos cautelares, entretanto, não se atribui intrinsecamente nem mesmo essa virtude de presunção de certeza, sob o pressuposto de que lhes falta a objetividade para consolidar essa situação. Seus provimentos são temporários ou provisórios em face da urgência que os anima e ocorrem geralmente em situações atípicas, inesperadas de urgência, o que impede a fixação de critérios específicos de presunção. Não obstante, diante do argumento de que, se não atuam diretamente sobre direitos certos, ainda assim seriam coadjuvantes da certificação e realização do direito material no processo principal, concluiu-se que compartilhariam da natureza jurisdicional, de modo mediato.

Sob essa inspiração, prevaleceu largamente a noção, desde a edição do Código de Processo Civil em 1973, de que todos os provimentos liminares ou interinais que regulassem temporariamente ou provisoriamente os interesses que animavam a ação e a lide cognitiva, nos chamados procedimentos especiais (processo de conhecimento impuro), seriam cautelares. Partia-se pois do

pressuposto de que, nesses casos especiais, a ação cautelar não precisava ser ajuizada de modo antecedente ou incidente à uma ação cognitiva, segundo as regras do Livro III, mas que podia ser exercida cumulativamente, no mesmo processo, até na mesma demanda. As providências liminares ou interinais segundo se supunha, majoritariamente, desaguavam em medidas cautelares, sujeitando-se ao regime da cautelaridade, fosse quanto aos fundamentos ou pressupostos, fosse quanto ao objeto, fosse quanto ao fim e, ainda, fosse quanto às peculiaridades ou vicissitudes que as informam (temporiedade, fungibilidade, variabilidade, instabilidade).¹⁷ A diversidade da técnica cumulativa seria apenas um dado formal, porque substancialmente, em um primeiro momento ter-se-ia apenas a cognição cautelar, incompatível com a presunção de certeza e, em um segundo momento, cognição exauriente, no mesmo ou em outro processo.

Com efeito, sob a denominação medidas cautelares eram reunidos, até há pouco, em sintonia com a maioria da doutrina, praticamente todos os provimentos ditos conservativos ou antecipatórios interinais que se inseriam em procedimentos do Livro IV ou em leis especiais, e mais aqueles provimentos, conservativos ou antecipatórios, obtidos com autonomia procedimental que foram disciplinados consoante as regras do Livro III, do Código de Processo Civil.

Dizia-se, então, na esteira da concepção tradicional, que o processo cautelar, correspondia ao **terceiro gênero de processo**,¹⁸ porque não se destinava a atuar diretamente e com definitividade sobre o direito em lide para o fim de certificação ou realização desse direito. Ao contrário, o processo cautelar se destinaria a atuar, em cognição superficial, provisoriamente, sobre interesses apenas plausíveis (*fumus boni iuris*), para afastar uma situação de

¹⁷ Sobre essas características das medidas cautelares, ver *infra*, itens 17, 18 e 19 da Parte II.

¹⁸ ALFREDO BUZAID, na Exposição de Motivos de Código de Processo Civil de 1973, refere-se ao processo cautelar como um *tertium genus* de processo, por abranger atividades próprias tanto do processo de conhecimento como de execução, com o objetivo específico de prevenção.

perigo de dano a tais interesses (*periculum in mora – periculum damnum irreparabile*) e, assim, cumprir a função de exercer a *tutela de um processo principal* para assegurar a utilidade de um provimento definitivo (cognitivo ou executivo).¹⁹

Sob essa inspiração o processo cautelar atuaria sob uma *lide de natureza processual*, para resolver uma questão quanto à segurança de um processo principal,²⁰ com o que, apenas mediatamente, atuaria sobre o direito em lide.

Porque estaria institucionalmente comprometido com a tutela do processo principal, o processo cautelar corresponderia a uma *tutela acessória, dependente ou instrumental*, cabível em algumas situações típicas, previstas pelo legislador, mas normalmente as medidas decorreriam do chamado poder geral de cautela, que prevê a possibilidade de medidas inominadas, nascidas de situações de urgência não identificadas previamente pelo legislador. Seriam sempre *temporários ou provisórios seus provimentos*, porque destinados a durar até a realização da tutela definitiva; seriam ainda caracterizados pela *fungibilidade, variabilidade, instabilidade e escopo de prevenção*. A eficácia dos provimentos seria meramente *mandamental*, porque desprovidos, nesses casos, da precedente carga eficaz de declaração de certeza. Sua técnica seria prioritariamente a da *ação cautelar antecedente ou incidente*, tal como previsto no Livro III, do Código de Processo Civil, sendo que excepcionalmente se aplicaria a técnica da *incoação interinal* naqueles procedimentos especiais para solução da questão da urgência, consoante a previsão da lei.

Todavia, as inovações contidas nos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil, contemplando modalidades de antecipação interinal de efeitos

¹⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Trattato del Processo Civile - diritto e processo*. Napoli: Morano Editore, 1958, p. 355-356.

²⁰ “Se o conflito material de interesses exige que se resguardem, *a priori*, algum deles ou ambos, e se nesse resguardo se projeta a litigiosidade das partes, não há como negar a existência de uma lide derivada, parcial.” (GALENO LACERDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. VIII, Tomo I, 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 19).

que podem sumarizar ou relativizar a ordinarização no curso do próprio *Processo de Conhecimento* do Livro I, mais a inovação do artigo 1.102, do mesmo Código, contemplando o provimento monitório, um provimento final de cognição sumária, produzido na fase embrionária da formação do processo e que, ainda assim, apresenta-se como equivalente de uma sentença condenatória, potencialmente apta a definir a lide e a se constituir título executivo judicial, dinamizaram as poucas divergências que havia sobre a natureza cautelar dos provimentos sumários interinais, sendo possível até mesmo afirmar que se inverteram as posições da doutrina que, majoritariamente, parece propender, apesar dos discursos nem sempre coerentes, à aceitação de que os provimentos *sumários interinais* não são cautelares, mas *provimentos cognitivos, com presunção de certeza*, dependentes apenas da eficácia declarativa a ser integrada ou consolidada com a sentença final, após ter se garantido a possibilidade de contraditório.

Essa nova orientação tende a estabelecer uma rígida separação entre o fenômeno cautelar e o fenômeno das tutelas sumárias interinais antecipatórias, e seus defensores manifestam a firme convicção de que essa nova tendência apresenta-se mais afinada com o movimento instrumentalista que insufla o processo civil contemporâneo.

Realmente, percebe-se que atualmente há uma tendência em exaltar uma distinção radical entre provimentos cautelares e provimentos sumários *tout court* e, inclusive, de rever o critério tradicional e rígido da classificação de processos categorizados pelo isolamento das funções processuais - processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar.

Existe mesmo a busca de um critério mais dinâmico de classificação de tutelas diferenciadas, que combinem, com variados temperamentos, as técnicas de cognição com as técnicas de execução e técnicas cautelares, tendo em vista a natureza, as peculiaridades e as reais necessidades de tutela das diferentes pretensões de direito material. Sob essa ótica, na classificação das tutelas jurisdicionais teriam maior relevância as *tutelas de cognição sumária*, porque

sob essa rubrica se pode conceber variadas combinações de técnicas cognitivas-executivas ou executivas-cognitivas, com a conseqüente redução do campo de aplicação das tutelas ordinárias e mesmo das cautelares, pois quanto mais se sumariza, menos se ordinariza e menos se acautela, porquanto as próprias situações de perigo de dano tendem a diminuir quando se adianta a cognição e execução sobre interesses em lide.

Ainda assim, dificilmente se poderá pensar em eliminação do padrão da ordinariedade. Por outro lado, impossível será pensar em eliminação da cautelaridade, pelo seu caráter absolutamente residual e subsidiário em relação às demais tutelas jurisdicionais, como se verá.

Não haveria mesmo como se acabar com a tutela cautelar, em face das concepções que se tem sobre sua funcionalidade. Sob a ótica tradicional, diz-se que a função cautelar se destina à tutela do processo definitivo. Tendo em vista a singularidade dessa função é de se imaginar que a despeito da multiplicação das tutelas sumárias, normatizadas, sempre haverá o risco de perigo de um dano irreparável imprevisto que pudesse comprometer a eficácia do provimento final sumário ou definitivo, que não pudesse ser eliminado de pronto pelas técnicas do procedimento sumarizado.

Por outro lado, segundo a *doutrina substancialista*, a função cautelar, posto que se destinaria a atuar um direito de cautela e não o direito primário, para afastar uma situação de perigo em torno de interesses plausíveis das partes, independentemente de haver ou não um outro processo com lide cognitiva para atuar sobre um direito primário (pois o seu fim não seria o de tutelar o processo, mas atuar sobre o *fumus*, enquanto *fumus*), sempre teria oportunidade de ser exercitada, mesmo porque o legislador não pode prever todas as situações de perigo a interesses plausíveis que a realidade pode desencadear.

Pois bem, na esteira desse movimento instrumentalista, preocupado com a efetividade da jurisdição, avesso a formalismos inúteis e pendendo para a incoação de novas tutelas diferenciadas do direito (sumárias), que combinam técnicas cognitivas e executivas ou, vice versa, executivas e cognitivas no

mesmo procedimento, pode-se antever que surgirão outras inovações.

É possível imaginar que a sentença formalmente condenatória que se exaure na constituição de um título, sem autorizar a imediata atividade executória, dependendo sempre da necessidade de outra ação, esteja fadada a desaparecer, para ser substituída pelas sentenças executivas ou mandamentais de cognição exauriente, isto é, quando produzidas em amplo contraditório, propiciando desde logo a execução no mesmo organismo processual, em uma fase ulterior, sem necessidade de instauração de processo de execução autônomo.²¹

É possível prever, até mesmo de *lege lata* (artigo 618 do Código de Processo Civil), pela via interpretativa comprometida com as novas premissas metodológicas sobre a instrumentalidade do processo, que no curso de uma execução forçada ampliem-se as oportunidades de oferecimento das chamadas exceções de pré-executividade para se permitir o exame de questões ligadas à nulidade (falta dos requisitos de certeza e liquidez) ou inexigibilidade do título executivo, quando tais avaliações dispensem dilação probatória, comportando-se essa avaliação no âmbito de uma sumariedade documental circunstancial,²² transferindo para o credor o ônus de perseguir a revisão ou desconstituição de um provimento assim sumário e que pode extinguir o processo de execução forçada.

É possível ainda antever a instituição de processos sumários monitórios ou

²¹ Numa 2ª etapa da reforma do Código de Processo Civil, já há projeto para mandamentalidade em obrigações de entrega de coisa certa ou incerta, como é de conhecimento geral, inclusive noticiado no jornal *Correio Braziliense – Direito e Justiça*, de 30.11.98.

²² Realmente, em sintonia com o ideal da reforma instrumentalista, é de se ampliar as chances das chamadas exceções de pré-executividade, admitindo o conhecimento das mesmas a qualquer tempo, no curso do processo de execução, sempre que através de prova documental, sumária, se puder avaliar situação de nulidade da execução, inclusive em situações de inexigibilidade. Admita-se que depois de decorrido o prazo dos embargos o executado encontre o documento que contém a prova cabal do pagamento da dívida exequenda. Por quê não se admitir, nesses casos, o conhecimento da exceção, que importa em sumariedade documental circunstancial no curso do processo de execução?

injuncionais em situações típicas, específicas ou genéricas, vinculadas a classes de pretensões ou a fatos materiais ou processuais que favoreçam objetivamente a presunção de certeza e estabilidade dos provimentos, permitindo ao juiz, desde a fase de formação do processo, à luz das provas produzidas com a demanda ou mesmo em fase posterior, antes que se completem as garantias ideais do contraditório, emitir seu julgamento de mérito. A *presunção de certeza*, com base em fatos objetivamente influentes para tanto, poderá transferir para o réu o ônus de provocar o amplo contraditório mediante o exercício da ação de cognição exauriente que possa desconstituir o provimento sumário.²³

Não obstante, considerando que o legislador tem se valido de *mini reformas* no corpo do Código de Processo Civil, cujo diploma configurava e ainda configura um sistema ordenado de normas segundo critérios já consolidados, *não parece possível considerar as inovações, sejam estruturais, funcionais ou mesmo substanciais, à margem do sistema processual positivo*. Não se pode simplesmente aceitar uma nova classificação das tutelas, sem considerar como parâmetro essa base normativa processual e sistemática contida no Código, até mesmo para identificar os pontos de ruptura das

²³ LUIZ FUX traz a proposta no sentido de que, independentemente de uma situação de urgência urgentíssima, qualificadora da tutela de segurança (cautelar) admita-se de *lege lata* provimentos finais de cognição sumária, quando os interesses carentes de tutela se manifestem como evidentes. Direitos evidentes seriam aqueles que, não trazendo dúvida sobre a titularidade, apresentar-se-iam suficientemente caracterizados no caso concreto, com prova pre-constituída (direito líquido e certo) não comportando contestação séria, sendo que por imposição até do princípio constitucional do devido processo legal, estariam a exigir a aceleração do provimento, notadamente quando versam sobre direitos de primeira grandeza, não patrimoniais. Essa proposta da tutela da evidência, que é a da sumarização absoluta dos interesses como direitos subjetivos, segundo FUX, poder-se-ia dar, de modo *atípico*, tanto através das técnicas dos procedimentos cautelares, como já ocorre naquelas situações típicas antes referidas, como poderia se dar com base no inciso II, do art. 273, II, do CPC, caso em que o provimento antecipatório do direito evidente corresponderia a uma sentença sumária, extintiva do processo. Pelo que se pode depreender de sua proposta nem mesmo recurso caberia do provimento antecipatório, enquanto pugna pela imediata execução, incondicionada e ainda arremata: “o que se preconiza é a possibilidade de definitividade diante de um juízo não exauriente. A eventual injustiça resolve-se em perdas e danos sob a iniciativa do demandado.” (*Tutela de segurança e tutela da evidência: fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 67, 311-320).

inovações com essa ordenação, sob pena de permanecerem e se acentuarem ainda mais as perplexidades que já se prenunciavam em sede de cautelaridade.

A distinção entre tutela cautelar e tutela sumária do direito, notadamente diante das antecipações de efeitos em cognição sumária, há que ser criteriosa. A tendência atual, como se disse, é a de se enaltecer as virtudes das antecipações, como se todas elas estivessem vocacionadas invariavelmente a tutelar um direito primário, em lide, em cognição sumária, ignorando espécies de antecipações que partilham do regime da tutela cautelar, a qual, seguindo a sina da sua história, continua sendo, com raras exceções, desprezada e maltratada.

Com a deflagração da crise de segurança nas últimas décadas é que as atenções se voltaram para o estudo do processo cautelar, mas logo se desviaram para tratar as antecipações sumárias como não cautelares, deixando na sombra a sua problemática. Não obstante, é possível resgatar todas as virtudes da função cautelar, detectando as falhas no regime da cautelaridade desde o enquadramento que recebeu da dogmática, que consolidou a doutrina dos processualistas clássicos, como CALAMANDREI, CARNELUTTI e, posteriormente, LIEBMAN.

Assim, antes de se pretender estabelecer uma possível e necessária distinção entre tutela cautelar e tutela antecipatória sumária, torna-se indispensável conferir a real natureza da tutela cautelar, precisando quais os seus verdadeiros pressupostos, objeto e fim.

Para bem evidenciar a real problemática do processo cautelar, basta referir aos posicionamentos de alguns grandes vultos do movimento instrumentalista brasileiro, que se propondo a demonstrar as diferenças ou convergências entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória, *divergem substancialmente entre si na identificação dos pressupostos, escopos e características da tutela cautelar, comprometendo, assim, os critérios ou parâmetros utilizados para a distinção.*

OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, por exemplo, reportando-se a PONTES DE MIRANDA inclusive, combate veementemente a concepção tradicional e, por isso, o sistema do Código de Processo Civil que recepcionou a dogmática.

Aduz que a tutela cautelar não é acessória de outro processo, porque ontologicamente tem autonomia funcional completa, desde que lhe cabe atuar sobre uma pretensão específica, qual seja, a pretensão cautelar, fundada em um direito material de cautela, que reclama por cognição especial para o fim de preservar, através de medidas conservativas e apenas temporárias, interesses plausíveis da parte em face de uma situação qualificada de perigo, como o perigo de dano irreparável, ao invés de exercer uma suposta tutela do processo definitivo, cuja tutela definitiva não inibe, mas também não pressupõe como necessária. Distingue a tutela cautelar de todas as antecipatórias, na suposição de que essas atuam sumariamente sobre o próprio direito primário em lide e não sobre um direito de cautela, para o fim de realizar faticamente aquele direito, através de provimentos provisórios e satisfativos (não temporários e conservativos) pressupondo sempre um provimento sucessivo de cognição exauriente sobre a mesma lide, no mesmo ou em outro processo, que possa integrar ou convalidar a eficácia declarativa. Por isso não admite cautelar satisfativa, pelo menos no sentido funcional, conquanto admita que sejam utilizadas as técnicas idealizadas para o procedimento cautelar, para buscar tutelas satisfativas sumárias do direito.²⁴

LUIZ GUILHERMI MARINONI, por sua vez, diverge de OVÍDIO, para aderir à concepção dogmática tradicional, ao atribuir à tutela cautelar o fim de tutelar o processo principal, ressalvando, entretanto, que essa se manifesta apenas quando propende à produção de medidas conservativas. Quanto às antecipações sumárias concorda com as observações de OVÍDIO, negando que sejam cautelares, mas satisfativas do direito em lide por antecipação, em face da possibilidade de ser cindido o *iter* da cognição ou da certificação: primeiramente a cognição sumária, seguida de oportunidade de contraditório e,

²⁴ Sobre a distinção feita por OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA entre os conceitos de “tutela cautelar” e “processo cautelar”, vide *infra*, item 26 da Parte I.

então, a cognição exauriente.²⁵

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE já atribui, tanto às cautelares conservativas, como às antecipatórias sumárias interinais, a natureza da cautelaridade, diante do escopo comum que teriam quanto à tutela do processo principal e da utilidade do provimento definitivo (concepção tradicional em toda a extensão), vindo daí que admite a existência de cautelares satisfativas, que corresponderiam precisamente às antecipações cautelares.

Essas divergências, atuais, na fase da consolidação das reformas, que decorrem de incertezas conceituais e sistêmicas e constituem uma tentativa louvável de se esclarecer ou elucidar a questão, indiretamente também contribuem para acentuar as perplexidades e gerar confusão. E a situação se agrava porque se nota também uma tendência no sentido de tornar incomunicáveis as tutelas cautelar e antecipatória em qualquer situação, seja por uma suposta incompatibilidade técnica, seja por uma incompatibilidade funcional supostamente constante.

A suposição de que são invariavelmente inconciliáveis as técnicas e as funções entre tutela cautelar e tutela antecipatória sumária, não convence. Há casos, no Livro III, do Código de Processo Civil, que sabidamente são antecipatórios e que não obstante se ajustam às técnicas cautelares.

É o caso dos alimentos provisionais. Por outro lado, existem casos em que o ordenamento favorece a produção de medidas liminares, interinais, as quais tanto poderão ter conteúdo conservativo, como antecipatório. É o que pode se dar com as liminares do mandado de segurança que comportam essas duas manifestações. A técnica, portanto, embora possa influir na estrutura dos procedimentos, não pode ser tomada como fator de distinção quanto à função.

Sendo assim, caberiam as seguintes indagações: as antecipações interinais previstas no artigo 273, inciso I e no artigo 461, § 3º, do Código de Processo Civil, fundadas em perigo de dano irreparável, são cautelares ou espécies de

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992, p. 75-83.

tutela sumária do direito em lide? E as antecipações previstas no inciso II, do artigo 273, fundadas no abuso de defesa ou no propósito protelatório do são provimentos cautelares ou provimentos sumários do direito em lide *tout court*? Essas antecipações, desde que previstas como interinais no procedimento ordinário, poderão ser decretadas interinamente em outros procedimentos, inclusive naqueles previstos em leis extravagantes? Dependendo da natureza dessas antecipações é possível adiantar todos os efeitos executivos do pedido inicial ou somente os efeitos executivos suficientes para afastar uma situação de perigo ou de abuso? Essas antecipações podem incidir, não no adiantamento dos efeitos da provável decisão final de mérito, mas na antecipação de fases processuais? Se é possível antecipar efeitos executivos para realizar faticamente o interesse em face da alegação de perigo de dano irreparável não seria possível também admitir uma fungibilidade de técnicas, quando não uma fungibilidade da medida (se a função for a mesma) para conceder providência apenas conservativa desses interesses, quando essa possa se revelar suficiente ou mais adequada ao caso em exame? Se em casos de extrema urgência se admite a ação cautelar antecedente, de acordo com as técnicas do Livro III, não será possível admitir a fungibilidade de técnicas, quando não uma fungibilidade no interno da categoria (se tiverem a mesma natureza) para permitir que um pedido antecipatório seja deduzido de modo antecedente para, oportunamente, ser deduzido o pedido cognitivo, com todas as suas especificações, na expectativa de que esse pedido seja processado, daí para frente, nos mesmos autos, em face da nova disciplina dos artigos 273 e 461 do Código processual?

A existência de tantas perplexidades evidenciam que a teoria do processo cautelar ainda não está sedimentada, o que se deve à incompreensão ou inadequação dos fundamentos da teoria tradicional, inspirada na dogmática processual. Esta constatação implica na necessidade de se dinamizar a preocupação metodológica para a necessidade de fixação do regime jurídico da tutela cautelar em face do regime jurídico que deve nortear as medidas de cognição sumária de direitos subjetivos.

A prudência, os precedentes normativos e a prática forense recomendam distinguir entre antecipações cautelares e antecipações sumárias não cautelares, tal como já alertou PROTO PISANI. Vale dizer, há, no sistema do Código, *antecipações e antecipações!* Há que se investigar quais as antecipações que podem ser qualificadas como cautelares, a par de outras antecipações sumárias não cautelares: quais os pressupostos, quais o objeto, quais os fins, qual o conteúdo, a extensão e a eficácia dos respectivos provimentos.

PARTE I

Gênese, evolução e o enquadramento dogmático da tutela cautelar no quadro da jurisdição

1. Ponto de partida: o sistema processual

A compreensão do fenômeno cautelar, em sua inteireza, inclusive para o fim de distingui-lo ou aproximá-lo do fenômeno antecipatório (antecipações mediante cognição sumária), exige a sua delimitação, para se identificar o seu regime jurídico no âmbito do sistema processual vigente. Sem investigar a *ratio*, a justificativa, os pressupostos e as características da função cautelar em confronto das demais funções processuais conhecidas pelo ordenamento jurídico e com as quais se inter-relaciona, não será possível imprimir efetividade ao direito processual, que pressupõe precisamente, enquanto ciência, um conjunto ordenado, sistêmico, de princípios e normas para o fim de resolver conflitos em conformidade com o direito material, do qual é instrumento.

A exposição da teoria do processo cautelar revela-se pois imprescindível para a compreensão do regime jurídico da tutela cautelar, o qual deve se integrar de modo harmônico em um sistema, interagindo com as demais tutelas, tanto que sua disciplina não se confina topicamente no Livro III do CPC.

Há que se investigar os fundamentos que inspiraram a formação da ciência do direito processual civil, isto é, os fundamentos da chamada dogmática jurídica, que se projetou como diretriz, como teoria do processo civil, inspiradora de um sistema ideal, contribuindo decisivamente para a formação do direito processual positivo, inclusive quanto à sistematização da tutela cautelar, de mera verossimilhança.

Somente a partir do conhecimento da dogmática, que inspirou o sistema processual brasileiro, é que se poderá estabelecer um exame crítico quanto ao seu enquadramento nesse sistema, para se concluir, a final, que a despeito de

inconsistência da ideologia em que foi concebida, a disciplina vigente sobre a tutela cautelar comporta novo enquadramento, em sintonia com as novas concepções substancialistas e instrumentalistas.

Essas novas concepções resgatam a verdadeira autonomia funcional, residual, da tutela cautelar, que encontra respaldo em princípios supraconstitucionais nos estados democráticos, para responder às insuficiências da tutela normativa, inclusive das tutelas jurisdicionais ditas primárias que propendem a definir e realizar direitos, quando se revelam impotentes a esse fim, diante de situações de extrema urgência, que não se comportam nos modelos de tutela de direitos, exigindo pronta regulação oficial para evitar a exasperação dos conflitos, privilegiando a aparência do direito, de modo autônomo (*fumus boni iuris*).

Para evidenciar, desde logo, que a tutela cautelar pode ter conteúdo antecipatório, atuando sobre uma lide própria, inconfundível com a lide de cognição exauriente que poderá atuar (visando a definição e realização de direitos subjetivos) sobre os mesmos interesses atuados como *fumus* em sede cautelar: e ainda, para demonstrar que tampouco se destina a tutela cautelar a proteger um processo principal, basta ter em mente as hipóteses em que a tutela cautelar atua sobre o *fumus* (interesses plausíveis do requerente em confronto de “X”) de modo instrumental, isto é, para, através da satisfação, ainda que provisória do *fumus*, salvar de uma situação de perigo iminente outros interesses relevantes do requerente (v.g. liberação parcial de uma quantia pertinente a provável direito de crédito do requerente em confronto de “X”, suficiente apenas para custear despesas com uma cirurgia inadiável, diante da falta de absoluta de outros recursos). A tutela cautelar, no caso, atuando sobre o *fumus*, não teve nenhum escopo de definir e antecipar a realização do suposto direito de crédito como direito subjetivo, mas apenas como direito aparente, antecipando apenas o necessário para proteger um interesse da parte, inconfundível com o *fumus*, mas ainda assim vital e merecedor das tutela de urgência – de mera verossimilhança. Ademais, a questão do perigo e dos

interesses periclitantes no caso nada tem a ver com a lide cognitiva.

Recentemente, a dogmática vem sendo hostilizada pelo suposto influxo refratário que teria imprimido ao direito processual, retardando a adoção de técnicas processuais diferenciadas para a solução de diferentes conflitos, diante das relações jurídicas cada vez mais instáveis em um mundo de constantes transformações sociais, econômicas e políticas. Seja como for, não se pode deixar de considerar a dogmática como base, parâmetro, método, referência ou ponto de partida para se avaliar, comparar e criticar a fisiologia dos fenômenos processuais nos ordenamentos que recepcionaram os fundamentos da dogmática tradicional, como ocorreu, exemplarmente, com o sistema processual brasileiro.²⁶

Foi a dogmática jurídica que, construindo a teoria do processo civil, forneceu os critérios distintivos para as diferentes manifestações ou funções processuais, inclusive a função cautelar. Decorre daí que a teoria do processo cautelar somente pode assumir consistência, mediante o seu enquadramento crítico no sistema do processo civil da qual é segmento. Como se disse, a dogmática pode ser criticada, mas não pode ser desprezada, enquanto é a referência que se tem para o estudo e o progresso do processo civil.

2. Sincretismo: a confusão entre os planos material e processual

Os autores nacionais e estrangeiros que se ocupam da evolução histórica do processo civil nos países de ideologia liberal da Europa continental e nos países que recepcionaram o sistema da *civil law*, de origem romano-germânica, entre os quais se inclui o Brasil, tradicionalmente apontam com destaque duas grandes fases, que assinalam o progresso do processo civil até atingir o *status* de ciência.

Estas fases são referíveis à evolução ocorrida em torno do conceito de ação, com inevitável correspondência na evolução que se operou reflexamente

²⁶ CUNHA, Alcides Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*, p. 25.

na concepção do processo como instrumento à tutela jurídica.

A primeira fase é identificada como fase imanentista da ação ou fase civilista do processo. Esta fase perdurou desde os tempos mais remotos de que se tem notícias, até meados do século XIX, quando se firmou a concepção sobre a autonomia da ação e do processo, em relação ao direito material.

A característica marcante da primeira fase, como apontou CÂNDIDO DINAMARCO,²⁷ foi o sincretismo, isto é, a confusão conceitual que se estabelecia entre os planos substancial e processual, porquanto a ação (que hoje é considerada como direito processual por excelência, da qual decorrem todos os demais direitos e institutos processuais) era então considerada simplesmente como uma vertente do direito material, isto é, a face dinâmica do direito material lesado ou até mesmo ameaçado de lesão, buscando a sua reparação ou a prevenção da lesão.²⁸

Pode-se dizer que a despeito das variantes ocorridas no período do direito romano clássico, pós-clássico, romano-germânico, canônico e do direito comum, permaneceu incontrastada a concepção imanentista ou substancialista da ação, em face de sua imbricação com o direito material, tornando-se emblemática a definição da *actio* romana atribuída a CELSO, *nihil aliud est actio quam jus, quod sibi debeatur in iudicium persequendi* (ação nada mais é do que o direito de que nos é devido e em juízo perseguido), resultando daí as conclusões de que não havia ação sem o correspondente direito material e de que não havia direito material sem a correspondente ação - a *actio* revigoradora do próprio direito material, fosse para repará-lo, fosse para preveni-lo da lesão.²⁹

²⁷ DINAMARCO, Cândido R., *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p. 14-15.

²⁸ Nessa fase do sincretismo, apesar de conceituada a ação como uma mera expressão do direito material lesado ou ameaçado de lesão, já se admitia a função preventiva da *actio*, revelando uma autonomia da ação e do processo em relação ao direito material da qual não se tinha consciência.

²⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, *et alii*. *Teoria Geral do Processo*, 3ª ed. ampl. e atualizada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981, p. 214.

Ressalvado ainda o maior grau de fluidez, o dinamismo e o empirismo que animaram o direito germânico medieval, cuja experiência não foi recepcionada pelo direito moderno, pode-se insinuar que na fase do sincretismo existiu um modelo de *actiones*,³⁰ isto é, de ações típicas, pelo qual se associava procedimentos específicos a situações específicas de direito material carentes de tutela, sem assumir entretanto uma natureza de sistema processual, precisamente porque não se tinha consciência da sua autonomia. Seguramente havia ação processual, havia pretensão, havia processo e procedimentos, mas não havia consciência para uma sistematização da ciência processual.

3. Autonomia: a distinção entre os planos material e processual

A segunda fase na evolução do direito processual é identificada como a fase da autonomia da ação ou fase científica do processo, que animou o surgimento do direito processual civil como ciência, informada por conceitos, princípios e institutos que obedecem a uma ordem lógico-jurídica, donde a dogmática jurídica, processual.

Pode-se dizer seguramente que embora seja *antigo o processo, é moderníssima a ciência processual*.³¹ Inaugurou-se a fase científica do processo civil no último quartel do século XIX, com os estudos de renomados juristas alemães, como BERNHARD WINDSCHEID, THEODOR MUTHER e OSKAR VON BÜLLOW. Da célebre polêmica travada entre os romanistas WINDSCHEID e MUTHER, a propósito do conceito da *actio*, resultou a demonstração de que a ação não se confundia com o direito material, enquanto entendida como exercício de um direito público à tutela jurídica (MUTHER), distinguindo-se portanto do direito material oponível ao adversário através das pretensões - *Anspruch* (WINDSCHEID).

³⁰ DINAMARCO Cândido R. *Op. Cit.*, p. 15.

³¹ SILVA, Ovidio Baptista, e GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 35.

Esta polêmica, que sob a ótica atual parece ter ensejado a discussão do óbvio, foi na verdade revolucionária e *acabou gerando reações em cadeia, que chegaram até à plena consciência da autonomia não só da ação, mas dela e dos demais institutos processuais.*³²

Foi se consolidando a partir de então o conceito processual da ação, como direito subjetivo público, autônomo, instrumental, abstrato e condicionado. Um direito subjetivo público porque a ação é exercida contra o Estado, *que tendo proibido a auto-tutela, assumiu em contrapartida o dever de prestar a jurisdição.*³³ Autônomo, porém instrumental, porque embora a ação não se confunda com o direito material (autonomia), existe para assegurar efetividade ao direito material em situações de conflito, apresentando-se necessariamente conexo a estas situações jurídicas substanciais carentes de tutela e que se manifestam através das pretensões que a ação veicula. O caráter de abstração, por sua vez, deve-se à circunstância de que a existência do direito de ação independe do autor ter ou não razão no que pretende, tanto que o direito de ação (processual) pode ser satisfeito no processo, sem que seja satisfeita a pretensão, como ocorre nas hipóteses em que a pretensão, que se afirma fundada no direito material, é julgada improcedente, pois afinal, como disse LIEBMAN, *a ação é o direito de fazer com que se conheçam as próprias razões, não o direito de ter razão.*³⁴

Finalmente, considera-se a ação como um direito condicionado, não no plano de sua existência, porque nesse plano o direito de ação é ilimitado ou incondicionado, mas no plano de sua eficácia, porque a prestação jurisdicional que se busca somente se tornará efetiva se forem atendidos nos casos concretos certos requisitos, que coincidem com as chamadas condições objetivas ou subjetivas da ação, que aspiram racionalizar o exercício da jurisdição,

³² DINAMARCO, Cândido R. *Op. Cit.*, p. 15.

³³ Sobre jurisdição como contrapartida pela proibição da auto-tutela, ver PISANI, Andrea Proto. *Appunti sulla giustizia civile*. Bari: Cacucci Editore, 1982, p. 42.

³⁴ CUNHA, Alcides Munhoz da. *Op. Cit.*, p. 92.

estabelecendo critérios para a vinculação eficaz da pretensão à ação.

As condições objetivas são referíveis à possibilidade jurídica do pedido e ao interesse processual de agir, sendo que este engloba aquele, diante do maior grau de generalidade que a doutrina vem lhe conferindo, tanto que a demonstração quanto à necessidade e adequação do pedido de tutela jurisdicional importa basicamente na demonstração, pelo autor, de que existe um conflito envolvendo pretensão juridicamente relevante para o ordenamento e que a via processual eleita se apresenta em tese adequada à resolução jurisdicional do conflito.³⁵ As condições subjetivas, por sua vez, são redutíveis aos requisitos da legitimidade para agir, ativa e passiva. A legitimidade ordinária deve ser aferida pela correspondência das partes processuais (autor e réu) com as partes substanciais, isto é, com os sujeitos ativos e passivos da pretensão que anima a situação litigiosa e que propende a se transmutar em objeto litigioso do processo, sendo que apenas em casos especiais, previstos em lei, será possível conferir legitimidade para se atuar processualmente em nome próprio na defesa de interesses alheios (legitimação extraordinária).³⁶

Paralelamente à teoria da autonomia da ação, desenvolveu-se a teoria da autonomia do processo. Coube a BÜLLOW, racionalizando a locução de BULGARO de que *iudicium est actus trium personarum*,³⁷ a demonstração de que o processo corresponde a uma relação jurídica trilateral, peculiar (processual), distinta da relação ou suposta relação jurídica material litigiosa que lhe serve de substrato (relação material), posto que não há correspondência integral entre os seus sujeitos, objeto e pressupostos.³⁸ Com efeito, vislumbrando a relação processual, constata-se que, no plano subjetivo, exsurge

³⁵ Sobre interesse processual e possibilidade jurídica do pedido, ver LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. vol. 1, 4. ed., Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1980, p. 136-138.

³⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Idem*, p. 139-142.

³⁷ DINAMARCO, Cândido R. *Op. Cit.*, p. 16.

³⁸ BÜLLOW, Oskar Von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtesschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, 1964, p. 1-7.

a figura do juiz, o elemento constante e imparcial do processo e que inexiste na relação material; que, no plano objetivo, existe um pedido imediato, processual, de tutela jurídica, que pode ser declaratório, constitutivo, condenatório, cautelar ou executivo e, finalmente, que são específicos os pressupostos essenciais à constituição e desenvolvimento válido e regular da relação processual.

4. Dogmática jurídica: o isolamento dos planos material e processual

Fincadas as premissas quanto à autonomia da ação e à autonomia do processo, sobre elas se construiu então a ciência do direito processual civil. A constatação de que a ação e o conseqüente processo eram realidades distintas do direito material surgia como dado essencial mas não suficiente para a afirmação do direito processual como ciência. Havia que ser encontrada a justificativa para a própria existência da ação e para as diferentes manifestações processuais já conhecidas empiricamente, mas carentes de fundamentação jurídica. A esta tarefa é que se dedicaram então os juristas, sendo notável a contribuição dos italianos do porte de CHIOVENDA, CARNELUTTI, CALAMANDREI e, mais recentemente, LIEBMAN, para a consolidação da dogmática processual, fundada em um sistema idealmente estruturado em torno de conceitos e princípios apontados como fundamentais do processo civil.

A ciência do processo civil nasceu sob o influxo do liberalismo político, idealizador do Estado de Direito Constitucional, já estruturado com base na teoria da separação dos poderes de Montesquieu e na previsão de direitos subjetivos aos cidadãos.³⁹

Vinculou-se o processo como sendo a expressão ou a face dinâmica da jurisdição,⁴⁰ concebendo-se esta como a função estatal incumbida de assegurar a realização dos direitos subjetivos em situações de conflito. No âmbito da

³⁹ SILVA, Ovidio Baptista da. *Jurisdição e execução*, p. 192 e ss.

⁴⁰ CUNHA, Alcides Munhoz da., *Op. Cit.*, p. 85-86.

jurisdição procurou-se identificar e distinguir os diferentes tipos de tutela, ou seja, os diferentes gêneros de processo, como os processos de conhecimento, de execução e cautelar, que se distinguiriam entre si, não apenas pela estrutura procedimental dos respectivos organismos processuais, mas também pelo aspecto funcional da atividade processual, vale dizer, pelo modo peculiar de atuar sobre o direito material, fosse para certificá-lo (processo de conhecimento), fosse para realizá-lo praticamente (processo de execução), fosse para buscar um provimento provisório de urgência para salvaguardar acessoriamente a inteireza das demais funções processuais reputadas principais (processo cautelar).

A par do princípio da ação ou da demanda, correlativo dos princípios dispositivo ou da inércia da jurisdição, cuidou-se de dar o devido destaque a outros tantos princípios, tais como o inquisitivo ou o princípio do impulso oficial, do juiz natural, do contraditório ou da ampla defesa, precisando conceitos como os de revelia e exceção, classificando os atos processuais, notadamente os atos decisórios, tais como sentenças, decisões interlocutórias e despachos, desenvolvendo as noções sobre coisa julgada, sobre a teoria da prova e a teoria dos recursos, disciplinando institutos como o do litisconsórcio, da intervenção de terceiros, etc.

Pode-se dizer que toda a construção científica do processo civil ocorreu na denominada fase autonomista,⁴¹ em que a ciência processual atingiu a maturidade,⁴² consolidando-se pela dogmática tradicional.

⁴¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 13.

⁴² DINAMARCO refere que o direito processual atingiu a maturidade com a definição em torno de pontos comuns, como a “própria autonomia do direito processual e seus institutos, a maior participação do juiz na preparação do provimento emitirá a final, a necessidade de assegurar o juiz natural o *due process of law* e a efetividade do processo, com a real e equilibrada participação contraditória dos seus sujeitos interessados”, apesar das diferenças e peculiaridades dos diversos sistemas processuais do mundo atual, que não seriam suficientes para infirmar a existência de “princípios formativos” comuns. (DINAMARCO, Cândido R., *Op. Cit.*, p. 17-19).

5. Reação instrumentalista: a perspectiva da reaproximação dos planos material e processual

Tal como afirmou BEDAQUE, parece inegável que na fase autonomista, diante da preocupação quanto à independência do direito processual, deu-se demasiado valor à técnica ou aos fenômenos endoprocessuais. A preocupação com a ontologia do processo animou a preponderância das investigações metafísicas destituídas de endereçamento teleológico,⁴³ que culminaram por distanciar, senão por isolar o direito processual da realidade jurídica em constante mutação, a par dos grandes fenômenos sociais, políticos, culturais e econômicos que marcaram o final do século XX. Perpetuou-se o formalismo e padrões ordinarizados de tutela sob a batuta de juizes instados a confundir imparcialidade e neutralidade com indiferença às situações substanciais em conflito e carentes de tutela.

Não cabe, entretanto, desprezar a dogmática quando se prenuncia a reação de nova geração de processualistas contra a impermeabilidade do direito processual aos novos valores que influenciam as relações jurídicas de direito material, pois a dogmática é o único referencial que se tem para compreender o sistema, ainda que seja para alterá-lo, visando lhe conferir uma conotação deontológica.

⁴³ “O processualista sensível aos grandes problemas jurídicos sociais e políticos do seu tempo e interessado em obter soluções adequadas sabe que agora os *conceitos* inerentes à sua ciência já chegaram a níveis mais do que satisfatórios e não se justifica mais a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico. Insistir na autonomia do direito processual constitui, hoje, como preocupar-se o físico com a demonstração da divisibilidade do átomo. Nem se justifica, nesta quadra da ciência processual, pôr ao centro das investigações a polêmica em torno da natureza privada, concreta ou abstrata da ação; ou as sutis diferenças entre a jurisdição e as demais funções estatais, ou ainda, a precisa configuração conceitual do *jus excepcionis* e sua suposta assimilação à idéia de ação. O que conceitualmente sabemos dos institutos fundamentais deste ramo jurídico já constitui suporte suficiente para o que queremos, ou seja, para a construção de um sistema jurídico-processual apto a conduzir aos resultados práticos desejados. Assoma, nesse contexto, o chamado aspecto ético do processo, a sua *conotação deontológica*.” (DINAMARCO, Cândido R. *Op. Cit.*, p.20-21).

E a reação que vem se esboçando marca o início do terceiro momento metodológico do direito processual, caracterizado pela consciência da instrumentalidade.⁴⁴ É a fase instrumentalista que já se anuncia e inspira a onda reformista do Código de Processo Civil, para imprimir maior efetividade ao processo, influenciando na estrutura do sistema e dos procedimentos para conferir, progressivamente, tutela sumarizada e diferenciada para diferentes tipos de situações jurídicas materiais que aspiram por uma justiça célere, eficaz, efetiva.⁴⁵

6. Dogmática e o isolamento da função jurisdicional

Sem jamais perder de vista o dado de que a dogmática jurídica tradicional é a referência que se tem para conhecer o sistema processual brasileiro que a recepcionou e, bem assim, para avaliar as alterações processuais, ditadas agora pela fase instrumentalista, há que se retomar os fundamentos da dogmática.

E o primeiro destes fundamentos diz respeito ao conceito de jurisdição, ao isolamento conceitual desta função em relação as demais funções estatais, legislação e administração, que compõe a síntese ou a soma da soberania, do poder político do Estado, revelando modos diferentes da atuação do Estado sobre o direito.

Considerando que ação e processo se vinculavam à atividade jurisdicional, procurou-se inicialmente justificar e isolar o conceito de jurisdição das demais funções estatais,⁴⁶ mesmo porque o critério orgânico da distribuição primordial

⁴⁴ DINAMARCO, Cândido R., *Op. Cit.*, p.19-20.

⁴⁵ A respeito de tutelas diferenciadas, ver *infra*, item 28 da Parte I.

⁴⁶ Como referiu CHIOVENDA, a distinção entre as três funções básicas da soberania não pode se dar unicamente através do critério orgânico, ou seja, a atribuição de cada uma das funções estatais a órgãos distintos e autônomos, sob pena de cair em petição de princípio. A maior dificuldade estaria em diferenciar a atividade jurisdicional da administrativa com um critério que tenha validade para todos os casos, pois em relação a ambas se pode dizer que *atuam a lei*, enquanto a legislação *dita a lei*. (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 2, p. 6-9).

das diferentes funções a diferentes órgãos exponenciais do Estado (órgãos do Poder Legislativo, do Poder Judiciário ou do Poder Executivo) haveria de ter por pressuposto necessário a fixação de critérios substancialmente distintivos de tais funções.⁴⁷

Dos ensinamentos de CHIOVENDA e de CALAMANDREI já se extrai que é mais fácil isolar a função legislativa das demais funções estatais, diante da natureza primária da função legislativa em relação ao direito, enquanto este caráter primário é associado à virtude de criar o direito através de regras gerais e abstratas para disciplinar a vida em sociedade tal como se dá nos Estados modernos, em que predomina o sistema da legalidade, com a edição de regras que aspiram ser minimamente suficientes para regular idealmente os conflitos de interesses envolvendo os cidadãos ou estes e os órgãos públicos, como é próprio de um Estado de Direito.

Menos fácil se tornava firmar um critério diferencial entre administração e jurisdição, então consideradas como atividades estatais secundárias em relação ao direito, porque já pressupõem um direito legislado,⁴⁸ isto é, já pressupõem enunciada a vontade geral da lei como diria CHIOVENDA,⁴⁹ tanto que as funções jurisdicional e administrativa se ligam ao *fenômeno da concreção do direito*, ou seja, da realização do direito nos casos concretos.

A nota distintiva da jurisdição em relação à administração residiria,

⁴⁷ A despeito da relatividade histórica do conceito de Estado, este pressupõe sempre uma organização social submetida a um poder que, atuando dentro ou fora de um regime de legalidade, dita regras, resolve conflitos e persegue interesses específicos e reputados relevantes pelos detentores do poder. Sob esta perspectiva, toda organização social pressupõe atividades legislativas, jurisdicionais e administrativas para compor e assegurar uma ordem jurídica, um direito objetivo, que outra coisa não é, senão “o discurso do Poder” como já referiu CALMON DE PASSOS (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. X, Tomo I, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984, p. 14-16).

⁴⁸ Historicamente, entretanto, a jurisdição antecedeu a legislação, pois o Estado juiz, surgindo o conflito, afluía o direito e aplicava no caso concreto, como referiu CALAMANDREI (*Direito Processual Civil*, vol. I, Campinas: Bookseller, 1999, p. 97).

⁴⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 2, p. 11-12.

segundo CHIOVENDA,⁵⁰ na característica da *substitutividade*, desde que o Estado, proibindo a auto-tutela, no sentido de justiça por mão própria ou no sentido do exercício arbitrário das próprias razões, não permite que as partes envolvidas em conflitos de interesses resolvam por si os conflitos, assumindo ele próprio, através dos órgãos jurisdicionais, o dever de desempenhar esta função reguladora, de concreção do direito. *A substitutividade é que falta à administração*, prossegue CHIOVENDA,⁵¹ *desde que no desempenho da função administrativa o Estado não age em lugar de outrem, mas age por conta própria, perseguindo interesses (públicos) impostos direta e imediatamente pelo ordenamento aos órgãos públicos*, tais como os interesses na preservação da segurança pública, saneamento, urbanização, saúde pública, educação, etc. Se no plano da formação do direito a atividade legislativa, quando posta em confronto das demais funções estatais, pode ser considerada primária, já no plano da concreção do direito a atividade administrativa é que poderia ser considerada primária⁵² em relação à atividade jurisdicional, desde que através daquela o Estado persegue interesses próprios, mesmo quando avalia ou julga a sua própria atividade na relação administrativa em que é parte.⁵³ Na atividade jurisdicional, por sua vez, o Estado julga sempre sobre a atividade alheia

⁵⁰ Para CHIOVENDA, a jurisdição se definiria como a “*função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva*” (Op. Cit., vol. 2, p. 3).

⁵¹ A atividade jurisdicional se caracteriza sempre pela “*substituição de uma atividade pública a uma atividade alheia*”, o que falta na atividade de administração, pois a “*administração pública, nos limites de seu poder, age por conta própria, não em lugar de outrem*”. Ou seja, enquanto a administração “*julga sobre a própria atividade*”, a jurisdição “*julga da atividade alheia e duma vontade de lei concernente a outrem*” (CHIOVENDA, Idem, p.11-12).

⁵² CHIOVENDA, Idem, p. 12.

⁵³ Exemplificando a diferença entre a atividade jurisdicional e administrativa, pode-se referir aos Conselhos de Contribuintes e às Juntas de Recurso da Previdência Social, que apreciam os interesses dos administrados que não se conformam com essa ou aquela decisão tomada no âmbito da Receita Federal ou da Previdência Social. Mas nesses casos, não são órgãos dotados de garantia institucional que assegure imparcialidade, e proferem julgamento sobre a legalidade da própria atividade em confronto com o contribuinte ou o segurado da previdência social.

(partes em conflito).

Sobre estas considerações de CHIOVENDA debruçou-se CARNELUTTI, sustentando que a característica da substitutividade mostrava apenas a exterioridade do fenômeno jurisdicional, vindo daí que se deveria acrescentar como característica distintiva da jurisdição o fim de resolver os conflitos de interesses - *o fim de obter a justa composição da lide* -, pondo em evidência o motivo pelo qual a jurisdição atuaria em confronto de partes, enquanto que na atividade administrativa o Estado é parte na relação jurídica que estabelece com os administrados. Sob esta perspectiva, completava CARNELUTTI, a jurisdição se colocaria em uma situação intermediária entre a legislação e a administração. Sob a legislação porque tem por pressuposto a lei, que vincula sua atividade de concreção ao direito ou à justiça, ainda que se confira também ao juiz a prerrogativa de decidir por equidade (compor a lide).⁵⁴ Todavia, a jurisdição se situaria sobre a administração porque, no Estado de Direito, o Estado-jurisdição (cercando de garantias os órgãos incumbidos de exercer a jurisdição) tem a atribuição de julgar a atividade do próprio Estado-administrador quando inserida em conflitos com os administrados. Assim, estaria justificada de modo constante a substitutividade na atividade jurisdicional ou o seu fim de resolver conflitos conforme o direito. *Firmou-se então a consciência generalizada de que a jurisdição se destinava a tutelar os direitos, notadamente os direitos subjetivos dos jurisdicionados em situações de conflito* (litígio).⁵⁵

É de ressaltar, porém, a advertência de CHIOVENDA, para quem a jurisdição e o processo se destinam à atuação em concreto do direito objetivo, o qual pode conferir ação para se buscar em juízo a proteção a um interesse jurídico que não se insere em uma relação obrigacional e cujo efeito jurídico

⁵⁴ CARNELUTTI, Francesco, *Sistema del diritto processuale civile*, vol. I, Padova: Cedam, 1936, p. 247-248.

⁵⁵ Sobre as teorias unitária e dualista do direito processual, ver DINAMARCO, Cândido R., *A instrumentalidade do processo*, p. 160-177, e MARINONI, Luiz Guilherme, *A antecipação da tutela*, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 92-93.

somente se pode obter através do processo, assim como ocorreria com as ações meramente declaratórias e as ações cautelares (meras ações),⁵⁶ desde que não se pode exigir da contraparte, fora do processo, seja a declaração de certeza, seja a segurança de interesses apenas plausíveis juridicamente.⁵⁷

7. Dogmática e o isolamento das funções processuais cognitiva e executiva

Ressalvada a posição peculiar da doutrina alemã, quando se iniciou a fase científica do processo predominava a opinião de que a jurisdição se adscrevia à cognição e se exauria com a sentença definidora das controvérsias ou conflitos, em sintonia com a locução *jurisdictio in sola notione consistit*, representativa da concepção formada no direito comum e assimilada então pela doutrina italiana e francesa. As medidas de execução, notadamente de execução forçada, desempenhadas inclusive por funcionários públicos da justiça que não o juiz, eram consideradas mero exercício de império, atividade administrativa.⁵⁸

A investigação científica do processo culminou por incluir a execução forçada no quadro da jurisdição, como manifestação diferenciada da tutela de direito em situações de conflito. A verdade, porém, é que as noções sobre a execução processual foram muito menos elaboradas que as noções sobre a cognição.⁵⁹ A função cognitiva foi por longo tempo a mais conhecida, para não dizer a única conhecida, a tal ponto que a expressão *iuris dictio*, que supõe o ato de julgar, próprio da função cognitiva, generalizou-se para designar a função estatal da jurisdição, que compreende outras manifestações além da tutela

⁵⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, p.20-28.

⁵⁷ SEGNI, Antonio. *Giurisdizione (in generale)*. In: *Novissimo digesto italiano*, vol. VII, Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1957, p. 985-993.

⁵⁸ CHIOVENDA. *Op. Cit.*, vol. 2, p. 15.

⁵⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*, vol. I, Campinas: Servanda, 1999, p. 125.

cognitiva. Tudo isto se afina com a constatação de que o maior prestígio foi conferido à função cognitiva, enquanto que a função executiva foi historicamente desprezada.⁶⁰

Este descompasso verificado entre o grau de importância conferido à função cognitiva, em detrimento da função executiva, certamente encontrava respaldo na ideologia liberal da época.⁶¹ Apesar de identificadas as duas funções processuais, cognitiva e executiva, as atenções convergiram para a idealização de um organismo processual exclusivo para o desempenho da função cognitiva, o chamado *processo de conhecimento*, cuja relação processual não se compadeceria, em princípio, com atividade executiva (fenômeno da ordinarização). E praticamente foi sobre o processo de conhecimento ideal, ordinarizado, que se desenvolveu a teoria do processo civil, com a formulação de princípios capitais como os do contraditório ou da ampla defesa, do devido processo legal, do duplo grau de jurisdição, com a identificação e classificação dos pressupostos processuais e das condições da ação, com a criação de institutos como o do litisconsórcio e da intervenção de terceiros, cujas noções ficavam na penumbra em relação à função de execução, relegada para outro organismo processual, outro processo.

Enfim, ressalvadas situações especiais típicas, para as quais se previa procedimentos especiais que admitiam a combinação de funções e técnicas cognitivas e executivas (ações de execução imprópria ou ações executivas *lato sensu*), preocupou-se a dogmática tradicional em isolar a função cognitiva da função executiva, idealizando os chamados processos de conhecimento e de

⁶⁰ LUIZ FUX, reportando-se também aos ensinamentos de CHIOVENDA e de CARNELUTTI, anota: “A atividade cognitiva é considerada o núcleo mais expressivo da jurisdição, tanto que autores de renome consideravam o ‘processo de conhecimento’ como ‘jurisdicional’, em contraposição ao executivo e ao preventivo. Realmente, a cognição, como atividade de conhecer fatos e direito para julgar, lega ao Judiciário a tarefa de dizer o direito – *jus dicere* – aplicável à espécie, substituindo a inteligência dos contendores na compreensão dos fins da lei” (*Tutela de Segurança e Tutela da Evidência: fundamentos da tutela antecipada*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 7).

⁶¹ SILVA, OVÍDIO Baptista da. *Jurisdição e execução*, p.161-180.

execução.

Sustentava-se que a par da diversidade das funções (critério funcional) se associava a diversidade de estrutura dos procedimentos (critério estrutural), tudo a recomendar a idealização de diferentes métodos e diferentes organismos processuais para a cognição e execução.

*O processo de conhecimento, como dizia CARNELUTTI, tem como objeto a lide, resultante de um conflito de interesses qualificado por uma pretensão discutida,*⁶² o que pressupõe um estado de incerteza sobre a titularidade do direito controvertido. Por isso mesmo, o processo de conhecimento está vocacionado funcionalmente à certificação do direito controvertido, aspirando por uma declaração de certeza, por uma sentença, pela qual se visa individuar o comando contido na norma de direito substancial ao caso concreto e a torná-lo indiscutível. Neste tipo de processo predomina a função característica da *notio*,⁶³ que exige do juiz, prevalentemente, uma atividade de natureza intelectual, lógica, para declarar quem tem razão. A este juízo de certificação do direito pode se associar a consequência da criação, modificação ou extinção de uma relação jurídica, ou de um estado ou situação jurídica e, outras vezes, pode se acrescentar a imposição de uma sanção⁶⁴ em face do reconhecimento da violação ao direito afirmado, donde a tradicional classificação das sentenças meramente declaratórias, constitutivas e condenatórias,⁶⁵ cujos efeitos se exaurem no conteúdo da declaração, porque atos materiais de execução não se comportam nessa estrutura da ordinarização.

À peculiaridade da função cognitiva corresponde a peculiar estrutura do procedimento, que pressupõe a intervenção equilibrada das partes, em contraditório, nas fases postulatória e instrutória, culminando com a fase

⁶² CARNELUTTI, *Instituições do Processo Civil*. vol. I, p. 111.

⁶³ ZANZUCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile*, vol. 1, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1947, p. 104-105.

⁶⁴ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. X, tomo I, p. 42

⁶⁵ Em face desse compromisso com a *notio*, e não com *imperium*, no processo de conhecimento não foram contempladas as sentenças mandamentais ou executivas.

decisória, seguida eventualmente de uma fase revisional, dita recursal.⁶⁶

O processo de execução, por sua vez, como dizia ainda CARNELUTTI, é aquele que tem opor objeto a lide decorrente do conflito de interesses qualificado por uma pretensão exclusivamente insatisfeita,⁶⁷ posto que pressupõe a lesão a um interesse já certificado como prevalente, seja através do processo de conhecimento (sentença condenatória), seja através dos chamados títulos executivos extrajudiciais, aos quais a lei confere a presunção de liquidez e certeza jurídica. Não se busca a certificação do direito, mas a realização prática do direito já afirmado. A existência, pois, de um título executivo ou executório se situa como pressuposto ou condição geral para qualquer execução e, assim, para a execução forçada, donde a locução, transformada em princípio geral do processo: *nulla executio sine titulo*.⁶⁸ Cabe então ao juiz exercer a função característica de *imperium*, para o fim de conseguir por meio do processo e independentemente do concurso da vontade do obrigado, o resultado prático a que tendia a regra jurídica sancionadora que não foi obedecida.⁶⁹ Ao invés da prevalência das atividades intelectivas, o processo de execução exige prevalentemente atividades materiais, práticas, de execução forçada enfim.

À peculiaridade da função executiva corresponde a peculiar estrutura dos procedimentos executivos, que pressupõe uma situação de vantagem do exequente, o que restringe as possibilidades de impugnação, imprimindo-se nova conotação ao contraditório endoprocessual,⁷⁰ conquanto seja assegurada a oportunidade posterior de contraditório mediante a ação impugnativa dos embargos do devedor. Os processos se caracterizam por medidas constritivas, quando não de expropriação de bens, tudo visando à satisfação do direito já

⁶⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1980, p. 80.

⁶⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Op. Cit.*, p. 111.

⁶⁸ CHIOVENDA, *Op. Cit.*, vol. 1, p. 309.

⁶⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Op. Cit.*, p. 4.

⁷⁰ Sobre contraditório na execução, ver DINAMARCO, Cândido R. *Execução Civil*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 164-181.

afirmado e em via de realização.

Enfim, diante do prestígio que gozava a função cognitiva, o seu isolamento da função executiva para que operassem, cada qual, em distintos processos, transparecia como premissa metodológica de valor quase absoluto. Entendia-se que o conteúdo da sentença, definindo direitos, representava por si só uma utilidade para as partes, independentemente de qualquer eficácia executiva, inclusive em relação à sentença condenatória, a qual, revestindo-se de autoridade, enquanto ato decisório oficial (ao contrario do que se dava no direito romano formulário, em que a sentença era ato privado, proferida por árbitros), haveria de influir na vontade do obrigado, réu, para que espontaneamente cumprisse a obrigação.⁷¹ Sob esta perspectiva transparecia absolutamente normal a exigência de que o interesse processual do autor em obter a reparação de uma lesão a um direito fosse cindido para, no processo de conhecimento, limitar-se à tutela de condenação, que define a obrigação, reconhece a lesão e se compraz com a imposição da sanção, remetendo o autor para outra ação e processo, de execução, para buscar a efetiva reparação que não conseguiu com a mera condenação.⁷²

8. Dogmática e o isolamento do fenômeno cautelar

O adjetivo cautelar, utilizado para qualificar uma particular espécie de tutela, ação, processo ou provimento, foi cunhada pela doutrina italiana na fase

⁷¹ CUNHA, Alcides Munhoz da. *Op. Cit.*, p. 31-32.

⁷² A dicotomia entre processo de cognição e execução tem origem em Roma. Como o processo estava diretamente ligado à idéia contratual, a sentença era encarada como ato privado, não oficial, que permitia ao credor atuar diretamente sobre a pessoa do devedor a fim de satisfazer o seu direito, já declarado na sentença. Não existia função jurisdicional executiva. Apenas mais tarde a execução dos julgados passou a ser feita pelo poder público, não se admitindo, porém, que fosse realizada no mesmo processo de certificação do direito, exigindo-se uma nova *actio*, a que se denominou *actio iudicati*. (THEODORO JUNIOR, Humberto. *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987, p. 213/214).

da elaboração científica do processo civil.⁷³ Até então a referência mais comum era aos procedimentos ou às medidas de segurança, medidas provisórias, preventivas, provisionais, conservativas ou de urgência.⁷⁴

Ressalvada a novidade da terminologia, os procedimentos e medidas cautelares sempre existiram,⁷⁵ inclusive mediante procedimentos autônomos,⁷⁶ tendo como pressupostos, condições ou fundamentos, o temor de um dano jurídico (*periculum damnum irreparabile*) a um possível direito (*fumus boni iuris*),⁷⁷ que não encontrando ambiente propício para ser de pronto certificado e realizado, em situação emergencial, em face da dilação temporal exigida para tal certificação ou realização do direito (*periculum in mora*),⁷⁸ compraz-se com uma regulamentação temporária ou provisória, à luz da verosimilhança da pretensão.⁷⁹

Embora conhecidos os pressupostos da função cautelar e embora esta função fosse tradicionalmente desempenhada pelos juizes, debateram-se os processualistas na busca de uma justificativa para o enquadramento da função

⁷³ LANCELOTTI, Franco. *Osservazione critiche intorno all'autonomia processuale della tutela cautelare*. In: *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova: Cedam, n. 16, 1939, p. 233.

⁷⁴ SILVA, Ovidio Baptista da. *Do Processo Cautelar*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 2.

⁷⁵ “A necessidade de tutela liminar de possíveis direitos ameaçados ou violados sempre existiu na humanidade, como fato inerente à imperfeição do homem, enquanto ser social em convívio.” (LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo I, p. 99).

⁷⁶ “Enganam-se os que supõem que a tutela cautelar seja uma descoberta brilhante do século XX. Tal função jurisdicional, apenas modernamente isolada e compreendida como espécie autônoma da tutela judicial, sempre existiu – aliás com acentuada importância no Direito Romano – às vezes inserida em outras formas de tutela processual, e até mesmo em estado puro, sem, no entanto, ser convenientemente compreendida pela ciência jurídica, que não dispunha, então, dos instrumentos de análise com que hoje conta a ciência do Direito.” (SILVA, Ovidio Baptista da. *Op. Cit.*, p. 1-2).

⁷⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. Cit.*, vol. 1, p. 275.

⁷⁸ A respeito da distinção entre *periculum in mora* e *periculum damnum irreparabile* ver *infra*, item 15 da Parte II.

⁷⁹ As medidas cautelares surgem sempre “*dalla esistenza di un pericolo di danno giuridico, derivante dal ritardo di un provvedimento giurisdizionale definitivo (periculum in mora)*.” (CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p.15).

no âmbito da jurisdição. Se a jurisdição existia para a tutela de direitos em situações de conflito, estava suficientemente explicada a jurisdicionalidade das funções cognitiva e executiva que atuam certificando e realizando praticamente o direito em conflito. Todavia, *a constatação de que a função cautelar atua temporariamente ou provisoriamente quando ainda não se sabe se o direito acautelado realmente existe, dificultava o enquadramento e a conseqüente demonstração de que a função cautelar correspondia realmente a uma função processual de tutela de direitos nos casos concretos.*

A doutrina alemã do final do século XIX estudava os procedimentos cautelares como sendo incidentes do processo de execução,⁸⁰ vinculados ao fim de preservar a futura execução contra situações de perigo que pudessem comprometer a oportuna satisfação de um direito.⁸¹ A questão da jurisdicionalidade da função cautelar estaria resolvida se todas as medidas cautelares fossem similares ao chamado seqüestro conservativo, *in quanto si resolve in una anticipazione del pignoramento*⁸² (correspondente ao arresto do art. 653 do CPC brasileiro), cuja providência se insere como medida específica do processo de execução por quantia certa.

Todavia, os processualistas passaram a considerar, sob a rubrica de cautelares, todas as medidas de urgência, essencialmente provisórias, decorrentes de um juízo de mera verossimilhança, independentemente dos seus efeitos, que poderiam ser meramente conservativos ou inovativos, consoante visassem a manutenção ou alteração do estado de fato,⁸³ podendo por isso mesmo se resolver em medidas inibitórias, restituitórias ou antecipatórias provisórias, segundo a classificação de CARNELUTTI,⁸⁴ ilustrada com a menção de casos

⁸⁰ LANCELOTTI, Franco. *Op. Cit.*, p. 235.

⁸¹ PISANI, Andrea Proto. *Chiovenda e la tutela cautelare*. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, n. 1, 1988, p. 18.

⁸² CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*, p. 213.

⁸³ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*, vol. I, p. 135-136.

⁸⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Trattato del Processo Civile – Diritto e Processo*, p. 357-364.

exemplares,⁸⁵ também referidos por CHIOVENDA⁸⁶ e CALAMANDREI,⁸⁷ como as medidas provisórias e urgentes nas ações de dano infecto, a suspensão da execução de deliberação de assembléia de acionistas de uma sociedade comercial, liminares provisórias de interdição de obra nova ou mesmo de manutenção e reintegração de posse,⁸⁸ alimentos provisionais, a guarda provisória de filhos, derrubada de árvores que oferecem perigo ao prédio vizinho, proibição de atividades industriais que causam prejuízo ao fundo do vizinho, e outras aplicações em matéria de servidões, sociedades, condomínio, locação, direito ao nome e imagem e usurpação de competência.⁸⁹

Estas medidas, conquanto estruturalmente se situassem em procedimentos que exigiam a formulação de um juízo, à semelhança do processo de conhecimento e, por outro lado, conquanto exigissem a prática de atos materiais, como a apreensão de bens e outras medidas constritivas peculiares ao processo de execução, não podiam mesmo situar-se como manifestações dos processo cognitivo ou executivo, porque não tinham compromisso com a certificação ou realização de um direito.⁹⁰

CHIOVENDA, entretanto, jamais duvidou da jurisdicionalidade da função

⁸⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*, vol. I, p. 213.

⁸⁶ CHIOVENDA menciona o exemplo dos alimentos provisórios (*Op. Cit.*, vol. 1, p.281), podendo-se ainda acrescentar os alimentos provisionais e a guarda provisória de filhos.

⁸⁷ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, p. 26-27.

⁸⁸ No estágio atual do direito, tem-se distinguido entre medidas antecipatórias que conservam a natureza cautelar porque têm como pressupostos genéricos o *fumus boni iuris* e *periculum damnum irreparabile* das medidas antecipatórias de cognição sumária, que decorrem de pressupostos objetivamente valorados pelo legislador e que se reportam a fatos da lide ou processo cognitivo, dispensando a avaliação discricionária de *fumus* e *periculum*. Sobre o assunto, ver *infra*, item 1 da Parte II.

⁸⁹ Ver outros exemplos em CARNELUTTI, Francesco, *Instituições do processo civil*, vol. III, p. 270-271.

⁹⁰ Considerando o aspecto estrutural dos processos cognitivo e executivo afirmava CALAMANDREI que se poderia até mesmo admitir a existência de processo cautelar de cognição e processo cautelar de execução, distintos dos processos não cautelares de cognição e execução (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, p. 7-9), noção repelida por LIEBMAN, que afirma a existência de uma estrutura peculiar ao processo cautelar (ver *infra*, item 15 da Parte I).

cautelar, como forma diferenciada e autônoma de tutela, a qual estaria ligada inexoravelmente à atuação em concreto do próprio direito objetivo. Dizia que há uma vontade da lei em conferir garantia a interesses plausíveis, vindo daí que o direito objetivo não poderia prescindir, em situações de urgência, de medidas especiais, provisórias acautelatórias ou conservadoras para garantir direitos ou possíveis direitos antes de sua certificação,⁹¹ enfatizando então que a jurisdição atuava o direito objetivo através de três formas, cognição, execução e conservação.⁹²

Sem objetar que o direito objetivo era a fonte das manifestações cautelares, ainda assim empenhavam-se os processualistas em buscar uma demonstração de que, quanto ao fim, a função cautelar contribuía para a realização dos direitos subjetivos, como condição para evidenciar a sua jurisdicionalidade. Afinal, se o direito objetivo legitimava a função cautelar era porque tal função deveria ter a finalidade de contribuir para a realização dos direitos subjetivos.

9. ALLORIO e a tentativa de identificar um direito substancial de cautela

ENRICO ALLORIO, renomado processualista italiano, em artigo publicado em 1936, intitulado "*Per una nozione del processo cautelare*",⁹³ causou espanto aos processualistas quando defendeu, desastrosamente, em estudo considerado tateante e confuso,⁹⁴ a teoria de que a tutela cautelar se enquadrava no quadro da jurisdição porque se realizaria através de ações cognitivas ou executivas buscando a declaração, constituição ou realização do direito subjetivo

⁹¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, vol. 1, p. 272-274.

⁹² CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. Cit.*, vol. 1, p. 34-35.

⁹³ ALLORIO, Enrico. *Per una nozione del processo cautelare*. In: *Rivista di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, n. 4, 1936, p.18-44.

⁹⁴ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo XII, Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 3.

substancial de cautela. A tutela cautelar se resolveria pois no âmbito das funções cognitivas e executivas para definir e realizar o direito de cautela. O que poderia qualificar a ação e o processo como cautelar seria a existência da pretensão cautelar, fundada no direito de cautela, assim como se costuma qualificar pela natureza da pretensão, os processos reivindicatórios, possessórios e outros. Todavia, vinculando o direito material de cautela e a respectiva sanção cautelar ao fim de assegurar a realização da sanção principal, que seria correlativa ao direito acautelado, ALLORIO culminou por estabelecer uma relação de acessoriedade entre o direito de cautela e o direito acautelado, deixando sem sustentação a teoria, inibindo novas investigações sobre o direito material de cautela,⁹⁵ *pois afinal, a cautela atua quando não se sabe se o direito acautelado existe.*

Assim, a função cautelar foi isolada das funções processuais de conhecimento e de execução, que conservaram a higidez no enquadramento jurisdicional. Quanto à função cautelar, restava encontrar a justificativa para a sua jurisdicionalidade, para se situar como uma terceira categoria de processo ou terceira função processual a contribuir para a realização de direitos subjetivos.

Considerando a diversidade de conteúdo das medidas provisórias (conservativas, inovativas, antecipatórias, inibitórias), convenceram-se os processualistas de que o enquadramento da função cautelar deveria levar em conta, não tanto os efeitos práticos das medidas cautelares, mas *o fim a que se destinam*,⁹⁶ ou seja, de que maneira participam da função de concreção do direito subjetivo.

10. CARNELUTTI e a autonomia funcional do processo cautelar

As primeiras tentativas para se justificar o enquadramento jurisdicional da

⁹⁵ CUNHA, Alcides Munhoz da. *O direito material de cautela*. In: Revista do Instituto dos Advogados do Paraná n. 23, p. 111/121.

⁹⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*, vol. I, p. 135-136.

função cautelar pela peculiaridade do fim a que se destina foram feitas por CARNELUTTI. Pressupondo que as medidas cautelares incidiam sempre sobre uma pretensão em lide, sustentou que a função cautelar tinha natureza preventiva,⁹⁷ não para prevenir o direito subjetivo material em lide, o qual podia não existir, mas para prevenir os riscos de agravamento do conflito em face da demora do processo definitivo, vale dizer, contra o *periculum in mora*. Através da função cautelar caberia então ao juiz influir provisoriamente nos fatos do conflito ou da lide (litígio), em situações de urgência, fosse para manter ou alterar as situações de fato ou mesmo jurídicas em favor da parte que tivesse uma aparente posição de vantagem, para assegurar (prevenir) a oportuna eficácia da tutela cognitiva ou executiva que demandavam maior tempo para sua realização. Esta atuação urgente se resolveria em uma organização dos fatos da lide (*sistemazione provvisoria della lite*).⁹⁸

Estas considerações de CARNELUTTI encaminhavam-se para atribuir uma função autônoma à tutela cautelar quanto ao *fumus* em face do *periculum*, mas a preocupação em vincular essa função às demais funções jurisdicionais, culminavam por situar a função cautelar como uma espécie de tutela administrativa, de polícia processual, provisória, incidental às funções de cognição e execução, atuando sobre o mesmo conflito ou lide. Não se estabelecia assim um nexó de referibilidade da função cautelar com o direito subjetivo material. Ainda assim, havia conflitos de interesses em situações de urgência, reclamando por uma regulação provisória desses interesses, isto é, reclamando por um juízo de valores. CARNELUTTI chegou a sustentar então que, se não fosse o fim de organizar ou sistematizar os fatos da lide, a função cautelar teria o fim de pacificar ou resolver provisoriamente *a mesma lide* -

⁹⁷ CALAMANDREI já advertia que não se devia confundir genericamente tutela preventiva com tutela cautelar; que a tutela cognitiva também pode ser preventiva de direitos. A tutela cautelar requer a coexistência de três elementos: prevenção, urgência e *periculum in mora*. (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, p. 14-20).

⁹⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*, vol. I, p. 206.

composizione provvisoria della lite,⁹⁹ algo similar às justificativas para a cognição sumária, com a agravante de que a função cautelar atuava freqüentemente em casos inesperados, de urgência urgentíssima, exigindo uma avaliação discricionária dos juiz sobre a adequação dos pressupostos apontados pelas partes, cujas circunstâncias apenas agravavam as condições para uma presunção de direitos sobre a mesma lide. Enfim, a despeito dessas engenhosas construções doutrinárias restava na penumbra o modo pelo qual a função cautelar estaria contribuindo para a realização do direito material no caso concreto¹⁰⁰ e sem esta demonstração não haveria jurisdicionalidade.¹⁰¹

O próprio CARNELUTTI deixava antever que não estava inteiramente convencido da jurisdicionalidade da função cautelar, tanto que, antes de afirmar a natureza processual da função lançou a dúvida: “*Naturalmente anche tale sistemazione provvisoria della lite richiede qualche cosa che somiglia al processo... insomma una serie di atti che si compiono dalle parti in confronto di un organo dello Stato e viceversa*”.¹⁰²

Foram os sucessivos estudos de CARNELUTTI e de CALAMANDREI que culminaram por consolidar a concepção tradicional da dogmática sobre a jurisdicionalidade da função cautelar. Enquanto CARNELUTTI prosseguiu sua análise procurando identificar a peculiaridade do fim a que pudesse estar

⁹⁹ CARNELUTTI, Francesco. Idem, p. 208.

¹⁰⁰ A concepção de que a função cautelar se destinava à *composizione provvisoria della lite* sugeria a relatividade do direito material em lide, fato que CARNELUTTI jamais admitiu ou quis sugerir. Remanescia a idéia quanto à existência de duas funções, de dois processos para atuar sobre a mesma lide, uma vez em sede subsidiária e provisória, outra vez em sede principal e definitiva, o que não impediria entretanto que o mesmo direito fosse atuado de modo diverso, negado ali e reconhecido aqui e vice-versa, o que comprometia o conceito de jurisdição, enquanto atrelado ao escopo de revelar e concretizar o direito em lide, nas hipóteses sempre possíveis em que o provimento cautelar não guardasse sintonia (correlação de meio e fim), com o provimento definitivo.

¹⁰¹ Para LANCELOTTI, seria administrativa a função. Ademais, a prevenção também é realizada pelo processo de cognição, então não haveria especificidade (*Osservazione critiche all'autonomia processuale dela tutela cautelare*, p. 265).

¹⁰² CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*, vol. 1, p. 206.

servindo a função cautelar, CALAMANDREI centrou seus estudos nas especiais características dos provimentos ou das medidas cautelares. As pesquisas convergiram para os mesmos resultados.

CARNELUTTI reformulou a concepção originária, distinguindo os fins do processo definitivo dos fins do processo cautelar, provisório. Enquanto os processos definitivos, assim entendidos os de conhecimento e de execução, teriam como escopo imediato a composição da lide, o que significava, amoldando a linguagem *carneluttiana*, a atuação do direito subjetivo material ao caso concreto resolvendo definitivamente o conflito (ainda que decidindo por equidade),¹⁰³ já a função cautelar, essencialmente provisória e acessória - onde o compromisso com a certeza jurídica e a verdade cedia passo ao compromisso com a probabilidade e verossimilhança -,¹⁰⁴ teria por *escopo imediato garantir o desenvolvimento e o resultado dos processos definitivos, sendo que, assim, pelo menos de modo mediato, indiretamente, contribuía para a realização efetiva do direito material em lide.*¹⁰⁵

Sobressai implicitamente da nova concepção de CARNELUTTI que são inconfundíveis os objetos dos processos definitivos em relação ao objeto do processo cautelar, a justificar a diversidade de escopos. Naqueles um objeto de direito material, a lide, a relação jurídica conflituosa deduzida em juízo, aspirando a definição (certeza) ou realização do próprio direito material (execução). Nesse, no cautelar, uma lide ou um objeto de direito processual, a tutela do processo definitivo¹⁰⁶ como referiu o próprio CARNELUTTI, ou a questão processual quanto à segurança do processo principal, como intuiu GALENO LACERDA,¹⁰⁷ tudo visando assegurar a inteireza do resultado útil do provimento definitivo contra possíveis deteriorações, contra possíveis danos ao

¹⁰³ CARNELUTTI, Francesco. *Trattato del processo civile – diritto e processo*, p.19.

¹⁰⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Idem*, p.373-374.

¹⁰⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*, vol. 1, p. 133-135.

¹⁰⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Trattato del processo civile – diritto e processo*, p. 355-356.

¹⁰⁷ Sobre a lide parcial referida por GALENO LACERDA, ver *supra*, item 1 da Parte I.

equilíbrio inicial de forças entre as partes em face do *periculum in mora*.

11. CALAMANDREI e a autonomia funcional do processo cautelar

CALAMANDREI, por sua vez, desenvolveu o seu estudo a partir do exame das características distintivas dos provimentos cautelares (das medidas cautelares), essencialmente provisórios e instrumentais em contraposição à definitividade e à suficiente satisfatividade dos provimentos cognitivos e executivos. Foi o maior arquiteto da teoria tradicional do processo cautelar.

Enquanto CARNELUTTI acentuava que a função cautelar contribuía apenas mediatamente para realização do direito material, posto que de modo imediato servia à tutela do processo, CALAMANDREI em perfeita sintonia com esta concepção, concluía que as medidas ou provimentos cautelares, *antes de ter a finalidade de atuar o direito, têm a finalidade imediata de assegurar a eficácia prática do provimento definitivo que, por sua vez, servirá para atuar o direito. A tutela cautelar exerce, em relação ao direito substancial, uma tutela mediata: antes de fazer justiça, contribui para garantir o eficaz funcionamento da justiça. Se todos os provimentos jurisdicionais são um instrumento do direito substancial que se realiza através deles, nos provimentos cautelares se encontra, por assim dizer, uma instrumentalidade qualificada ou uma instrumentalidade elevada ao quadrado; os provimentos cautelares representam um meio para o melhor êxito dos provimentos definitivos, enquanto estes representam um meio para a atuação do direito material, o que equívale a dizer que as medidas cautelares representam, em relação à finalidade última da função jurisdicional, “instrumento do instrumento”.*¹⁰⁸

Realmente, da análise realizada por CALAMANDREI sobre as características dos provimentos cautelares, sobressai, como se verá, as seguintes peculiaridades:

¹⁰⁸ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, p. 22.

a) peculiaridade da provisoriedade, que nos provimentos cautelares será ontológica, diante da inaptidão destes para a estabilidade temporal ou definitividade;

b) peculiaridade da cognição sumária que produz tais provimentos, mediante análise superficial do direito subjetivo invocado, desde que o provimento cautelar, formalmente, tecnicamente, apresenta-se insuscetível de ultrapassar o nível da verossimilhança (*fumus boni iuris*) para atingir o grau de certeza jurídica ou mesmo de presunção jurídica em face das condições emergenciais e, que atua;

c) peculiaridade da situação de urgência, que não decorre simplesmente dos perigos marginais de dano ocasionados pela duração da tutela definitiva (*periculum in mora*), mas que decorre de situações concretas de perigo de dano jurídico (*periculum damnum irreparabile*), que não podem ser evitados pelos demais procedimentos predispostos pelo ordenamento, sejam eles ordinários ou sumários;

d) peculiaridade da instrumentalidade do provimento cautelar em relação ao direito material, que se traduz em uma *instrumentalidade hipotética*, desde que o provimento cautelar, ligado subsidiariamente e teleologicamente a um provimento principal, nasce na expectativa (que pode não se realizar) de que o provimento principal proteja definitivamente o *direito acautelado*;

e) peculiaridade do conteúdo do provimento cautelar, sujeito a variações em face de eventuais modificações das circunstâncias de fato e de direito que animam a emanção das medidas cautelares.

Com efeito, assinala CALAMANDREI que os provimentos cautelares se distinguem de quaisquer outros provimentos jurisdicionais pela característica da provisoriedade. Trata-se de uma provisoriedade especialíssima, que combina temporariedade (duração limitada no tempo) com interinidade ou transitividade, porque tais provimentos são fadados a desaparecer, pois devem durar até que sobrevenha um evento sucessivo já esperado, a saber, a providência jurisdicional definitiva, na expectativa do qual é emanado o provimento

cautelar.¹⁰⁹ Sob este aspecto, a função cautelar seria sempre referível a uma função jurisdicional definitiva - cognitiva ou executiva.

Anota ainda que a provisoriedade dos provimentos cautelares não se confunde com a provisoriedade dos chamados provimentos sumários¹¹⁰ do processo de conhecimento (provimentos de cognição sumária), tais como aqueles que encerram *declarações de certeza com predominante função executiva*, consoante a terminologia de CHIOVENDA¹¹¹ e que se resolvem nos provimentos injuncionais, monitórios ou nas condenações sob reserva.¹¹²

Através dos processos sumários que conduzem a tais providências se leva em conta situações típicas que favorecem a sumarização, como a particular aptidão dos meios probatórios, fatos específicos da relação material ou do processo ou a especial natureza da pretensão, enfim, as particulares razões de certeza que militam em favor do autor, valoradas previamente pelo legislador, para se permitir então ao juiz, em cognição sumária (tomada aqui no sentido de redução de oportunidades de aprofundamento da cognição com amplos debates sobre os fatos da lide - sentido vertical).

Estes provimentos sumários para definição de direitos subjetivos, fora da cognição exauriente, tendo em vista o modo de sua formação, podem ser considerados provisórios somente enquanto são menos estáveis do que aqueles produzidos em cognição exauriente, porque necessariamente são asseguradas as oportunidades ou chances de impugnação. Mas ressalvado esse aspecto, aspiram promover a resolução definitiva da lide.¹¹³

Assim como as sentenças de mérito, produzidas em cognição exauriente (após as oportunidades de amplo contraditório) nascem potencialmente definitivas, embora sujeitas a recursos, as sentenças ou provimentos produzidos

¹⁰⁹ CALAMANDREI, Piero. *Op. Cit.*, p. 9-12.

¹¹⁰ Sobre cognição sumária ver *infra*, item 1 da Parte II.

¹¹¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, vol. 1, p. 234-238.

¹¹² Sobre procedimentos injuncionais, monitórios e condenação sob reserva, vide *infra*, item 1 da Parte II.

¹¹³ Exemplo dessa espécie de provimento é a ação monitória prevista no art. 1102 do Código de Processo Civil.

em cognição sumária (provimentos sumários – não cautelares) nascem potencialmente definitivos, com menos estabilidade, porém, porque a lei deve idealizar oportunidades adicionais de impugnação em contraditório por iniciativa do demandante ou do demandado, mas assim como aquelas, tendem a consolidar a virtude intrínseca da estabilidade. *Nascem, pois, na expectativa de que não sobrevindo a impugnação, nova ação ou recurso ou sendo estes repelidos, subsista o provimento sumário.* Enfim, os provimentos sumários (não cautelares), enquanto nascidos de cognição sumária, podem ser menos estáveis do que os provimentos produzidos em cognição ordinária, mas aspiram ser igualmente definitivos quanto à finalidade, pois aspiram converter-se eles mesmos em definitivos, são potencialmente definitivos,¹¹⁴ embora insuscetíveis de receber a eficácia da coisa julgada material. Se não forem desconstituídos em ações impugnativas, ocorrerá a preclusão consumativa ou *pro judicato*.

Já os provimentos cautelares, nessa concepção, são sempre provisórios quanto ao fim, pois neles, a cognição se realiza para superar um problema, uma carência, uma questão do processo definitivo e, por isso, são sempre intermediários, ainda que situados em procedimentos apartados, desde que a sobrevivência e eficácia dos mesmos estria inelutavelmente ligada à superveniência de um provimento definitivo¹¹⁵ que os substitua.

Quanto ao interesse processual específico que justifica a produção de qualquer medida cautelar (interesse em mover a ação cautelar ou requerer medidas cautelares), esclarece CALAMANDREI que não é apenas o intuito de prevenção ou uma particular situação de urgência, vale dizer, não é apenas o perigo de dano jurídico ou de agravamento do dano a um interesse da parte, mas é o *periculum damnun* associado ao *periculum in mora*, ou seja, é a falta de previsão ou de aptidão dos procedimentos da tutela cognitiva ou executiva para enfrentar a situação de perigo de dano jurídico. *É a impossibilidade prática de acelerar a emanção da providência definitiva, é a mora da providência*

¹¹⁴ Ver *infra*, item 1 da Parte II.

¹¹⁵ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, p. 12-14.

*definitiva*¹¹⁶ (ação cautelar).

Sob esta perspectiva a tutela cautelar não se confunde com os gêneros tutela preventiva¹¹⁷ ou tutela de urgência,¹¹⁸ posto que os procedimentos cognitivos (certeza) ou definitivos podem ser estruturados ou estar predispostos a prevenir direitos ou mesmo a repará-los em determinadas situações. Mas a tutela cautelar transparece como uma modalidade ou uma espécie da tutela preventiva e de urgência, caracterizada pela natureza acessória, quando não subsidiária, supletiva, residual em relação às demais funções processuais.¹¹⁹

As medidas cautelares, sendo essencialmente provisórias e intermediárias, não constituem um fim em si mesmas. São consideradas subsidiárias, estando sempre preordenadas a preparar o terreno e a criar os meios para assegurar o êxito das providências definitivas ou, segundo a terminologia preferida por CALAMANDREI,¹²⁰ *o êxito das providências principais* (cujo adjetivo melhor qualificaria a relação de subsidiariedade ou acessoriedade das medidas cautelares). Esta finalidade subsidiária traduz-se em relação de instrumentalidade para com os provimentos definitivos cognitivos ou executivos

¹¹⁶ CALAMANDREI, Piero. *Op. Cit.*, p. 17-20.

¹¹⁷ São hipóteses de tutela preventiva, mas não cautelares, a condenação para o futuro e as ações declaratórias (CALAMANDREI, Piero. *Op. Cit.*, p. 16), podendo-se acrescentar o exemplo, bastante ilustrativo, no ordenamento brasileiro, do mandado de segurança preventivo.

¹¹⁸ CALAMANDREI, Piero. *Op. Cit.*, p. 17.

¹¹⁹ “*I provvedimenti cautelari rappresentano una conciliazione tra le due esigenze, spesso contrastanti, della giustizia, quella della celerità e quella della ponderatezza: tra il far presto ma male, e il far bene ma tardi, i provvedimenti cautelari mirano innanzitutto a far presto, lasciando che il problema del bene e del male, cioè della giustizia intrinseca del provvedimento, sia risolto successivamente colla necessaria ponderatezza nelle riposate forme del processo ordinario. Essi permettono in tal modo al processo ordinario di funzionare con calma, in quanto preventivamente assicurano i mezzi atti a far sì che il provvedimento definitivo possa avere, quando sarà emanato, la stessa efficacia e lo stesso rendimento pratico che esso avrebbe se fosse emanato immediatamente.*”(CALAMANDREI, Piero. *Op. Cit.*, p. 20). Na verdade, CALAMANDREI já lança os fundamentos supraconstitucionais da tutela cautelar – temperar princípios da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição.

¹²⁰ CALAMANDREI, Piero. *Op. Cit.*, p. 25.

a que servem, desde que, não sobrevindo os esperados provimentos definitivos, nem assim se convertem em providências definitivas ou principais, estando sempre fadadas a desaparecer ainda que por falta de objeto. Ressalvando o grupo das medidas cautelares que se prestam à produção antecipada de prova e que são deferidas sem especial atenção ao conteúdo da sentença do processo definitivo a que servem, anotou que as demais medidas cautelares guardam uma relação de *instrumentalidade hipotética*¹²¹ em relação direito acautelado, vale dizer, em relação ao conteúdo do provimento principal, na expectativa de que este conteúdo seja igualmente favorável àquele que requereu a medida cautelar.

Se porventura o provimento principal é desfavorável ou não guarda sintonia com o conteúdo do provimento cautelar antecedente, nem por isso se descaracteriza a função cautelar, cujo compromisso é com a aparência do direito, com a *instrumentalidade apenas hipotética* ou *teleológica*,¹²² sendo que é precisamente em face do estado de incerteza do direito acautelado que esse tipo de tutela atua para atingir os escopos da jurisdição.¹²³

Como se vê, suspeita CALAMANDREI que a tutela cautelar está vocacionada à tutela autônoma do *fumus*, que envolve normalmente interesses materiais relevantes das partes, mas ainda assim, sempre arremata com o nexo supostamente insuperável de instrumentalidade direta para com um processo definitivo,

As medidas cautelares, para CALAMANDREI, caracterizam-se, ainda, ao contrário dos provimentos sumários, por uma instabilidade do conteúdo e dos efeitos, sempre sujeitos a variações (*variabilità*)¹²⁴ enquanto se aguarda o provimento definitivo, em face do surgimento de novas circunstâncias que podem provocar modificações nas condições de fato sobre as quais foram

¹²¹ CALAMANDREI, Piero. *Op. Cit.*, p. 62.

¹²² Sobre instrumentalidade teleológica, ver GALENO LACERDA (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo I, p. 14-27).

¹²³ CALAMANDREI, Piero. *Op. Cit.*, p. 71-74.

¹²⁴ CALAMANDREI, Piero. *Op. Cit.*, p. 78-86.

originariamente decretadas. As medidas cautelares podem pois ser revogadas, modificadas ou substituídas, enquanto se deve considerar que são concedidas com cláusula *rebus sic stantibus*, pois dão vida a uma relação jurídica continuativa, projetada à vista de um evento futuro (o provimento definitivo), *estando naturalmente fadadas a se modificar com o variar das circunstâncias*. Enquanto permanece o mesmo estado de fato (ou de direito), conservam sua estabilidade (ressalvada obviamente a possibilidade de reexame das condições em face de oportunas impugnações ou recursos).

12. Consolidação das doutrinas de CARNELUTTI e de CALAMANDREI

A autoridade de CARNELUTTI e de CALAMANDREI favoreceu a consolidação de suas concepções, permitindo o enquadramento jurisdicional da função cautelar, sob o argumento de que *esta função exerce uma atuação, ainda que mediata ou reflexa sobre o direito subjetivo ou o direito material que aspira atuação definitiva no processo principal*. Esta doutrina foi aceita pela grande maioria dos processualistas sem maiores questionamentos.¹²⁵ Afinal, se os estudos sistemáticos apontavam que o processo de conhecimento era prestigiado e o processo de execução desprezado, pode-se afirmar que o processo cautelar era até então praticamente ignorado, o que justifica a relativa passividade com que os processualistas acataram as engenhosas construções dos mestres italianos.

A diversidade de escopo da função cautelar (tutela imediata do processo principal e tutela coadjuvante, mediata, quanto à atuação do direito material) é que forjou a autonomia funcional e residual da tutela cautelar, fundada, curiosamente, nas características da acessoriedade ou dependência da função em relação aos processos de conhecimento e de execução, pois sem esta relação *ad*

¹²⁵ Ressalvando LANCELOTTI (*Osservazione critiche intorno all'autonomia processuale della tutela cautelare*), que já apontava o vício da relatividade do fim. Sobre o assunto, vide *infra*, item 29 da Parte I.

coadjuvandum de complementaridade, restaria sem explicação a jurisdicionalidade. Porque se tratava de uma tutela assim peculiar, distinta, inconfundível com as tutelas cognitiva e executiva, também pela característica essencialmente provisória dos seus provimentos que se comprazem com um juízo de verosimilhança (*fumus boni iuris*), diante de uma situação de urgência reportada ao *periculum in mora* (ou *periculum damnun*), foi situada como *tertium genus* de processo.

Ainda assim, era considerada uma função menor, sendo ilustrativas as observações de LIEBMAN de que a *jurisdição cumpre o inteiro ciclo de suas funções mediante a cognição e a execução, às quais se agrega uma terceira função, com uma finalidade auxiliar e subsidiária, que é a função cautelar, destinada a assegurar o eficaz desenvolvimento e o profícuo resultado das outras duas, concorrendo assim, mediatamente, para a obtenção dos escopos gerais da jurisdição.*¹²⁶ E prossegue LIEBMAN anotando que *a ação cautelar está sempre ligada por uma relação de complementaridade a uma ação principal já proposta ou da qual se anuncia a próxima proposição, sem prejuízo da autonomia da ação cautelar, tanto que esta pode ser acolhida ou rejeitada consoante se apresente fundada ou infundada a pretensão quanto à razões da provável existência do direito que anima (ou deve animar) a tutela no processo principal (fumus boni iuris) e quanto ao fundado temor de que enquanto se aguarda o resultado da tutela principal possam ocorrer circunstâncias que tornem mais difícil senão impossível a tutela do direito (periculum in mora).*

13. LIEBMAN e a autonomia estrutural do processo cautelar

Quando se firmou a autonomia do processo cautelar, CARNELUTTI e CALAMANDREI advertiam que se tratava de uma autonomia baseada apenas no critério funcional, tendo em vista a diversidade de escopos da tutela cautelar,

¹²⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, p. 193.

posto que, quanto ao aspecto da estrutura exterior, o processo cautelar, ainda que não tivesse compromisso direto com a certificação ou realização prática de um direito, desenvolvia-se através de técnicas procedimentais peculiares aos processos de cognição (*notio*) ou de execução (*imperium*), o que permitiria distinguir um processo cautelar cognitivo de um processo cautelar executivo, visando a produção e execução de medidas cautelares.

Afinal, apesar de não estar comprometida a função cautelar com a certificação do direito, a produção de medidas cautelares exigia do juiz a formulação de juízo e decisão, isto é, atividades lógicas e intelectivas peculiares à cognição para aferir a verossimilhança do direito (*fumus*), a verossimilhança do perigo de dano (*damnum*) e do *periculum in mora*. Por outro lado, a eficácia das medidas cautelares urgentes reclamava freqüentemente a prática de atos materiais, constrictivos, à semelhança do que ocorria com os procedimentos do processo executivo. Daí a distinção que se fazia entre processo cautelar cognitivo e processo cautelar executivo. Sob este prisma, o procedimento tendente à concessão do seqüestro conservativo seria de cognição, enquanto o procedimento tendente a tornar efetivo o seqüestro decretado seria de execução.¹²⁷

No processo cautelar cognitivo se compreenderiam as mesmas fases do processo de conhecimento, como anotava CARNELUTTI, que visualizava nos procedimentos cautelares as fases postulatória, instrutória, decisória e recursal.¹²⁸ A *summaria cognitio*, que caracterizaria a função cautelar, corresponderia ao juízo investigatório do *fumus*, em contraste ao juízo que deveria ocorrer externamente, no processo principal, sobre a subsistência ou não do direito afirmado (acautelado). Internamente, porém, ou seja, na intimidade da função cautelar, CALAMANDREI distinguia entre medidas cautelares concedidas em cognição sumária, das medidas cautelares concedidas em

¹²⁷ CALAMANDREI, Piero. *Op. Cit.*, p. 9.

¹²⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Trattato del processo civile – diritto e processo*, p. 365.

cognição ordinária,¹²⁹ pois aquelas eram produzidas através de liminares em processo cautelar ou outro processo em que se inserissem, enquanto estas eram produzidas ou convalidadas em regime de contraditório, à semelhança do esquema idealizado por CARNELUTTI.¹³⁰

Admitia-se ainda que a função cautelar ao invés de se inserir em um inteiro processo ou organismo processual (relação processual de natureza estritamente cautelar), poderia se incoar incidentemente no processo principal, cognitivo ou executivo, manifestando-se através de um ato ou de uma fase cautelar.¹³¹ As liminares antecipatórias provisórias e interinais aos processos de conhecimento de natureza possessória eram consideradas cautelares, porque não estavam vocacionadas a certificar o direito e tampouco a se converterem em provimentos definitivos, dependendo de *fumus e periculum damnum*.¹³²

Coube desta feita a LIEBMAN evidenciar a autonomia estrutural do processo cautelar, em artigo intitulado *Unità del procedimento cautelare*.¹³³ Reconhecendo que a emanção de medidas cautelares pressupõe atividade de cognição para decidir se estão presentes os fundamentos autorizadores para a concessão e, ainda, atividade executiva para tornar efetiva as medidas concedidas, ainda assim objetou que estas atividades correspondem a fases procedimentais que se situam necessariamente em um único procedimento que deve se desenvolver sem solução de continuidade, *dianete da impossibilidade jurídica e prática de se fracionar o pedido de tutela cautelar*.

Enquanto é possível cindir o interesse processual de agir para mover uma

¹²⁹ CALAMANDREI, Piero. *Op. Cit.*, p. 5.

¹³⁰ Sobre cognição cautelar, ver *infra*, item 1 da Parte II.

¹³¹ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*, p. 134-135.

¹³² Atualmente, as liminares possessórias e outras que decorrem de pressupostos objetivos, valorados pelo legislador, não dependendo de avaliação discricionária do juiz quanto ao *fumus e periculum damnum*, são consideradas medidas do processo de cognição, mas sob a variante da cognição sumária, ainda que interinal, aguardando de modo estável um provimento definitivo. Sobre o assunto, ver *infra*, itens 1 a 5 da Parte II.

¹³³ LIBEMAN, Enrico Tullio. *Unità del procedimento cautelare*. In: *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Padova: Cedam, n. 9, 1954, p. 248.

ação condenatória e, uma vez obtida a sentença, dinamizar o interesse para mover a execução do título executivo judicial, isto não pode ocorrer no âmbito da tutela cautelar, dizia LIEBMAN. A sentença condenatória do processo de conhecimento representaria por si só uma utilidade, enquanto define direitos e constitui o título executivo. Já a pretensão de segurança que se exerce através da ação cautelar não se compraz normalmente com a decisão que declara a existência das condições para a concessão das medidas cautelares ou com a mera decretação da medida. Isto porque *a pretensão cautelar, para ser atendida, reclama pela efetividade da medida concedida, pela eliminação da situação de perigo iminente, o que nem sempre é obtido pelo efeito da mera decretação da medida, exigindo no mais das vezes atos materiais de execução, como apreensão de bens nos procedimentos de seqüestro e arresto.*

A unidade do procedimento cautelar corresponde assim *à indivisibilidade do interesse de agir e à unidade da ação.* Daí que o processo cautelar se situa como um *tertium genus* de processo ou de tutela, não apenas pela diversidade de escopo, mas também pela indivisibilidade intrínseca do seu procedimento. Um terceiro gênero de processo, tanto pelo aspecto funcional, como pelo aspecto estrutural.

14. Classificação das medidas cautelares e o poder geral de cautela

Tendo em vista a diversidade de conteúdo e de efeitos das medidas cautelares, sem prejuízo da peculiaridade do fim a que todas sempre estariam preordenadas (o fim de tutelar o processo principal, assegurando, ainda que hipoteticamente, a eficácia do provimento definitivo, cognitivo ou executivo) CALAMANDREI esboçou uma classificação das medidas cautelares. Na sua classificação levou em conta as medidas cautelares típicas, isto é, aquelas que estavam expressamente previstas como admissíveis no ordenamento processual italiano da época em que escreveu e publicou (1936) a clássica monografia

*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari.*¹³⁴ Classificou então as medidas cautelares em quatro grupos:

a) o primeiro grupo compreenderia as medidas cautelares de produção antecipada de prova, referíveis a um futuro, ainda que eventual, processo principal de cognição. Tais medidas poderiam consistir em vistorias, arbitramentos, inquirições *ad perpetuam memoriam* e até mesmo na exibição ou apreensão provisória de documentos ou coisa a fim de conservar ou assegurar a prova futura em um processo de conhecimento em que se pretenda diretamente prevenir ou reparar direitos. A natureza instrumental destas medidas instrutórias antecipadas, impulsionadas pelo risco de se perderem no tempo os meios para sua produção, antes que pudessem ser objeto da instrução no processo definitivo, seria evidente como dizia CALAMANDREI, dispensando maiores comentários. Afinal, a aquisição preventiva de um dado probatório, positivo ou negativo a ser utilizado como premissa lógica de um futuro provimento definitivo de cognição, estaria contribuindo praticamente para o desenvolvimento eficaz do processo de conhecimento que aspira a completa investigação dos fatos para fins de julgamento. Estas medidas de conservação ou assegurar preventiva de prova não constituiriam um fim em si mesmas, dado que o único escopo seria aquele de reservar para o futuro os elementos destinados à formação do provimento definitivo. Se por qualquer motivo não surgir o processo de conhecimento ou o conseqüente provimento definitivo, as medidas cautelares de produção antecipada de prova ficam sem objeto, inutilizadas, tal como se dá com todas as medidas cautelares, quando desaparece a situação de perigo de dano.¹³⁵

b) o segundo grupo compreenderia as medidas cautelares que visam prevenir a dispersão de bens ou de qualquer forma assegurar a garantia patrimonial para uma execução forçada frutífera.¹³⁶ São medidas referíveis

¹³⁴ CALAMANDREI, Piero. *Op. Cit.*, p. 31-46.

¹³⁵ CALAMANDREI, Piero. *Op. Cit.*, p. 31-34.

¹³⁶ CALAMANDREI, Piero. *Idem*, p.34-38.

portanto a um futuro processo de execução. Neste grupo se incluiriam as medidas de seqüestro e arresto destinadas a assegurar o sucesso da execução para entrega de coisa ou execução por quantia certa, diante de situações de perigo que possam frustrar a garantia patrimonial que o credor ou suposto credor tem em relação ao devedor ou suposto devedor.¹³⁷ Nesse grupo ainda poderiam ser incluídas as cauções judiciais, pessoais ou reais, impostas ao demandado, como sucedâneo de garantia patrimonial de um eventual direito de crédito do demandante ou do eventual ressarcimento ao demandante por danos que irão se constituir no objeto do processo principal.

c) o terceiro grupo de medidas cautelares abrangeria as providências antecipatórias, que importam em regulação provisória ou decisão antecipada do mérito (satisfação provisória e antecipada) sobre uma relação que oportunamente deverá ser objeto de decisão definitiva no processo, cuja antecipação se realiza para *afastar situação de perigo de dano irreparável* ao interesse da parte requerente, em face do *periculum in mora*, isto é, em face do tempo demandado para a emanção do provimento definitivo. Enquanto afasta a situação de perigo, ainda que satisfazendo praticamente a pretensão principal, contribuem hipoteticamente para a eficácia do processo principal. Neste grupo se incluiriam pois as medidas que concedem provisoriamente os alimentos, o decreto provisório (embargo) de interdição de obra nova, a guarda provisória de filhos, enfim todas as medidas que guardam aquela instrumentalidade hipotética com o conteúdo do provimento principal em cuja expectativa são emanadas,¹³⁸ independentemente do conteúdo ser inibitório ou restituitório, segundo a classificação peculiar de CARNELUTTI.¹³⁹ Incluir-se-ia ainda neste grupo (enquanto se considere possível a providência em determinado ordenamento) a chamada *clausola di provvisoria esecutorietà* ou *clausola de*

¹³⁷ Segundo CALAMANDREI, a execução provisória de sentença, nos casos previstos expressamente em lei, não é cautelar. (*Op. Cit.*, p. 42-44).

¹³⁸ CALAMANDREI, Piero. *Op. Cit.*, p.38-42.

¹³⁹ Vide *supra*, item 8 da Parte I.

*provvisoria esecuzione*¹⁴⁰ que pressupõe uma atuação *ope iudicis*, tanto que o juiz, fora das situações previstas em lei para execução imediata e provisória das sentenças sujeitas a recurso, emite um provimento (decisão cautelar) conferindo eficácia imediata à sentença do processo definitivo (seja declaratória, constitutiva ou condenatória a sentença) para garantir a antecipada satisfação da pretensão do demandante, embora sujeita a sentença a recurso que, em princípio, teria efeito suspensivo. Para tanto, o juiz levará em conta as particulares situações de *periculum (periculum damnum e periculum in mora)* que militam em favor do demandante.¹⁴¹ Embora seja definitiva a sentença executada provisoriamente, seria entretanto cautelar a provisional, isto é, a decisão que lhe concede antecipada exeqüibilidade, porque esta provisional, à diferença dos provimentos declaratórios com preponderante função executiva, jamais pode aspirar converter-se em provimento definitivo (em causa suficiente da definitividade da execução), diante das seguintes considerações: se o recurso não é interposto ou, se embora interposto, é rejeitado, a executoriedade passa a decorrer imediatamente da sentença definitiva transitada em julgado ou do julgamento confirmatório; se o recurso é acolhido cessa a eficácia da cláusula e dos atos que lhe sucederam.¹⁴²

¹⁴⁰ CALAMANDREI, Piero. *Op. Cit.*, p. 42-46.

¹⁴¹ Para haver coerência nesta inclusão ter-se-ia que admitir que a *clausola provvisoria* é essencialmente interinal, que não subsistiria se não houvesse um provisoriedade interinal.

¹⁴² CALAMANDREI, citando CHIOVENDA, revela a dificuldade em distinguir se a provisional nesse caso equívale à declaração de certeza com preponderante função executiva ou se é cautelar: “*Si deve rilevare che la clausola de provvisoria esecuzione, mentre appartiene ai provvedimenti cautelari o agli accertamenti com prevalente funzione executiva secondo il motivo per cui è concessa, non há nei due casi caratteri processuali bem distinguibili, in quanto (a differenza di quanto avviene per gli altri accertamenti com prevalente funzione executiva: cfr. testo n. 4) non aspira mai a trasformarsi in provvedimento definitivo del merito, in quanto, se l'appello manca ciò che passa in giudicato è l'accertamento del diritto, e non la clausola di provvisoria esecuzione; e se l'appello è rigettato, il titolo executivo è costituito dalla sentenza d'appello che ha deciso il merito e non dalla sentenza di primo grado munita di provvisoria executorietà (...)* La clausola di provvisoria esecuzione si comporta dunque, in ogni caso, se si guarda alla natura della sua provvisorieta (texto n.n. 4-5), come se fosse sempre un provvedimento cautelare” (CALAMANDREI, Piero. *Op. Cit.*, p. 43, nota 2).

d) o quarto grupo, na classificação de CALAMANDREI, foi reservado às cauções judiciais que funcionam como contracautela, em face da especialidade do fim (e do destinatário) a que se dirigem.¹⁴³ Tratam-se de medidas impostas ao demandante e não ao demandado, como condição para assegurar a exeqüibilidade de um provimento cautelar ou mesmo a exeqüibilidade provisória de um provimento definitivo, ainda sujeito a confirmação, quando a execução provisória destes provimentos decorre também diretamente de uma provisional (atuação *ope iudicis*). Enquanto a exeqüibilidade imediata do provimento definitivo é deferida atendendo às situações de *periculum* em relação ao demandante, a contracautela é deferida atendendo às situações de *periculum* que devem militar simultaneamente em favor do demandado. Daí que a contracautela passaria a funcionar como garantia da eventual necessidade de reparação de danos ao demandado que teve suspensas ou reduzidas as possibilidades de fruição de um bem de vida,¹⁴⁴ tendo em vista eventual necessidade de reparação se o provimento executado for revogado, cassado ou, enfim, perder a sua eficácia. A instrumentalidade da contracautela em relação ao provimento principal se operaria em dois sentidos, visando garantir sua eficácia tanto na hipótese de procedência, como de improcedência: no primeiro caso, permitindo a antecipação acautelada e, no segundo caso, favorecendo a reparação dos danos da antecipação cassada.¹⁴⁵

Deixou CALAMANDREI de considerar se era exaustiva a classificação, em face da possibilidade de ser ampliado o rol de medidas cautelares mediante a atuação do poder geral de cautela e a produção de medidas cautelares inominadas, porque na época em que desenvolveu a classificação o ordenamento

¹⁴³ CALAMANDREI, Piero. *Op. Cit.*, p. 44-46.

¹⁴⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, vol. 1, p. 274.

¹⁴⁵ A contracautela, consoante se sustentou em *A lide cautelar no processo civil*, parece que não assume uma individualidade própria como providência cautelar, situando-se, isto sim, como uma medida integrativa da medida considerada adequada ao caso concreto, cuja adequação ao *fumus* e ao *periculum* pressupõe uma integração indissociável da contracautela. (CUNHA, Alcides Munhoz., *A lide cautelar no processo civil*, p. 157).

processual italiano, de 1865, não previa um poder cautelar geral e o entendimento de CALAMANDREI era o de que a função cautelar, conquanto acessória, subsidiária ou mesmo residual, somente poderia atuar mediante expressa previsão legal, porque assumia também um caráter de excepcionalidade em relação à tutela jurisdicional ordinária, cognitiva e executiva, devendo por isso ser aplicada restritivamente,¹⁴⁶ somente nos casos previstos em lei.¹⁴⁷

Semelhante posição contrariava frontalmente a orientação já fixada bem antes por CHIOVENDA, que sustentava a existência, independentemente de expressa previsão no ordenamento jurídico, do poder geral de cautela.¹⁴⁸ Dizia que o *poder jurídico de obter uma dessas medidas está assente nas necessidades gerais da tutela do direito objetivo e que se manifestam, na tutela cautelar, diante das condições atinentes ao temor de dano jurídico a um possível direito.*¹⁴⁹ Afinal, para CHIOVENDA, a natureza pública da jurisdição obriga o Estado, que proibiu a autotutela, a assegurar a mais ampla e efetiva tutela de direitos, o que não se compraz com limitações à tutela jurisdicional, ressalvada a possibilidade de limitações circunstanciais quanto ao modo de atuar o direito (didatas por razões de política processual), mas jamais pode o Estado obstar a tutela de direitos, vindo daí a enunciação de princípios basilares, que

¹⁴⁶ CALAMANDREI, Piero. *Op. Cit.*, p. 47-51.

¹⁴⁷ A restrição de CALAMANDREI à utilização de medidas cautelares não previstas expressamente em lei se justificaria ainda em homenagem à autonomia da vontade, com anotou PISANI, Andrea Proto (*Chiovenda e La tutela cautelare*, p. 27).

¹⁴⁸ Consoante referiu PISANI, em 1906 CHIOVENDA enunciava pela primeira vez o conceito de ação meramente cautelar, e em 1912, na terceira edição de *Principia*, já sustentava a existência do poder geral de cautela, e a possibilidade de medidas cautelares inominadas, só admitidas expressamente no ordenamento processual italiano, entretanto, em 1942. (PISANI, Andrea Proto. *Chiovenda e la tutela cautelare*, p. 17-21).

¹⁴⁹ Sustenta a existência da “figura geral da provisão provisória preventiva; ao juiz o arbítrio de estabelecer-lhes a oportunidade e a natureza. O fim é sempre o de evitar que a atuação de uma possível vontade de lei se veja impedida ou dificultada, no tempo próprio, por um fato ocorrido antes de sua certificação, quer dizer, por uma mudança no estado de coisas atual; ou o de prover *ainda durante* um processo, em caso de uma *possível* vontade de lei cuja atuação não permita retardamento.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. Cit.*, p. 281).

orientam sistematicamente toda a obra *chiovendiana*,¹⁵⁰ tais como os *princípios da atipicidade das ações e da máxima instrumentalidade do processo*. Pelo princípio da atipicidade das ações (tipos de tutela), fixa-se a premissa de que *todo modo de atuação da lei (e qualquer meio executivo) que seja praticamente possível e não seja contrário a uma norma geral de direito, deve considerar-se admissível*. Pelo princípio da máxima instrumentalidade, por sua vez, diz-se que *o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir*.¹⁵¹

Atualmente, quando os ordenamentos modernos consagram vivamente a existência de um poder geral de cautela tendente à produção de medidas atípicas ou inominadas, a classificação esboçada por CALAMANDREI, tomando por critério a diversidade possível de conteúdo e de efeito das cautelares, conserva a utilidade didática ou pragmática que animou a classificação. Ressalvadas as críticas que possam estar sendo endereçadas, cada vez com maior vigor, à concepção de CALAMANDREI sobre o enquadramento da função cautelar e também sobre a confusão em que teria incidido na caracterização e conseqüente classificação das medidas cautelares (por não se deter na distinção de pedidos antecipatórios que corresponderiam a tutela sumária do direito subjetivo), o fato é que a previsão de um poder cautelar geral não desqualifica por si só a classificação, pois as medidas inominadas correspondem às providências que decorrem da atipicidade de situações cautelandas, cujos conteúdos e efeitos, não se distinguem *in genere* dos conteúdos e dos efeitos daquelas medidas que foram objeto da classificação.

15. Influxos da dogmática nos ordenamentos processuais

Com o surgimento e o progressivo avanço da ciência processual civil, desencadeou-se na Europa continental a partir do final do século XIX o

¹⁵⁰ PISANI, Andrea Proto. *Chiovenda e la tutela cautelare*, p. 23-27.

¹⁵¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, vol. 1, p. 46-48.

movimento generalizado de reforma das codificações em matéria processual, que se irradiou para outros tantos países, inclusive o Brasil.

O código de processo civil da Alemanha, de 1879, e o da Áustria, de 1898, foram os precursores dessa onda reformista, que não podendo mais compactuar com a noção de processo como instrumento de luta privada entre os litigantes, privilegiou a *natureza pública da jurisdição*. Por isso, limitou-se o poder de disposição que as partes detinham sobre a marcha processual e conferiu-se poderes ao juiz para dirigir e impulsionar o processo, inclusive para fixar o *thema probandum* e determinar de ofício a produção de provas.¹⁵² *O influxo positivista reduziu, senão eliminou, o juízo de equidade, privilegiando o método da legalidade, ou seja, da aplicação da lei,*¹⁵³ *forjando um mundo jurídico desvinculado e independente do mundo social.*¹⁵⁴

Quanto às preocupações de celeridade dos procedimentos, ressalvadas as peculiaridades da reforma que se operou nos ordenamentos germânico e

¹⁵² “Il processo cessa di essere un affare privato delle parti; una volta proposta la domanda giudiziale la legge attribuisce al giudice ampi poteri per consentirgli sia di collaborare con le parti nella determinazione del ‘thema decidendum e del thema probandum’, sia di acquisire anche di ufficio mezzi di prova al processo. Questi ampi poteri direttivi attribuiti al giudice (particolarmente dal codice di procedura civile austriaco) costituiscono in gran parte il ripudio di quella concezione (propria del processo ipotizzato dal codice de procedura civile napoleonico) secondo cui dal libero confronto o scontro delle parti il giudice sarebbe posto nella migliore condizione per emanare una decisione giusta: dei maggiori poteri attribuiti al giudice, infatti, è naturalmente ed istituzionalmente destinata a giovare la parte (economicamente e socialmente) più debole; con terminologia moderna si può dire che l’aumento dei poteri del giudice costituisce lo strumento tecnico attraverso cui queste riforme (ed in particolari quella austriaca) miravano ad eliminare quegli ostacoli di fatto che impedivano una egualianza sostanziale delle parti litiganti. Anziché puntare (solo) su forme di assistenza giudiziaria ai non abbienti, queste riforme cercano di evitare i guasti che la diseguaglianza delle parti può determinare in ordine alla giustizia della decisione, aumentando i poteri del giudice. – Scopo del processo non è più pertanto la mera pace giuridica o la composizione della lite, ma la attuazione della giustizia in quanto il giudice è posto sempre in grado di acquisire gli elementi necessari per una decisione quanto più possibile vicina alla giustizia ed alla verità.” (PISANI, Andrea Proto. *Appunti sulla giustizia civile*, p. 26-27).

¹⁵³ CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*, vol. I, p. 96.

¹⁵⁴ SILVA, Ovidio Baptista da. *Do Processo cautelar*, p. 6.

austriaco já referidos, ainda no final século XIX, os quais contemplaram procedimentos sumários típicos para tutela de interesses em situações reputadas relevantes para a aceleração da resposta jurisdicional, a tendência, seguindo a influente doutrina italiana, foi a de identificar celeridade com o princípio formal da oralidade e seus corolários, como os princípios da identidade física do juiz, da concentração da causa em audiência, da imediatidade na colheita das provas.¹⁵⁵

Como era de se esperar e tal como referiu PROTO PISANI, as atenções dos processualistas, desde o final do século XIX até a primeira metade do século XX, concentraram-se de modo prevalente, quase exclusivo, sobre o processo de conhecimento ordinário, dedicando-se apenas marginalmente ao processo de execução forçada, como se a técnica do processo ordinário de cognição pudesse ser idônea ou adequada para a tutela de qualquer direito.¹⁵⁶

A função cautelar, desprezada no contexto da ordinariedade da cognição, ressalvada a expressa previsão de um poder geral de cautela, não ganhou destaque estrutural nas codificações desse tempo, tendo sido incluída no rol dos procedimentos especiais ou acessórios, reservados geralmente para conferir tutela urgente a interesses privilegiados do poder público,¹⁵⁷ quando não, a

¹⁵⁵ *“Oralità, concentrazione, immediatezza sono certo affermazioni programmatiche suscetibili di essere tradote in pratica attraverso una pluralità di modi differenti, ma sono anche e soprattutto termini riassuntivi di precise esigenze tecniche la cui realizzazione dell'altra e viceversa. Ora perché un processo possa dirsi effettivamente ispirato della oralità – cioè alla concentrazione ed alla immediatezza – è indispensabile una disciplina che garantisca: a) una rapida determinazione del ‘thema decidendum’ e del ‘thema probandum’: il che si realizza sai attraverso un aumento dei poteri direttivi del giudice sia attraverso un sistema più o meno elastico di preclusioni imposte alle parti; b) che il giudice sia, dall’inizio della causa sino alla decisione, costituito dalle stesse persone fisiche: non há senso, infatti, parlare di immediatezza nei rapporti tra giudice, parti e attività processuali, se il giudice che deve decidere la causa è costituito (in tutto o in parte) da persone fisiche diverse da quelle innanzi alle qualli si sono svolte le attività processuali ed in particolare l’attività probatoria.”* (PISANI, Andrea Proto. *Op. Cit.*, p. 30-31).

¹⁵⁶ PISANI, Andrea Proto. *Op. Cit.*, p. 25.

¹⁵⁷ PISANI, Andrea Proto. *Op. Cit.*, p. 33.

interesses vinculados ao poder econômico.¹⁵⁸

O Código de Processo Civil brasileiro, de 1939, seguiu esta tendência. Certamente não será novidade afirmar que os primeiros influxos da dogmática processual nas codificações não produziu diferença substancial no plano operacional dos processos. O princípio da oralidade e seus corolários assumiram uma feição notadamente descritiva quanto ao ideal de celeridade, perdendo relevância no plano da efetividade.

16. Consagração da dogmática tradicional na sistematização do Código de Processo Civil de 1973

Pode-se dizer que o Código de Processo Civil brasileiro editado em 1973 é o maior ou o mais expressivo monumento legislativo da fase científica do processo. Nascido quando já estava suficientemente maduro, senão exaurido o pensamento dogmático tradicional, o Código de Processo Civil 1973 cristalizou todas as premissas metodológicas que notabilizaram esta fase de consolidação da ciência do direito processual civil.

ALFREDO BUZAID, discípulo dileto de LIEBMAN com quem conviveu em São Paulo, durante a sua profícua permanência no Brasil (enquanto o fascismo mantinha o grande mestre italiano distante de sua pátria) era Ministro da Justiça no governo Emilio Médici, quando encontrou ambiente altamente propício para que fosse levado à discussão e à aprovação o anteprojeto do Código de Processo Civil que ele mesmo esboçou, seguindo as diretrizes funcionais e estruturais da exponencial doutrina italiana que remontava precisamente a CHIOVENDA, CARNELUTTI, CALAMANDREI e LIEBMAN, cujas propostas reformistas não encontraram sequer na Itália a mesma receptividade que se deu no Brasil nos anos setenta.

O novo Código de Processo Civil foi festejado nacional e

¹⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 14.

internacionalmente pelo alto grau de apuro técnico, pela preocupação quanto à precisão terminológica e, enfim, pela fidelidade ao pensamento dogmático tradicional já consolidado. O novo Código, como frisou DINAMARCO, representou um passo gigante, sim, no que diz respeito à técnica processual, à adoção de conceitos modernos, à correta estruturação dos institutos; não obstante isso, o *Código Buzaid* foi ainda o retrato do pensamento jurídico-processual tradicional.¹⁵⁹

Foi aplaudida entretanto a estrutura do novo Código. Enquanto o Código de Processo Civil de 1939, mais assistemático, subdividia-se em dez Livros (Disposições Gerais, do Processo em Geral, do Processo Ordinário, dos Processos Especiais, dos Processos Acessórios, dos Processos de Competência Originária dos Tribunais, dos Recursos, da Execução, do Juízo Arbitral, e, finalmente, Disposições Finais e Transitórias), o novo Código dividiu a matéria em cinco Livros (do Processo de Conhecimento, do Processo de Execução, do Processo Cautelar, dos Procedimentos Especiais, das Disposições Finais e Transitórias).

A Exposição de Motivos do novo Código já anunciava que a concepção estrutural do novo diploma processual atendia ao critério funcional, que permitia identificar e isolar três funções no âmbito da jurisdição: *A matéria dos três primeiros livros corresponde à função jurisdicional de conhecimento, de execução e cautelar. A dogmática do processo civil moderno sanciona esta classificação. O processo cautelar foi regulado no Livro III, porque é um tertium genus, que contém a um tempo as funções do processo de conhecimento e de execução. O seu fim específico é a prevenção.*

BARBOSA MOREIRA, discorrendo sobre a estrutura implantada pelo novo Código de Processo Civil de 1973 enfatizava: *a estrutura do novo Código nos três primeiros livros, reflete com bastante fidelidade um esquema doutrinário correntio na literatura contemporânea, que contempla precisamente essas três*

¹⁵⁹ DINAMARCO, Cândido R. *A Reforma do Código de Processo Civil*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 221-222.

modalidades essenciais da tutela jurisdicional ou da atividade jurisdicional: 'a atividade cognitiva', realizada no processo de conhecimento, com a finalidade de formular a regra jurídica concreta que deve disciplinar a situação levada à apreciação do órgão judicial; 'a tutela executiva', que se destina já agora, a atuar praticamente, a dar efetividade concreta a essa mesma norma jurídica, por meio da realização de atos materiais, que se refletem no mundo sensível; e finalmente 'a tutela cautelar', que é, por assim dizer, uma tutela de segundo grau, uma tutela mediata, cujo objetivo consiste em assegurar, na medida do possível, a efetividade prática das providências tomadas no processo de conhecimento ou no processo de execução, através de medidas provisórias, de natureza puramente instrumental."¹⁶⁰

O que se pode acrescentar a estas transcrições é que a absoluta fidelidade ao esquema da dogmática tradicional recomendava também que os procedimentos especiais fossem efetivamente tratados em separado, em um Livro próprio, residual, tal qual o Livro IV do CPC de 1973. Isto porque a preocupação do legislador fora a de confinar o exercício das diferentes funções processuais, cognitiva, executiva e cautelar em diferentes processos, vale dizer, em diferentes organismos processuais, dependentes de ações específicas para requerer tutela cognitiva, executiva e cautelar. Os procedimentos especiais, entretanto, decorrem de ações, por assim dizer, *mistas* quanto ao tipo de tutela processual reclamada, dinamizadas em situações tipificadas em lei, que ensejam o exercício combinado, no mesmo processo ou organismo processual, de funções e técnicas de cognição, de execução ou cautelares. Não poderiam assim esses procedimentos especiais, mistos, imiscuir-se naqueles tipos de processo disciplinados nos três primeiros Livros, que foram concebidos para o exercício puro da tutela cognitiva, exercício puro da tutela executiva ou exercício puro da tutela cautelar. Esta foi a tônica do sistema processual de 1973. Esta foi a ortodoxia do sistema, como é fácil depreender.

¹⁶⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A estrutura do novo Código de Processo Civil*. In: Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, n. 246, p. 35-36.

17. O processo de conhecimento do Livro I do CPC

O processo de conhecimento do Livro I do Código de Processo Civil de 1973, na sua versão original, ou seja, até as reformas que se operaram a partir de 1994, foi estruturado, como se disse, para o exercício puro da tutela de certificação do direito, em cognição plena e exauriente.

Trata-se de um tipo de processo idealizado para resolver suficientemente os conflitos tão só mediante a produção de sentenças definidoras de direitos, que aspiram naturalmente a estabilidade ou definitividade, desde que se parte do pressuposto ideológico de que tais sentenças contêm um juízo de certeza jurídica,¹⁶¹ baseado na perspectiva da plenitude do contraditório e das provas, para favorecer a cognição plena, em sentido horizontal (sem limitação prévia às razões de fato e de direito que podem informar uma pretensão e que poderiam ficar reservadas para conhecimento em outro processo) e exauriente, em sentido vertical (profundidade das alegações, em face da amplitude do contraditório).

A característica primordial foi a da chamada *ordinarização do Processo de Conhecimento*, caracterizada pelo expurgo do procedimento comum de qualquer possibilidade de inversão do contraditório para a inserção interinal de provimentos sumários, cautelares ou não, e, ainda, caracterizada pelo expurgo de qualquer atividade executiva, ainda que após o trânsito em julgado do provimento cognitivo ordinário. O processo ordinarizado de cognição se compraz com o *iuris dictio*, com o ato sentencial que enuncia o direito aplicável ao caso concreto.

¹⁶¹ “Imagina-se que os juízos de certeza exigidos do julgador pelo Processo de Conhecimento (ordinário) sejam a fórmula capaz de clarificar, através de um ato de pura *inteligência*, a *vontade* do legislador, confirmado o pressuposto de que o juiz é tão somente a *boca que pronuncia as palavras da lei*; ou como disse Chiovenda, o juiz *atua a vontade concreta da lei* (*Instituições*, cit., I, p. 42), nunca sua própria vontade.” (SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução*, p. 198).

Tanto foi assim que o artigo 269, I, do CPC de 1973 dispôs que *extingue-se o processo com julgamento de mérito quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor*. Nessa mesma linha surgiu o enunciado do artigo 463, segundo o qual *ao publicar a sentença de mérito o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional no processo de conhecimento*, que, ressalvada a possibilidade de recursos, não deveria comportar nenhum elemento executivo pós-sentencial.¹⁶² Por isso mesmo a ortodoxia do sistema da *ordinariedade* só podia se conciliar com a *classificação trinária das sentenças de procedência*, que são as sentenças meramente declaratórias, constitutivas ou condenatórias, cujos efeitos se confundem com o próprio conteúdo declarativo das sentenças que não reclamam, nem podem reclamar, pela prática de algum ato material ou executivo posterior para lhes dar efetividade na mesma relação processual em que são proferidas,¹⁶³ posto que até mesmo a sentença condenatória foi idealizada para constituir título executivo, mas não para autorizar a imediata execução no sistema da *ordinariedade*.

O processo do Livro I foi destinado a todas às pretensões para as quais não tenha sido reservado eventualmente algum procedimento especial. Nele a jurisprudência tem incluído até mesmo a pretensão reivindicatória (petitória), que consoante indica a própria qualificação é decorrente de direito real (direito absoluto). Com efeito, seguindo a tradição que já vinha se delineando desde o direito romano tardio, a *condemnatio* (sentença condenatória), que no período do direito romano clássico ficava adstrita às prestações de direito obrigacional, passou a absorver a *vindicatio* pela qual se tutelava a pretensão reivindicatória mediante interditos (à semelhança do que ocorre com as pretensões possessórias de força nova previstas no Livro IV do CPC), cujos interditos pressupunham atividade executiva para promover a restituição da

¹⁶² SILVA, Ovidio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. vol. 2, p. 21.

¹⁶³ SILVA, Ovidio Baptista da. *Idem*, vol. 1, p. 158

coisa no mesmo processo.¹⁶⁴ Esta absorção caracterizou o *fenômeno da personalização dos direitos reais no processo*, ou então, o *fenômeno da universalização da sentença condenatória* como referiu OVÍDIO BATISTA DA SILVA.¹⁶⁵

A ordinarização do Processo de Conhecimento do Livro I foi arquitetada sobre o denominado procedimento comum, que se subdivide em ordinário e procedimento sumário (antes denominado sumaríssimo), este último caracterizado apenas pela abreviação do *iter procedimental*¹⁶⁶ ou pela maior concentração das diferentes fases procedimentais e não pela sumariedade da cognição, vindo daí que o procedimento sumário do Livro I do CPC de 1973 designa uma sumariedade apenas formal, de rito, não a sumariedade material, que corresponde a técnicas de se reduzir o objeto da cognição¹⁶⁷ (quando não pela imposição de limitação ao pedido – cognição parcial em oposição à cognição plena -, pela técnica da redução das oportunidades de debates antecedentes ao provimento – cognição sumária, em oposição à cognição exauriente). O procedimento comum, seja o ordinário, seja o sumário, caracteriza-se pela ordinarização e contempla atos postulatórios, instrutórios, decisórios e, eventualmente, os atos próprios da fase recursal.

O Processo de Conhecimento, regido pelo procedimento comum, do Livro I do CPC é de 1973 é, pois, em suma, um processo declaratório ou de declaração

¹⁶⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 168-171.

¹⁶⁵ Discorrendo contra a universalização da sentença condenatória, anota OVÍDIO: “Mesmo que os juristas do direito material tentem aproximar os dois conceitos (direito real e obrigação), ao processualista não será lícito obscurecer a notória diferença entre o domínio e a obrigação. Como poderia o direito processual, - criado para servir de instrumento realizador do direito material – conceder contra o devedor, que serás executado para ‘pagar com o que lhe pertence’, uma sentença idêntica a que terá reservado ao titular do domínio, contra o usurpador, *já declarado pela sentença possuidor ilegítimo do bem sobre o qual incidirá a atividade executória?*” (SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução*, p. 55-56).

¹⁶⁶ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 86.

¹⁶⁷ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, vol. 1, p. 147.

de direitos, cuja sentença pode até constituir o título executivo (sentença condenatória), mas não se compadece com a execução na mesma relação processual. Esta ortodoxia da ordinarização foi mantida íntegra até o advento da lei 8.952/94 que introduziu a tutela antecipatória do artigo 273 e a mandamentalidade do artigo 461. Até então o Processo de Conhecimento do Livro I aspirava tão somente produzir uma sentença definidora de direitos com eficácia da coisa julgada, tanto que não havia lugar para as sentenças que, conquanto pudessem encerrar um juízo de certeza jurídica após amplo contraditório, fossem mandamentais ou executivas, porque estas reclamam pela prática de atos materiais na mesma relação processual, para obter indiretamente (mediante coação ou atos constritivos) ou diretamente a satisfação da pretensão julgada procedente. Daí que para manter a higidez (ordinariedade) do Processo de Conhecimento do Livro I, o legislador de 1973 remeteu para o Livro IV os procedimentos especiais ou excepcionais, que pudessem comportar atividade executivas ou de cognição sumária – cautelar ou não cautelar - na mesma relação.¹⁶⁸

¹⁶⁸ Discorrendo sobre o processo de conhecimento como processo de declaração, OVIDIO observa: “o Processo de conhecimento foi concebido e laboriosamente construído, através de um longo processo histórico, de modo a permitir que o direito moderno preservasse a estrutura do *ordo iudiciorum privatorum* da *actio* romana, fundamentalmente com a finalidade de transferir para os sistemas contemporâneos a concepção romana de separação entre *conhecimento* e *execução*, ligados pela sentença condenatória. Na verdade, a maior virtude teórica do chamado Processo de Conhecimento não está em ser ele exclusivamente declaratório, mas em não conter execução. Contudo, se isto é correto, então como explicar que nossos processualistas aceitem, com tanta naturalidade, a inclusão nele de ações executivas ou mandamentais? E qual a causa da exclusão das ações cautelares que, segundo nosso entendimento, são igualmente mandamentais (e sumárias, como a ação do mandado de segurança). A explicação é simples poderá ser facilmente compreendida, substituindo-se o vocábulo *conhecimento* por *declaração*, como o fez CELSO NEVES e assumindo-se expressamente o pressuposto de que o processo dito de conhecimento na verdade é declaratório, destinado a produzir coisa julgada. Teríamos deste modo explicitado a diversidade de tratamento entre uma ação de mandado de segurança e uma ação cautelar – ambas mandamentais – justificando o motivo pelo qual a primeira pode ter o privilégio de integrar o Processo de Conhecimento, embora seja uma ação sumária, em virtude da limitação probatória que lhe é inerente, enquanto a ação cautelar não merece este reconhecimento. A explicação evidentemente não decorre da circunstância de produzir o mandado de segurança,

18. O processo de execução do Livro II do CPC

O Processo de Execução do Livro II do Código de Processo Civil de 1973 foi estruturado para o exercício puro da função executiva, concebida como tutela tendente, exclusivamente, à realização prática de um direito já certificado ou presumido como certo, enquanto perdura o estado de lesão ou a situação de conflito.

O pressuposto básico é a existência de um título executivo, judicial (sentença condenatória) ou extrajudicial, que encerra a certeza ou a presunção de certeza e liquidez de uma prestação decorrente de obrigação de pagar soma em dinheiro, de entregar coisa (certa ou incerta) ou de obrigação de fazer ou não fazer, confirmando o princípio de que *nulla executio sine titulo*.

O Código de Processo Civil de 1939, no artigo 196, dizia que o processo nascido com a citação do réu para a cognição só iria terminar ao fim da execução, negando assim a autonomia do processo de execução de sentença, pois haveria apenas procedimento executivo sucessivo à sentença condenatória. O Código de Processo Civil de 1973, entretanto, foi bastante elogiado por haver promovido a unificação da execução,¹⁶⁹ submetendo ao mesmo regime de autonomia tanto a execução de títulos executivos judiciais como a execução de títulos executivos extrajudiciais.

O exame sistemático da ordem processual, disse DINAMARCO, mostra que tudo foi construído a partir da premissa da distinção e recíproca autonomia entre o processo de conhecimento e o de execução, cada um deles tendo sua vida

com sua eficácia máxima, uma ordem, um *efeito mandamental*, destinado a fazer cessar o ato ilegal da autoridade, e sim do fato de, com as ações próprias do Processo de Conhecimento, produzir (certeza jurídica) coisa julgada a ação de mandado de segurança e não produzi-la a ação cautelar.” (SILVA, Ovidio Baptista da. *Jurisdição e execução*, p. 183).

¹⁶⁹ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz. *Processo de Execução*. In: Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, n. 246, abr./jun. 1974, p. 52.

*própria e não representando meras fases de um processo só.*¹⁷⁰

Ao contrário do Processo de Conhecimento do Livro I, que foi idealizado para ser um processo de declaração de direitos, *um processo de sentença e que com a sentença se exaure*,¹⁷¹ pressupondo as partes (autor e réu) em posição de igualdade em regime de contraditório, o Processo de Execução do Livro II serve para preparar, não uma sentença, mas uma providência ou provimento final satisfativo do direito do exequente, que ocupa uma posição privilegiada em relação ao executado, desde que detentor do título executivo que lhe confere a presunção de credor. Daí a afirmação de OVÍDIO BATISTA DA SILVA de que *o processo de execução do Livro II se reduz à atividade de execução por créditos.*¹⁷²

Como anota DINAMARCO, pautando-se nas palavras de GIUSEPPE MARTINETTO, *a existência de um título executivo, indispensável para proceder à execução forçada cria uma legítima desigualdade entre credor e devedor, de modo que este último não pode contestar a demanda executiva do primeiro em via de exceção, como é permitido ao réu em processo de conhecimento: como é notório, deve valer-se do remédio dos embargos, que dá vida a um processo de conhecimento separado e distinto do processo de execução.*¹⁷³

Pode-se até mesmo afirmar que a ação executiva, que inaugura o Processo de Execução do Livro II, foi concebida como uma *ação processual concreta*,¹⁷⁴ que cabe a quem tem razão de acordo com o título executivo. Isto porque,

¹⁷⁰ DINAMARCO, Cândido R. *Execução Civil*, p. 131.

¹⁷¹ SILVA, Ovidio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, vol. 2, p. 29.

¹⁷² SILVA, Ovidio Baptista. *Idem*, p. 20.

¹⁷³ DINAMARCO, Cândido R. *Op. Cit.*, p. 172.

¹⁷⁴ A ação processual de execução revela-se na verdade como uma ação concreta e não como uma ação abstrata, a despeito da concepção tradicional insistir que toda ação processual tem por característica a abstração. Esse dado revela que realmente toda teoria do processo foi montada sobre o processo de conhecimento e que o processo de execução, mais desprezado, não mereceu sequer atenção especial quanto a esse aspecto. Pois se impede que nele se discuta se o exequente tem ou não razão porque já se presume a certeza do direito que executa, a ação é concreta. Abstrata será a ação impugnativa de embargos.

ressalvado o contraditório endoprocessual, limitadíssimo, a eventual desconstituição do título haverá de ocorrer em outro processo, cognitivo, incidental, que são os embargos. No âmbito do processo executivo propriamente dito o contraditório fica limitado praticamente às arguições tendentes ao exame de questões processuais, incluindo incidentes específicos da execução, como ampliação, redução ou exclusão de penhora, quiçá a decretação de nulidades evidentes com base no artigo 618 do CPC (exceções de pre-executividade), sempre diante da perspectiva de que *não é legítimo sacrificar o patrimônio do devedor mais do que o indispensável para satisfazer o direito do credor*,¹⁷⁵ tanto que o artigo 620 do Código baliza os direitos processuais do devedor: *quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso ao devedor*.

No Processo de Execução do Livro II não há lugar portanto para a atividade peculiar do processo de conhecimento que é a sentença de mérito, o ato sentencial de declaração de direito (certeza jurídica), de procedência ou improcedência da pretensão, posto que já se presume certo o direito. Ainda assim, não se pode negar que *há mérito no processo de execução*, desde que o Código de Processo Civil de 1973, buscando um rigor terminológico, identifica mérito com lide, isto é, com o objeto principal do processo. E o objeto principal do processo de execução se consubstancia no pedido do exeqüente de satisfação do seu crédito mediante a realização das atividades executivas peculiares à natureza da prestação reclamada.¹⁷⁶

¹⁷⁵ DINAMARCO, Cândido R. *Op. Cit.*, p. 166.

¹⁷⁶ O que se nota é que a concepção sobre o mérito da causa, tal como se deu com a concepção sobre as condições da ação, desenvolveu-se basicamente em torno do processo de conhecimento, onde há mérito que deve ser julgado, enquanto no processo de execução, o mérito busca resolução não através de julgamento da pretensão executiva, mas através de atos satisfeitos da pretensão executiva. O próprio LIEBMAN desconsiderou a existência de lide ou mérito no processo de execução. Embora tivesse reconhecido que no processo de conhecimento o pedido do autor propõe ao juiz uma lide, concluiu que no processo de execução não havia lide, na suposição de que a lide pertence ao processo de conhecimento. "Diferentes se apresentam as coisas na execução. Aqui o pedido está baseado no título executório que determina inquestionavelmente – para os efeitos da execução – a regra sancionadora que deve ser

A ressalva que cabe, entretanto, é a de que o mérito ou o pedido não encontra lugar para ser julgado procedente ou improcedente no processo de execução.¹⁷⁷ Tal julgamento somente pode ocorrer em processo de conhecimento. Daí que o único traço de cognição propriamente dita que se encontra no Livro II, que trata do Processo de Execução diz respeito à disciplina dos embargos do devedor, que consistem, como já foi referido, precisamente em uma ação de conhecimento incidental a um processo de execução - esta sim uma ação processual abstrata -, destinada precisamente a propiciar o julgamento do mérito do processo de execução, em maior ou menor amplitude, consoante se trate de embargos à execução fundada em título executivo extrajudicial ou embargos à execução fundada em título executivo judicial.

Com esta disciplina manteve o legislador de 1973 a decantada ortodoxia do sistema, quanto ao isolamento das funções processuais de conhecimento (declaração de direitos) e de execução (realização prática de direitos).

19. O processo cautelar no Livro III do CPC

efetivada: não cabe mais ao juiz julgar e, sim, simplesmente realizar as atividades decorrentes do conteúdo do título. O pedido do exequente visa provocar estas atividades. A tarefa do juiz consiste apenas em realizá-las. A execução tem sempre objetivo unívoco: satisfazer o direito do exequente; objetivo que poderá deixar de ser atingido unicamente na medida em que a execução resultar infrutífera. Desse modo, o objeto do processo de execução não é a lide, que já foi resolvida; é o pedido do exequente para a realização das atividades necessárias à efetivação da regra sancionadora formulada no título executório.” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, p. 59).

¹⁷⁷ Como deflui do ensinamento de DINAMARCO, as questões de mérito não se identificam com o próprio mérito, assim como as questões processuais pertinentes aos chamados pressupostos processuais e às condições da ação, não haverão de confundir-se com o próprio processo ou com a ação. Com estes reparos, torna-se possível detectar o mérito independentemente das questões que possam ser suscitadas em torno dele. Consequentemente pode-se admitir que no processo de execução existe também, e necessariamente, o mérito, delineado pelo pedido do autor, que traz para o processo a lide da pretensão insatisfeita. DINAMARCO não hesita em afirmar que no processo de execução existe efetivamente mérito, o qual, entretanto, “não será julgado; o fato de eventual julgamento ter outra sede (a dos embargos), não significa que mérito inexista naquele processo.” (DINAMARCO, Cândido R. *O conceito de mérito e processo civil*. In: *Revista de Processo*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 34, p. 36-37).

O esquema do processo cautelar delineado por CALAMANDREI, CARNELUTTI e LIEBMAN foi recepcionado com todo o vigor pelo Código de Processo Civil de 1973, no Livro III, onde se conferiu à função cautelar a dignidade de uma categoria de processo ao lado dos processos de conhecimento e de execução. *Processo e não procedimento* como acentuava CARNELUTTI para destacar a sua autonomia funcional, como categoria de tutela, em confronto com o processo principal e para distingui-lo dos procedimentos especiais enquanto estes se enquadram como variantes do processo de conhecimento¹⁷⁸ do tipo padrão.

Com a nova sistematização pretendeu-se efetivamente proclamar a autonomia do processo cautelar. De um lado a autonomia estrutural anunciada por LIEBMAN, em face da unidade da ação cautelar, tanto que o seu procedimento não pode ser cindido, em virtude da urgência, para veicular, em um primeiro momento, uma pretensão à concessão da cautela e, em um segundo momento, uma pretensão à execução da cautela concedida. De outro lado, a autonomia funcional, caracterizada pela especificidade do fim que se atribuiu à tutela cautelar - *o fim de tutelar o processo principal ou definitivo, ao qual o processo cautelar estaria inevitavelmente ligado por um nexo de dependência ou acessoriedade que lhe assegura a jurisdicionalidade pela atuação, ainda que mediata, sobre o direito material que anima a lide ou o objeto do processo principal*. Daí que o artigo 796 do CPC, como primeira disposição do Livro III, já enfatiza que *o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente*.

Curiosamente, autonomia e dependência são expressões antitéticas, mas ainda são os termos que fixam as balizas da autonomia que a dogmática tradicional reservou à função cautelar: uma autonomia de segunda classe, para uma função jurisdicional que embora tenha uma finalidade inconfundível com as

¹⁷⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Trattato del processo civile – diritto e processo*, p. 355, nota 2.

demais tutelas, transparece como tutela acessória, de segundo grau, que exerce (pelo menos supostamente) uma tutela mediata sobre o direito material.

No Código de Processo Civil de 1939, a função cautelar foi disciplinada sob o título medidas preventivas no Livro V, sob a rubrica dos processos acessórios, que punha em relevo o aspecto da dependência ou incidentalidade a outro processo, à semelhança do tratamento dispensado aos embargos de terceiro ou à declaração de falsidade de documento, igualmente tratadas naquele Livro V.

Com a nova sistematização *retirou-se as disposições sobre o processo cautelar daquela massa heterogênea em que elas se achavam perdidas*, a saber, entre os processos acessórios.¹⁷⁹ Seja como for, entendeu-se que a nova sistematização, já a partir da mudança de legenda ou denominação (de processo acessório para processo cautelar), refletia por si só uma opção de natureza científica, enquanto se deixava em segundo plano um critério meramente formal - de mera acessoriedade de um procedimento (o que não constituía característica exclusiva do procedimento cautelar), para prestigiar-se a peculiar finalidade da função, a *ratio* da sua autonomia.¹⁸⁰

Ressalvada, porém, a melhor técnica de sistematização do Código de 1973, fato que foi parcialmente contestado por OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA,¹⁸¹ não se pode negar que se o processo cautelar deve efetivamente ser reconhecido como autônomo, já possuía seguramente esta autonomia funcional na disciplina do CPC de 1939, embora tivesse permanecido ali, com tal atributo, esquecido e

¹⁷⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A estrutura do novo Código de Processo Civil*. In: Revista Forense, n. 246, p. 35.

¹⁸⁰ CUNHA, Alcides Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*, p. 46.

¹⁸¹ Depois de ressaltar que, em certo sentido, a tutela cautelar estava melhor disciplinada no Código de Processo Civil de 1939, OVÍDIO fulmina o tratamento que a mesma mereceu no Código de Processo Civil de 1973, afirmando que a “*comissão* feita pelo legislador, no Livro III do Código, gera mais problemas hermenêuticos do que resultados. O premeditado menosprezo por qualquer critério lógico de classificação por certo não pode provocar elogios, além de suscitar inconvenientes práticos de extrema gravidade”. (SILVA, Ovídio Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed., vol. XI, Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1985, p. 5-6).

até desprezado.¹⁸²

O diploma de 1939 já assegurava realmente à tutela cautelar uma realização similar à do diploma de 1973. Se aquele enfatizava a acessoriedade, este não a dispensou, pois pressupôs a dependência do processo cautelar ao principal. Um e outro previram a possibilidade de concessão liminar de medida cautelar sem audiência da parte contrária; um e outro incluíram no rol das medidas cautelares providências conservativas, como o arresto ou seqüestro, bem como providências antecipatórias, satisfativas de um interesse material como os alimentos provisionais; um e outro previram o poder geral de cautela que autoriza a concessão de medidas inominadas ou atípicas,¹⁸³ um e outro previram procedimentos sumários e unificados para imprimir eficácia à tutela cautelar.

O Código de Processo Civil de 1973 previu expressamente a possibilidade do juiz decretar medidas cautelares de ofício, isto é, sem audiência de qualquer das partes, em casos excepcionais ou expressamente autorizados em lei. Ora, se o processo cautelar, como afirma a dogmática tradicional, tem por fim proteger a própria jurisdição, ou seja, assegurar o desempenho profícuo da atividade jurisdicional definitiva em um processo principal, não se pode deixar de reconhecer que, também sob a égide do Código de Processo Civil de 1939 o juiz forçosamente tinha o poder de decretar medidas cautelares *ex-officio* no curso de um processo definitivo nas situações mencionadas, mesmo porque já se afirmava o caráter público da jurisdição e porque o juiz já era situado como a autoridade que presidia ou dirigia o processo.¹⁸⁴

GALENO LACERDA, sintetizando o pensamento da grande maioria dos processualistas brasileiros, não hesitou em afirmar que um dos aspectos que

¹⁸² BARROS, Hamilton de Moraes. *Breves observações sobre o processo cautelar e sua disciplina no Código de Processo Civil de 1973*. In: Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, n. 246, p. 201.

¹⁸³ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz. *Medidas Cautelares inominadas*. In: Revista Brasileira de Direito Processual, Rio de Janeiro: Forense, n. 57, 1988, p. 36-38.

¹⁸⁴ “O juiz dirigirá o processo por forma que assegure à causa andamento rápido, sem prejuízo da defesa dos interessados.” (Art. 112 do Código de Processo Civil de 1939).

singularizava o Código atual, com o vigente em outros países, de maior tradição jurídica, consistiu precisamente no destaque conferido ao processo cautelar, posto no mesmo plano dos processos de conhecimento e de execução. *Idêntico tratamento não se encontra em codificações apontadas como fonte de inspiração de nossos últimos Códigos de Processo Civil, como a alemã, austríaca, a portuguesa e a italiana.*¹⁸⁵

Ocorre que, passados vários anos da festejada codificação, e quase um século das clássicas concepções que a dogmática engessou, a autonomia do processo cautelar continua controvertida, porque ainda se controverte sobre os seus verdadeiros pressupostos, objeto e fim, como se verá.

20. Os procedimentos especiais do Livro IV do CPC de 1973

O critério funcional, ficando no isolamento das funções processuais, iluminou homogeneamente a sistematização dos Livros I, II e III do novo Código de Processo Civil de 1973. Esta homogeneidade de critério se vê quebrada, entretanto, no Livro IV, que não corresponde a uma quarta espécie de atividade jurisdicional porventura identificada pelo legislador. O critério que animou a sistematização do Livro IV foi meramente formal.¹⁸⁶

O Livro IV divide-se em duas partes. A primeira parte (Título I) é destinada aos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, vale dizer, aos procedimentos essencialmente jurisdicionais que fogem dos padrões estruturais dos três primeiros livros. Não se cuida mais de um tipo de processo ou de tipo de

¹⁸⁵ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo I, p. 2.

¹⁸⁶ “O critério aqui deixa de basear-se na natureza da tutela jurisdicional, na natureza da atividade realizada pelos órgãos judiciais, critério este que preside a distribuição da matéria nos três primeiros livros, para buscar apoio em características de natureza puramente formal. Os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa só se distinguem do processo do processo comum pela circunstância de se desviarem do rito padrão, do figurino básico traçado naquele procedimento. Substancialmente, porém, a natureza da atividade é a mesma” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A estrutura do novo código de processo civil*. In: Revista Forense, n. 246, p. 35).

função jurisdicional, mas de procedimentos, que fugindo da ortodoxia do isolamento das diversas atividades jurisdicionais, admitem excepcionalmente a *combinação de técnicas peculiares às diferentes funções jurisdicionais, declaratória, executiva ou cautelar, no mesmo organismo processual, na mesma relação processual, na mesma unidade procedimental.*

A outra parte (Título II) é destinada aos procedimentos especiais da chamada jurisdição voluntária, tendo o Código, no particular, utilizado a terminologia historicamente consagrada na nomenclatura jurídica como sendo referível a uma atividade anômala dos órgãos judiciários, tanto que não teria conteúdo jurisdicional e tampouco seria voluntária.¹⁸⁷

A inclusão dos procedimentos de jurisdição voluntária no Livro IV, o Livro da miscelânea, reflete a adesão do legislador de 1973 ao pensamento tradicional da processualística que se orientou no sentido de que a jurisdição voluntária seria correlativa a uma função substancialmente administrativa, conferida organicamente aos órgãos judiciários, para promover a tutela *inter-volentes*, ou seja, a tutela de interesses privados relevantes, ainda que convergentes (fora da situação de conflito de interesses – *inter-nolentes*), que foram entretanto subtraídos, pela lei, do poder de livre disposição dos interessados, os quais, a despeito da convergência de interesses dependem da fiscalização ou chancela judicial para a persecução de determinados efeitos jurídicos, tal como ocorre com os procedimentos tendentes à alienação de bens de incapaz ou com os procedimentos tendentes à separação consensual dos cônjuges.

Atualmente, a par das teses revisionistas que propendem a visualizar na jurisdição voluntária o exercício de verdadeira e própria jurisdição,¹⁸⁸ pode-se até mesmo sustentar que se trata efetivamente de uma atividade jurisdicional

¹⁸⁷ Como foi referido por FREDERICO MARQUES, citado por BARBOSA MOREIRA (*A estrutura do novo Código de Processo Civil*. In: Revista Forense, n. 246, p. 38).

¹⁸⁸ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 89-91.

de natureza constitutiva, ainda que diferenciada da chamada jurisdição contenciosa em face da diversa estrutura da relação material litigiosa (*publicização do conceito de lide*),¹⁸⁹ de modo a justificar a diversidade de

¹⁸⁹ “Se é certo que o conceito de lide, segundo a concepção originária de CARNELUTTI, podia se revelar insuficiente para explicar o fenômeno processual nas hipóteses em que inexistem um efetivo e espontâneo contraste de vontades, interesses ou pretensões entre sujeitos de certas relações jurídicas, as quais, ainda assim se constituem em objeto de um processo, será certo também que, por outro lado, se ocorrer a *publicização do conceito de lide*, tal como foi sugerido por GALENO LACERDA, esta poderá assumir um valor de constante justificação para toda função jurisdicional. O processo não se apresenta isolado no tempo e no espaço; *realizando-se* (como disse BARBOSA MOIREIRA), *no âmbito de determinada sociedade, o processo forçosamente se insere no respectivo contexto e representa, afinal de contas, um dos múltiplos episódios em que se lhe manifesta a dinâmica; se o processo é o canal por que se exerce a jurisdição* e se esta se inclui entre as manifestações essenciais do poder estatal, não se pode deixar de constatar que *o processo se constitui em fenômeno politicamente relevante* e, por isso, operará sobre e conflitos reputados juridicamente relevantes segundo a lei do tempo e do lugar em se desenvolve. Assim, o decisivo para a compreensão da lide, será a constatação de que os conflitos de interesses nem sempre surgem espontaneamente, tanto que poderão ser presumidos pelo legislador, que em certas hipóteses típicas e reputadas relevantes, insinua um contraste de vontades, interesses ou pretensões entre sujeitos de determinada relação processual que visualiza (sendo que um dos sujeitos pode ser o próprio Estado), impedindo que, por um ato voluntário, extra-processual, se possa atingir o efeito jurídico desejado, projetado pela lei, para o fim de solucionar a lide. Sob este ângulo poderá ser vislumbrada a lide nos processos das ações constitutivas necessárias ou até mesmo nos processos das ações penais. Não importa, assim, se os cônjuges estão de acordo para que se opere, por exemplo, a anulação do casamento; tampouco importa que o réu, na ação penal, não oponha qualquer resistência à pretensão punitiva do Estado. O fato é que, em tais casos, a lei presume, objetivamente, um conflito de interesses a despeito do conflito de vontade intersubjetivo que possa ocorrer, na medida em que pressupõe (exige) uma violação grave ao estatuto do casamento ou ao estatuto penal e só admite os efeitos da desconstituição do vínculo do casamento ou da condenação do réu à determinada pena, se restar evidenciada a violação e, portanto o contraste àqueles interesses indisponíveis que o Estado tutela diretamente através daqueles estatutos. Até mesmo nos procedimentos de jurisdição voluntária será possível identificar a lide enquanto se entenda que o legislador pressupõe um conflito virtual ou potencial de interesses entre os sujeitos de determinada relação os quais, entretanto, para obter um certo efeito jurídico, reputado relevante, devem demonstrar a convergência de interesses. Vale dizer, enquanto que nos procedimentos das ações constitutivas necessárias e nos procedimentos penais o efeito buscado, através do processo, somente se realiza se ficar objetivamente demonstrado o contraste de interesses presumido pelo legislador em relação à determinada lide, já nos procedimentos de jurisdição voluntária o efeito pretendido somente se realizará se ficar demonstrado que inexistem o contraste virtual de interesses insinuado ou presumido pelo legislador. Mas em todas as hipóteses se pode admitir que existe *lide*, nesta perspectiva publicista. O fato é que lide estruturalmente

tratamento, notadamente em relação aos efeitos da coisa julgada. Seja como for, a sistematização da jurisdição voluntária no Livro IV revela a preocupação de legislador em distinguir esta atividade judicial do padrão do processo de declaração (conhecimento) que pressupõe geralmente um conflito intersubjetivo de vontades ou interesses (*inter-nolentes*) e que almeja uma sentença apta a receber a eficácia da coisa julgada.

BARBOSA MOREIRA reputou infeliz a sistematização, quanto à disciplina dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, do Título I do Livro IV do novo Código, fosse porque teria havido uma certa arbitrariedade na ordem em que foram elencados os diversos procedimentos, intercalando procedimentos acessórios como os embargos de terceiro e a habilitação com procedimentos autônomos, fosse porque nele se incluiu tanto o procedimento de restauração de autos, que teria feição administrativa, como o juízo arbitral - *um procedimento extrajudicial que passou a figurar neste título à maneira de Pilatos no Credo*. Criticou principalmente o que qualificou como a *fragmentação da normatividade processual*, por não ter havido a preocupação de se reunir no Livro IV todos os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, tanto que muitos deles foram mantidos em leis extravagantes como o mandado de segurança, a ação popular, a ação de desapropriação, ação de alimentos e muitos outros, além do que manteve, mediante remissão (artigo 1.218 do novo Código), a vigência de outros tantos procedimentos especiais que estavam já previstos no Código de 1939. Daí a observação de BARBOSA MOREIRA de que *não apenas não se tomou a providência de fazer voltar ao redil as ovelhas tresmalhadas, mas até se chegou ao requinte de afugentar outras ovelhas*.¹⁹⁰

Ressalvada a incompletude do Livro IV, sua sistematização bem revela o

diversas, reclamam por métodos diversos de atuação, através do processo." (CUNHA, Alcides Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*, p. 81-82).

¹⁹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A estrutura do novo Código de Processo Civil*. In: Revista Forense, n. 246, p. 40.

intuito de preservar a pureza dos processos de conhecimento, de execução e cautelar, remetendo para uma disciplina apartada, no corpo do próprio Livro IV, quando não em leis extravagantes, todas as ações que, conquanto pudessem ser consideradas como variantes do gênero ação cognitiva ou ação de conhecimento por buscarem também uma sentença definidora de direitos, exigiam uma tutela diferenciada, inclusive mediante a previsão de medidas interinais conservativas (v.g. a caução do artigo 940) e antecipatórias.

Realmente, nesse livro foram incluídas as ações de manutenção e de reintegração de posse, o interdito proibitório, a ação de nunciação de obra nova, os embargos de terceiro e as ações pertinentes às vendas a crédito com reserva de domínio, cujos procedimentos foram estruturados de modo a permitir a produção de liminares, quando não a expedição de mandados executivos, satisfativos, após a sentença de procedência (sentenças mandamentais e executivas).¹⁹¹ Ai foram incluídas as ações de consignação em pagamento que

¹⁹¹ Discorrendo sobre o enquadramento das ações executivas *lato sensu* e das ações mandamentais, anota OVÍDIO BATISTA DA SILVA: "Cria-se, pois, a questão de saber onde situar as ações executivas *lato sensu* e mandamentais, no quadro de uma jurisdição que apenas contem um processo eminentemente declaratório, denominado *Processo de Conhecimento* e outro que pretende abrigar todos os meios executórios e que, no entanto, apenas regula a execução por créditos que pressupõe a prévia existência de sentenças condenatórias. PONTES DE MIRANDA, a quem devemos a chamada classificação quinária das ações e das sentenças, decidiu incluir as executivas *lato sensu* e mandamentais no *Processo de Conhecimento*. Esta sugestão, no entanto, não satisfaz e deve ser rejeitada. Certamente não se ignora que a inclusão dessas duas classes de pretensões e ações, em qualquer das duas formas de atividades jurisdicionais, antes indicadas, causará transtornos classificatórios e suscitará dificuldades conceituais e práticas. Todavia, se algumas dessas duas categorias haverá de ser ampliada para acomodar as ações executivas *lato sensu* e mandamentais, certamente não será o *Processo de Conhecimento* e sim o de *Execução*. Duas razões convencem da correção deste ponto de vista, uma delas de natureza teórica, ou doutrinária; a outra de natureza histórica ou, poderíamos dizer, uma justificação fundada na genealogia do próprio conceito. Com efeito, a justificação teórica para a formação do conceito moderno de *Processo de Conhecimento* decorre, fundamentalmente, da necessidade de expurgá-lo de toda e qualquer atividade executória, de modo que a relação processual declaratória que lhe dá substância encerre-se com a prolação da sentença de mérito, tal como dispõe o art. 463 de nosso Código de Processo Civil, transferindo-se para a subseqüente - e autônoma - relação processual executória toda a atividade jurisdicional posterior à decisão da causa. O móvel teórico determinante dessa separação

pressupõe a prática de atos materiais preparatórios do autor, consignando ou antecipando pela via da consignação a quantia ou a coisa devida. Aí foram incluídas as ações de depósito, cujos procedimentos, além de prever a possibilidade de ser entregue ou depositada a coisa pelo réu, abrem oportunidade para a medida constritiva de prisão civil do depositário infiel e, ainda, a busca e apreensão satisfativa após a sentença executiva de procedência. Aí foram incluídas as ações de divisão e de demarcação, que comportam também a *atuação do efeito divisório ou demarcatório*¹⁹² da sentença na mesma relação processual. Finalmente, foram aí incluídos os peculiares procedimentos das ações de usucapião, de prestação de contas, inventário e partilha.

Manteve-se, todavia, fora do Livro IV vários procedimentos especiais, muitos dos quais até constavam do corpo do Código processual de 1939, como os procedimentos das ações de nulidade de patente de invenção e de marca de indústria e comércio, das ações de despejo e das pertinentes à locação comercial, das ações pertinentes à dissolução e liquidação de sociedades e outras. Manteve-se ainda fora do Livro IV, em leis extravagantes, os

radical teve como seu núcleo a necessidade de excluir do processo de Conhecimento qualquer elemento jurisdicional pós-sentencial, ao mesmo tempo em que, eliminando-se dele toda a atividade executória, tornava-se possível conceber um instrumento processual capaz de abrigar todos os meios executórios, de modo a realizar a unificação de tais instrumentos num procedimento padrão. Sendo assim, é perfeitamente lógico que as novas formas de atividade jurisdicional que porventura exijam realização de funções executivas sejam conduzidas ao repositório comum do Processo de Execução, justamente concebido como instrumento de *unificação dos meios executórios*. A outra razão, que denominamos genealógica, capaz de justificar a inclusão das ações executivas *lato sensu* e mandamentais no *Processo de Execução* decorre do sentido que a evolução histórica de ambos os conceitos seguiu, nos sistemas jurídicos modernos. Observa-se, neste particular, que a doutrina processual dos países de *execução unificada* mostra-se cada vez mais insatisfeita com a insuficiência e inadequação do processo executivo (por créditos) para atender às exigências práticas com que se defronta o processo civil nos dias atuais. A literatura, a respeito deste problema, formada nos últimos anos, particularmente na Itália, é enorme, como observa FREDERICO CARPI, em ensaio recente (*Note in tema di tecniche di attuazione dei diritti, in Riv. trim. di dir. e proc. civile, 1988, pág. 110*).”(SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, vol. 2, p. 20-21).

¹⁹² SILVA, Ovídio Baptista da. *Idem*, p. 297-300 e 314.

procedimentos das ações do mandado de segurança, da ação popular, da ação de desapropriação, da ação pertinente às falências e outras. Foi referido na própria *exposição de motivos* do CPC de 1973 que *a exclusão, no Livro IV, destes procedimentos foi intencional, porque o Código Civil e outras leis extravagantes conferiam uma regulamentação paralela, reunindo disposições de direito material e de direito processual, vindo daí que pareceria mais lógico deixar os procedimentos desses institutos em suas respectivas leis especiais, onde serão exauridos completa e satisfatoriamente.*

BARBOSA MOREIRA, como se sabe, criticou esta técnica e sua justificativa. Disse que o argumento, a ser válido, provaria demais e levaria à conclusão de que todo, mas *todo o Livro IV do novo Código, seria inteiramente supérfluo*. E isto porque, *todo processo é instrumental e, portanto, tem sempre algo que ver com o direito substantivo, a cuja realização serve de instrumento*. De outro lado, seria evidente que os procedimentos especiais mantêm naturalmente uma íntima ligação com particulares institutos do direito material, o que justificaria a especialidade dos procedimentos, tal como se dá com a ação de consignação em pagamento que se liga umbilicalmente ao instituto do pagamento por consignação regulado no Código Civil e tal como se dá com as ações possessórias, que se apresentam como instrumentos da tutela da posse, um instituto também regulado no Código Civil, *de sorte que, a ser procedente a argumentação, então melhor seria que se eliminasse, por completo, do novo Código, o livro IV, e se incorporassem ao C. Civil, ou ao C. Comercial, ou à lei cambial, ou, enfim, a vários outros diplomas, os dispositivos referentes aos aspectos processuais dessas matérias.*¹⁹³

Seja como for, a técnica do legislador em remeter os procedimentos especiais para o Livro IV do Código, quando não, em manter a sua disciplina em legislação apartada, complementar, teve por escopo preservar a pureza dos processos de conhecimento, de execução e cautelares, disciplinadas nos três

¹⁹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A estrutura do novo Código de Processo Civil*. In: Revista Forense, n. 246, p.40.

primeiros Livros.

21. Crise do processo civil e a fase crítica da tutela cautelar

Não se pode negar que o Código de Processo Civil de 1973 representa um marco na ciência do direito processual civil, enquanto produziu com fidelidade e apuro técnico um sistema recomendado pela dogmática. Pode-se até mesmo dizer que *o Código de Processo Civil de 1973 é o monumento normativo mais autêntico da dogmática tradicional*, com inspiração na ideologia liberal e individualista que animou os séculos XVIII, XIX e parte do século XX.

Todavia, o Código já nasceu velho, pois nos anos setenta deste século já se esboçavam e se dinamizavam as transformações sociais caracterizadoras de uma sociedade de massas, que em face do progressivo desenvolvimento dos meios de comunicação e dos meios de transporte passou a interagir intensamente, tomando consciência do fenômeno coletivo, da globalização, da titularidade substancial de direitos e novos direitos, instando o Estado providencialista a assegurar uma tutela jurisdicional mais adequada, mais rápida, mais efetiva e mais abrangente para a solução dos crescentes, inovadores e multifários conflitos que se amontoavam em demandas pelo procedimento ordinário ou comum do processo de conhecimento, perante os órgãos judiciários insuficientes e precariamente estruturados.¹⁹⁴

¹⁹⁴ “À medida que as sociedades do *laissez-faire* cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir do momento que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter cada vez mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletidas nas “declarações de direitos”, típicas dos séculos dezoito e dezenove. O movimento fez-se no sentido de reconhecer os *direitos e deveres sociais* dos governos, comunidades, associações e indivíduos. Esses novos direitos humanos, exemplificados pelo preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, são, antes de tudo, os necessários para tornar *efetivos, quer dizer, realmente acessíveis a todos*, os direitos antes proclamados. Entre estes direitos, garantidos nas modernas constituições estão os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação. Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos. Não é surpreendente,

Como anotou SALVIO FIGUEIREDO TEIXEIRA, o Código de Processo Civil de 1973 nasceu como um *código de gabinete*, distante da realidade forense, não tendo havido a preocupação, na época de sua elaboração, com a efetividade do processo.¹⁹⁵

A excessiva ordinarização do processo civil veio bater de frente com o fenômeno que FRITZ BAUER qualificou como a *necessidade exacerbada de segurança* que é peculiar à sociedade moderna,¹⁹⁶ o que culminou por provocar a expansão prodigiosa do processo cautelar.

Esta expansão, até certo ponto, deve ser considerada natural em face do agravamento das situações de perigo de dano e *do aumento das situações conflituosas em todos os setores da vida*.¹⁹⁷ Aparentemente, a função cautelar passou a exercer, mais do que nunca, o papel que a doutrina tradicional lhe reservou,¹⁹⁸ como remédio contra os riscos que o perigo de demora do processo ordinário poderia ocasionar à utilidade da providência definitiva¹⁹⁹ em um mundo marcado pela instabilidade das relações.²⁰⁰

portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários empregados e, mesmo, cidadãos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico de todos os direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário, que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.”(CAPPELLETTI, Mauro, GARTII, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 10-12).

¹⁹⁵ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *A Reforma processual na perspectiva de uma nova justiça*. In: *Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 887/888.

¹⁹⁶ BAUR, Fritz. *Tutela jurídica mediante medidas cautelares*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1985, p. 15.

¹⁹⁷ BAUR, Fritz. *Idem*, *ibidem*.

¹⁹⁸ CUNHA, Alcides Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*, p. 21.

¹⁹⁹ Sobre o assunto, ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, p. 46-47.

²⁰⁰ “A avalanche de medidas cautelares quase não deixa às instâncias judiciais o necessário fôlego para tomar consciência da problemática desta espécie de medidas cautelares. Seu âmbito de aplicação amplia-se

Tem-se dito entretanto que ocorreu uma expansão patológica dos procedimentos cautelares porque passaram a ser utilizados indiscriminadamente como sucedâneos de sumarização, visando simplesmente antecipar a regulação de conflitos fora das situações extremadas do *periculum*, ou seja, do *periculum damnum irreparabile* que tradicionalmente dão configuração às situações cautelandas.²⁰¹ É possível que tenham ocorrido abusos na avaliação do *periculum damnum* para propiciar antecipações. Todavia, é preciso atentar que o próprio conceito de perigo pode se relativizar e se dinamizar através dos tempos, tendo em vista principalmente o elevado grau da ordinarização, com parca previsão de tutelas jurisdicionais sumárias não cautelares. *Os condicionamentos atuais da civilização não mais se afeiçoam com as respostas jurisdicionais tardias ou excessivamente tardias*²⁰² que caracterizam os sistemas que propendem à universalização do procedimento ordinário, cercado de garantias formais, a par da multiplicação de recursos e instâncias que eternizam a solução dos conflitos, favorecendo apenas grandes empreendedores que se

contentemente: vai desde a proteção à honra e à personalidade, da proteção à empresa industrial e aos direitos referentes a bens imateriais, contra a concorrência desleal, desde a imposição de compromissos concernentes aos preços na distribuição de produtos de mercado, à obstrução de mudança anticontratural de local de trabalho, à 'regulação' de disputas políticas ou científicas, até a condenação a pagamentos provisionais no direito alimentar ou na da reparação do dano. Frente a este campo 'moderno' de aplicação da medida cautelar, as controvérsias, muitas vezes de fundo emocional, entre vizinhos e entre senhorios e inquilinos, passam para o segundo plano; A Economia e a Política descobriram a medida cautelar e a elegeram para um dos seus meios de combate."(BAUR, Fritz. *Op. Cit.*, p. 13).

²⁰¹ "Do desuso da tutela jurisdicional cautelar está se chegando à distorção do seu uso. Esta distorção pode ser detectada de várias formas: a) pela exagerada expansão que se tem dado a esse tipo de tutela, que acaba por suprimir a tutela jurisdicional satisfativa, deixando pois, de ser cautelar para assumir outra função que a desnatura.; b) paradoxalmente, [pela perda de sua autonomia, transformando-se em medida meramente antecipatória da eficácia executiva do processo satisfativo; c) pela sua concessão indiscriminada, sem a presença de seus fundamentos específicos e, finalmente, d) como corolário desta última circunstância, pela facilidade com que se admitem contracautelas insubsistentes". (ARMELIN, Donaldo. *A tutela jurisdicional cautelar*. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, n. 23, p. 129).

²⁰² BAUR, Fritz. *Op. Cit.*, p. 16.

transformam em *litigantes habituais ou organizacionais*, que tiram proveito econômico administrando os riscos processuais, como bem apontou CAPPELLETTI.²⁰³

A tutela cautelar, seja pela concepção tradicional que lhe atribui o suposto fim de tutelar o processo definitivo, seja pela concepção substancialista, que lhe atribui o fim de tutelar imediatamente interesses das partes em situações de urgência, transparece sempre como modalidade subsidiária, com maior ou menor freqüência, na medida em que o ordenamento predispõe de um número menor ou maior de tutelas jurisdicionais primárias, diferenciadas para responder às diferentes situações de conflitos.

O próprio poder público se apresenta com duas caras, uma para os administrados, outra para os jurisdicionados. De um lado arma os indivíduos, enquanto cidadãos, de novos direitos, inclusive o de exigir eficiência dos serviços públicos,²⁰⁴ prometendo a desburocratização dos seus ofícios, sejam nas instâncias administrativas ou nas instâncias judiciais, implantando ouvidorias, juizados especiais, criando estatutos e órgãos para a proteção dos consumidores de produtos e serviços. De outro lado, entretanto, culmina por comprometer a efetividade dos direitos ou garantias proclamados, deixando de investir no aparelhamento da máquina administrativa e judiciária, caracterizando falha ou falta de serviço em estado crônico. E mais, visando preservar o próprio poder público da responsabilidade civil decorrente de uma administração ruínosa para os administrados e jurisdicionados, culmina por estabelecer proibições, restrições ou condicionamentos à concessão de medidas liminares ou cautelares, além de tentar insistentemente descaracterizar as ações coletivas, que têm *status* constitucional, visando transformar a substituição processual em representação processual *tout court*, dependente de procuração ou autorização dos co-interessados e ainda forçando uma cisão absurda da

²⁰³ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Op. Cit.*, p. 25-6.

²⁰⁴ Instituído medidas de proteção ao consumidor através do Código do Consumidor (Lei 8.078/90).

eficácia territorial dessas ações metaindividuais,²⁰⁵ visando sempre manter ou prolongar o *status quo*. Age como se fosse possível amesquinhar a grandeza de ações constitucionais e negar a jurisdição cautelar em situações de extrema urgência a interesses vitais que nem mesmo o poder público pode prever quando estabelece as malfadadas e cada vez mais constantes limitações.²⁰⁶

CALMON DE PASSOS, com sua notável e habitual postura crítica dos fenômenos sociais, observou agudamente que *o direito é ambivalente*. De um lado, sob o ponto de vista do Poder, do poder político, o direito é tendencialmente encarado como *fenômeno de repressão social*, para a afirmação, manutenção ou expansão do próprio poder, por sua vez dependente do monopólio ou controle dos instrumentos de coerção social institucionalizados. De outro lado, sob o ponto de vista da sociedade civil, o direito é sempre *a procura desesperada de um meio de realização do máximo de justiça social*.²⁰⁷ Daí que a síntese do direito, o autêntico direito, haverá de decorrer da efetiva representatividade ou da efetiva participação da sociedade civil no Poder. Nesse sentido também é a posição de MIGUEL REALE ao afirmar que o direito autêntico, não é apenas declarado, mas reconhecido, é vivido pela sociedade, como algo que se incorpora e se integra na sua maneira de conduzir-se.²⁰⁸

Certamente, o direito ainda não atingiu o esperado grau de autenticidade e, por isso, a necessidade, cada vez mais atual e crescente de regulação imediata das relações jurídicas controvertidas, constrange muitas vezes as partes a aceitar uma regulação provisória, ainda que com base em mera verossimilhança ou aparência, através dos procedimentos cautelares, como se fosse definitiva a regulação obtida, desistindo do processo principal,²⁰⁹ para assim favorecer o encadeamento de novas e profícuas relações.

²⁰⁵ Sobre a cisão da eficácia territorial das ações coletivas, ver *infra*, item 3 da Parte III.

²⁰⁶ Sobre esses interesses vitais (interesses plausíveis e periclitantes), ver *infra*, item 16 da Parte II.

²⁰⁷ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. X, tomo 1, p. 14-16.

²⁰⁸ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 1980, p. 112-113.

²⁰⁹ BAUR, Fritz, *Op. Cit.*, p. 13.

A doença atingiu mesmo o processo definitivo, não o cautelar, pois este está destinado a suprir, como dizia CALVOSA, a *insuficiência da tutela normativa ou jurisdicional*, diante de peculiares situações de risco. E tal era, e talvez ainda seja, mesmo após as reformas, a doença do processo definitivo, que o processo cautelar deve lhe servir de paliativo, quando não de remédio, cumprindo o papel que a doutrina tradicional e substancialista lhe tem reservado, seja o de tutelar a jurisdição, seja o de tutelar os interesses das partes em situações excepcionais, ainda que seja servindo como um sucedâneo de outra tutela sumária que não foi normatizada ou compreendida.

Freqüentemente, o processo cautelar encerrava substancialmente um juízo definidor quanto à correspondência do interesse tutelado a um direito subjetivo, em face da natureza da pretensão vinculada a certos fatos da lide ou, então, em face do evidente abuso de defesa manifestado pelo réu (notadamente entes públicos), em face da repetição constante de demandas análogas por autores diversos, para discussão das mesmas questões de fato e de direito já solucionadas milhares de vezes em outros processos a favor dos autores que mantinham vínculos jurídicos comuns com a parte, envolvendo o mesmo réu, com as mesmas discussões das questões de fato e de direito. Não obstante, formalmente, porque o ordenamento se caracterizava pela *ausência quase absoluta de procedimentos de cognição sumária*, o juiz não podia ultrapassar o nível da verossimilhança, através de provimentos instáveis, que deixavam sempre o autor com o ônus de perseguir o provimento final, de cognição exauriente, para consolidar a sua situação jurídica, porque nem a presunção de certeza se podia atribuir a tais provimentos, pois, formalmente, eram cautelares, com a agravante de que os juizes e os operadores do direito em geral compactuavam com uma relativização do pressuposto do perigo de dano irreparável.²¹⁰

²¹⁰ OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA critica a omissão do legislador reformista, que não previu a possibilidade genérica de tutela definitiva e imediata (tutela sumária) nas hipóteses em que o direito da parte se apresenta mais do que verossímil, porque evidente. Disse “que o juiz esteja igualmente autorizado a antecipar os efeitos da tutela,

Atualmente, a disposição do inciso II, do artigo 273 pode ensejar uma antecipação sumária, genérica, do julgamento da própria lide,²¹¹ em situação em face do abuso de defesa ou intuito manifestamente protelatório do réu, o que representa, objetivamente, um critério de suficiência para os fins de satisfação antecipada de um interesse como direito presumido, isso, quando o processo deve ter seguimento para assegurar formalmente o contraditório, ressalvadas situações especiais em que esse dispositivo autoriza até mesmo formas anômalas de julgamento antecipado da lide, em cognição exauriente, como a doutrina e a jurisprudência haverão de perceber.

O esquema superado da ordinarização comprometido com a neutralidade do ordenamento em face dos interesses em conflito sempre tendeu a submeter todas as lides a um longo *iter* para mereceu uma decisão certificadora do direito e, então, a sua realização.

Ficam entretanto sempre ressalvadas as possibilidades de se contornar essa situação com liminares cautelares e de cognição sumária do direito subjetivo e com outras formas alternativas de tutela que ainda não foram sedimentadas, cabendo aí à doutrina e à jurisprudência exercer uma proveitosa interpretação e aplicação das técnicas mais expeditas que vêm sendo revitalizadas ou

quando o direito, mais do que verossímil, mostre-se *evidente*, não pode caber dúvida. A questão é saber se, ocorrendo esta hipótese, não estaria o magistrado autorizado a julgar desde logo procedente a ação, proferindo sentença de mérito. O direito contra o qual o juiz não vislumbre a existência de qualquer contestação séria que lhe possa ser oposta é “*direito líquido e certo*”, a exigir tutela definitiva e imediata. A hipótese poderia, com alguma liberdade exegética, ser enquadrada no art. 330, II, do Código de Processo Civil, como um caso em que, embora tratando-se de controvérsia sobre fato, poderia o julgador dispensar a produção de prova em audiência, tendo em vista a inutilidade ou o caráter protelatório da prova. De qualquer modo, estaríamos fora do alcance do art. 273, que se limita a prover sobre a antecipação dos efeitos da tutela pretendida pelo autor, havendo verossimilhança do direito por este alegado na ação, não tratando de ‘direitos líquidos e certos’.” (A ‘antecipação’ da tutela na recente reforma processual *apud Reforma do Código de Processo Civil*, obra coletiva, coord. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, p. 1.140).

²¹¹ Sobre a caracterização do abuso do direito de defesa (art. 273, II, do CPC) como julgamento sumário da lide, ver *infra*, item 4 da Parte II.

inauguradas na chamada fase instrumentalista do processo civil.²¹²

Enfim, a expansão prodigiosa que o processo cautelar alcançou nas últimas décadas é um fato notório e não se constitui em um fenômeno peculiar da experiência processual brasileira. Trata-se de um fenômeno de abrangência universal, que já foi enfatizado inclusive no *Colloquio internazionale su Les mesures provisoires en procédure civile*, realizado em Milão, em 1984.²¹³

Como bem anotou OVÍDIO BATISTA DA SILVA, *não só os juizes brasileiros se alarmam com a avalanche de processos cautelares onde se postulam todas as liminares que a fertilidade imaginativa dos advogados consegue montar, como a doutrina italiana igualmente se mostra perplexa e alarmada com o emprego crescente do processo cautelar, usado como terapêutica contra a enfermidade endêmica da jurisdição comum, particularmente do procedimento ordinário, cuja estrutura sem dúvida foi superada pela evolução histórica.*²¹⁴

A fase crítica do processo cautelar coincidiu pois com a patologia do processo definitivo ou, melhor, do próprio sistema processual, cujo ordenamento, é verdade, enuncia os princípios fundamentais que devem orientar a justiça eficaz, tais como os princípios da ação, do contraditório, da ampla defesa, da publicidade dos atos processuais, do juiz natural, *do devido processo*

²¹² No início do século, por interpretação jurisprudencial, aplicava-se no Brasil o instituto do *habeas corpus* (teoria do *habeas corpus*), quando não, analogamente, o regime dos interditos (possessórios), para a obtenção de medidas e liminares no âmbito do processo civil para a proteção de urgência de direitos personalíssimos ou que decorressem de abuso de autoridade, o que culminou por desencadear a nível legislativo e constitucional, a providência do mandado de segurança. (BARBI, Celso Agricola. *Proteção processual dos direitos fundamentais*. In: Revista Brasileira de Direito Processual, Rio de Janeiro: Forense, n. 57, 1988, p. 13-32). Essa visão instrumental deve estar também no espírito do processualista moderno. “É indispensável que também o *intérprete* fique imbuído desse novo “método de pensamento” e sejam os juizes capazes de dar ao seu instrumento de trabalho a dimensão que os tempos exigem.” (DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*, p. 23).

²¹³ TARZIA, Giuseppe. *Atti del colloquio internazionale su Les mesures provisoires en procédure civile*. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1985.

²¹⁴ SILVA, Ovídio Batista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. XI, p. 9.

legal, que há de pressupor a máxima instrumentalidade dos direitos materiais através do processo. Todavia, para a realização prática destes princípios, não aprestava os meios suficientes para uma justiça célere e adequada aos vários tipos de conflitos, pois parece indubioso que às *necessidades diversas de tutela devem corresponder formas diferentes de tutela.*²¹⁵ Atualmente surgem as expectativas de superação desses óbices.

Enquanto permanecer, entretanto, este estado de coisas; *enquanto não se encontrar o ponto de equilíbrio entre a justiça célere e a justiça cercada de garantias; enquanto não se tomar consciência de que a perspectiva longínqua do ótimo não deve impedir a obtenção atual do razoável,*²¹⁶ mesmo porque o razoável atual possivelmente coincide ou supera em utilidade o ótimo longínquo, a expansão das medidas cautelares tenderá a prosseguir. E o fenômeno da crise do processo e da crise da segurança ainda estará subestimado, se for levado em conta que muitas, senão a maior parte das pessoas comuns, encontram-se em um estado de *marginalização jurídica*, o que pressupõe marginalização social, sem aptidão sequer para reconhecer um direito e propor uma ação em defesa de seus interesses;²¹⁷ outros tantos, se é que têm discernimento suficiente para identificar seus próprios direitos, não possuem recursos financeiros para enfrentar os custos de um processo, ficando igualmente marginalizados do Direito enquanto o poder público não dinamiza os mecanismos para uma efetiva assistência judiciária ou acesso à justiça.²¹⁸ A falta de regulamentação de uma defensoria pública eficiente e permanente, as grandes filas que emperram os juizados especiais, as pilhas e pilhas de autos que atravancam os cartórios, exigem uma revisão estrutural da organização

²¹⁵ PISANI, Andrea Proto. Problemi della c.d. tutela giurisdizionale differenziata *apud* *Appunti sulla Giustizia Civile*, Bari, Cacucci Editore, 1982, p. 216-217.

²¹⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Considerações sobre o processo e o juizado de pequenas causas*. In: *Revista de Processo*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 51, p. 23-27.

²¹⁷ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. X, tomo I, p. 14-16.

²¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Op. Cit.*, p. 21-24.

judiciária e o constante aprimoramento profissional dos juizes. Não será com a adoção do sistema da súmula vinculante dos Tribunais Superiores que se irá distribuir Justiça às massas, se, como foi dito, as próprias ações coletivas, idealizadas para esse fim, têm sido indevidamente fragmentadas pela incompreensão dos próprios autores exponenciais e, principalmente, pelos Tribunais, que devem dar a devida interpretação lei, evitando abusos no ajuizamento dessas ações, mas lhes dando a real dimensão no âmbito da metaindividualidade e, principalmente, opondo-se contra o amesquinamento dessas ações, verdadeiras ações constitucionais, por parte do poder público que impõe empecilhos e entraves absurdos para frustrar a justiça mais célere e expedita em favor das massas contra interesses que compõe o poder econômico ou o poder político.

22. Reformas do Código de Processo Civil e a fase instrumentalista

LUIZ GUILHERME MARINONI, discorrendo sobre a crise do processo de condenação, disse certa feita: *“Em um determinado momento o processualista acordou e percebeu que a justiça civil era elitista – porque estava afastada da grande maioria da população, que por várias razões evitava recorrer ao judiciário – e inefetiva, já que não cumpria aquilo que prometia, principalmente em virtude de sua lentidão.”*²¹⁹

Realmente o processualista acordou, porque tomou consciência, como disse DINAMARCO, da grande necessidade de optar por um método teleológico, em que *os resultados valem mais do que os conceitos* e estruturas internas do sistema, em que a *hermenêutica deve ser encarada com propostas de interpretação da lei substancial segundo critérios finalísticos e axiológicos*; porque se apercebeu que o bom processo é somente aquele que seja capaz de oferecer justiça efetiva ao maior número de pessoas; porque o processualista

²¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, p. 19.

moderno sabe que muito menos vale a formal satisfação do direito de ação do que a substancial ajuda que os sistema possa oferecer às pessoas; porque o processualista, seguindo a orientação de MAURO CAPPELLETTI mudou de perspectiva, enfocando o sistema processual a partir da *ótica do consumidores dos serviços jurisdicionais*, não mais pela ótica dos seus produtores, transformando-se assim em um verdadeiro crítico da dinâmica dos direitos.²²⁰

Este novo modo de pensar, compreender e aplicar o direito corresponde à fase instrumentalista do processo, à preocupação com a efetividade do direito processual. Corresponde à terceira fase da evolução do processo, que se seguiu às fases da autonomia e mais remotamente à fase do sincretismo. Esta fase instrumentalista, à qual vêm se engajando os processualistas mais notáveis, nos planos nacional e internacional, vem sendo marcada pelas chamadas ondas renovatórias, que buscam o revigoramento do direito processual positivo. A primeira onda renovatória assinalou as preocupações com o acesso à justiça, com a assistência judiciária e formas alternativas de tutela, redundando na criação de juizados de pequenas causas e juizados especiais e na criação de procedimentos de conciliação, mediação ou arbitragem. A segunda onda renovatória desaguou no reconhecimento dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, vale dizer, na conquista do espaço social e da tutela jurisdicional mediante as ações civis públicas ou ações coletivas, tendo sido notável a consagração dos direitos dos consumidores, que ganharam um estatuto, o Código do Consumidor. A terceira onda renovatória, por sua vez, caracteriza-se pelos movimentos de índole revisionista ou reformista dos códigos processuais. A quarta onda, que apenas se esboça, quiçá se encarregará com sucesso do problema estrutural, crônico, dispendioso, relativo à reforma da organização judiciária.

A reforma do Código de Processo Civil brasileiro se insere nesta terceira onda renovatória da fase instrumentalista do processo. O Ministério da Justiça

²²⁰ DINAMARCO, Cândido R. Nasce um novo processo civil *apud Reforma do código de processo civil*, obra coletiva, coord. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, p. 2-3.

oficializou a iniciativa reformista preconizada pela Seccional do Distrito Federal do Instituto Brasileiro de Direito Processual e pela Associação dos Magistrados Brasileiros, a cujas iniciativas aderiu a Escola Nacional da Magistratura, presidida pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, que juntamente com o Ministro Atos Gusmão Carneiro passou a coordenar os trabalhos da reforma.²²¹

Os idealizadores da reforma, visando facilitar os trâmites da sua aprovação, adotaram uma postura pragmática, encaminhando suas sugestões em vários anteprojetos que alteravam e inovavam setorialmente o Código vigente, aproveitando a própria disposição dos artigos existentes. Destes anteprojetos, a maioria converteu-se em lei, passando a alterar disposições do Código de Processo Civil, tais como as leis 8.455/92 (pertinente às perícias judiciais), 8.710/93 (pertinente às citações e intimações, prioritariamente pela via postal), 8.898/94 (pertinente aos procedimentos da liquidação), 8.950/94 (pertinente aos recursos), 8.951/94 (pertinente aos procedimentos das ações de consignação em pagamento e de usucapião), 8.952/94 (pertinente ao processo de conhecimento, inclusive com a previsão da tutela antecipatória e da mandamentalidade nos artigos 273 e 461 do CPC), 8.953/94 (pertinente ao processo de execução, notadamente a ampliação dos títulos executivos extrajudiciais), 9.079/95 (pertinente à ação monitória do art. 1.102 do CPC), 9.139/95 (pertinente especificamente ao novo regime do agravo) e 9.245/95 (pertinente ao procedimento sumário). Remanesceu ainda o projeto das demandas múltiplas, versando sobre a uniformização jurisprudencial ou efeito vinculante das súmulas, que está no aguardo da reforma constitucional que poderá prejudicá-lo.²²²

A onda reformista, todavia, prossegue, tanto que se aguarda a conclusão da segunda etapa da reforma, já iniciada com a edição da lei 9.756/98, que

²²¹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). A reforma processual na perspectiva de uma nova justiça, *apud Reforma do Código de Processo Civil*, obra coletiva, p. 885-906.

²²² TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Idem*, p. 891.

introduziu relevantes modificações no processamento dos recursos perante os tribunais e previu a retenção obrigatória dos recursos especial e extraordinário interpostos contra decisões interlocutórias. Tramitam ainda, sempre animadas pelo propósito de se tornar mais célere e efetiva a tutela jurisdicional, propostas que visam conferir efeito apenas devolutivo às apelações; que buscam restringir os embargos infringentes às hipóteses em que o acórdão, decidido por maioria, dá provimento à apelação; que autorizam a conversão do agravo de instrumento em agravo retido, pelo Relator; que visam conferir mandamentalidade às sentenças que impõe obrigação de dar coisa certa ou incerta, dispensado aí o processo executivo por título judicial; que buscam excluir da contagem dos prazos os dias não úteis intercalados na dilação temporal; e que buscam introduzir mecanismos do *Common Law* (*injunction* e *contempt of Court*), para tornar mais efetiva a prestação jurisdicional.²²³

Conquanto se cuide de mini-reformas ou de reformas setoriais no Código ainda vigente, o fato é que essas tendem a ser mais significativas pelo aspecto ideológico que as acompanha²²⁴ do que o novo modelo processual trazido pelo Código de Processo Civil de 1973 em relação ao Código de 1939. Comparando esses textos pela perspectiva deste fim de século, vê-se que o Código de 1973

²²³ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A Lei 9.756/98 e suas inovações, *apud Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. Coord. TEREZA CELINA ARRUDA ALVIM WAMBIER, NELSON NERY JR., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 543-546.

²²⁴ OVÍDIO BATISTA DA SILVA em seu estudo intitulado *O processo civil e sua recente reforma* (In: Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, obra coletiva, coord. TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 413-430) enfatiza a elevada significação do aspecto político que vem inspirando as reformas, donde as tendências de se substituir progressivamente a ordinaryness pelo processo interdito, através de liminares e sentenças mandamentais ou executivas, inclusive com base em verossimilhança, anotando que estas inspirações se miram na face verdadeiramente pública, estatal, da jurisdição, que vai deixando de ser encarada como uma função neutra, essencialmente declaratória de direitos e reguladora da luta privada entre litigantes, para assumir em sua inteireza a *estatalidade*, o compromisso com a aplicação do direito ético, que se compraz inteiramente com os juízos de verossimilhança, diante da perspectiva, já consagrada pela hermenêutica contemporânea, de que nenhuma lei poderá ter sentido unívoco.

*não alterou substancialmente o modelo processual existente, muito embora tivesse revestindo de melhor aspecto estético alguns institutos, aperfeiçoando outros e, sem dúvida, introduzindo alguns progressos substanciais.*²²⁵ Já as reformas operadas no mesmo Código, a partir de 1992, encerram o compromisso instrumentalista, inclusive o compromisso da própria magistratura que vem apoiando esta nova onda renovatória, afinada com a efetividade dos resultados, com a real utilidade de uma resposta jurisdicional que deve ser ágil no tempo e adequada em substância às pretensões de direito material.²²⁶ *A postura da neutralidade deve ser substituída pela postura da aplicação ética do direito.*²²⁷ Afinal, como há muito tempo vem enfatizando CALMON DE PASSOS, “*cometemos um grave erro contra o próprio homem quando nos detemos na compreensão normativa do fato social e chamamos a esse esforço intelectual de direito, quando ele está em verdade no resultado final e fático da operação.*” E é ainda o ilustre processualista da Bahia quem arremata: “*Toda atividade dogmática intermediária é mero instrumento a serviço da vida e a serviço dos homens, nunca a serviço de categorias, silogismos, esquemas, conceitos. Quanto mais próximos dos homens, mais juristas somos. Quanto mais próximos da lógica, das categorias e dos conceitos, mais rábulas somos nós, se não somos*

²²⁵ DINAMARCO, Cândido R. *A reforma do Código de Processo Civil*, p. 21-23.

²²⁶ “Depois de longo tempo caracterizado por preocupações endoprocessuais, volta-se a ciência para os resultados pretendidos pelo direito processual. Trata-se, sem dúvida, de nova visão do fenômeno processual, instrumento cuja utilidade é medida em função dos benefícios que possa trazer para o titular de um interesse protegido pelo ordenamento jurídico material. A conscientização de que o processo vale não tanto pelo que ele é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz, tem levado estudiosos a reexaminar os institutos processuais, a fim de sintonizá-los com a nova perspectiva metodológica da ciência. Parece imprescindível, pois, o retorno ao interior do sistema processual, com o objetivo de rever conceitos e princípios, adequando-os à nova visão desse ramo da ciência jurídica. É preciso *revisitar* os institutos processuais, todos concebidos segundo a visão autonomista ou conceitual da ciência processual, a fim de conferir a eles nova feição, a partir das necessidades identificadas na fase instrumentalista.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*, p. 14-15).

²²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, p. 21-23.

menos que isso.”²²⁸

23. Inovações estruturais, funcionais e substanciais no Código de Processo Civil

A reforma se iniciou em 1992. Todavia, foi a partir de dezembro de 1994, quando surgiu um pacote significativo de reformas, que os processualistas puderam constatar que os propósitos de reforma se convertiam em realidade. Processualistas dos mais renomados propuseram-se a comentar sobre as reformas,²²⁹ enfatizando eles, em sua maioria, que tais reformas eram salutares, enquanto animadas pela preocupação de simplificar a tramitação das causas cíveis, abreviando o seu curso e reduzindo os seus custos, tendo o legislador agido impulsionado pela idéia da efetividade.²³⁰

Ainda assim, houve também a manifestação de descontentamentos com as reformas que estavam se operando, fosse porque se entendia que as mudanças eram cosméticas e não substanciais, fosse porque se entendia que os problemas do processo não residiam na lei, mas na mentalidade retrógrada dos operadores do direito e na deficiente organização judiciária.²³¹

²²⁸ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. X, tomo I, p. 16-17.

²²⁹ Entre outros processualistas que publicaram prontamente seus comentários sobre as leis da reforma que se operou a partir de 1994 pode-se citar CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (*A reforma do Código de Processo Civil*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995), SÉRGIO BERMUDEZ (*A reforma do Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995), J.J. CALMON DE PASSOS (*Inovações no Código de Processo Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995), HUMBERTO THEODORO JUNIOR (*As inovações no Código de Processo Civil*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995), NELSON NERY JUNIOR (*Atualidades sobre o processo civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995), CLITO FORNACIARI JUNIOR (*A reforma processual civil* (artigo por artigo), São Paulo: Saraiva, 1996), J. E. CARREIRA ALVIM (*Código de Processo Civil reformado*, 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1995).

²³⁰ Como referida na “Apresentação” dos editores à obra *As inovações no código de processo civil*, de HUMBERTO THEODORO JUNIOR.

²³¹ “Não acredito, todavia, que a situação possa ser alterada para melhor com a simples mudança da lei: o problema é de mentalidade, faltando, de outro lado, a devida atenção das autoridades, que têm o poder de direcionar a atividade

Não se discute que, aproveitando o momento ou o clima das reformas, foram feitas algumas alterações meramente formais, gramaticais até, a par de outras tantas rituais, tendentes à simplificação dos procedimentos. Todavia, algumas alterações merecem especial destaque, porque implicaram em modificações estruturais do sistema processual, quando não, em inovações funcionais no plano das tutelas diferenciadas ou, mesmo, em inovações substanciais, com repercussão no plano dos direitos materiais, que na perspectiva de sua realização pode albergar norma de direito material. Sob essa ótica, merecem destaque os artigos 273 e 461, os §§ 1º ao 4º do artigo 890, os §§ 1º e 2º do artigo 899 e o artigo 1.102, do Código de Processo Civil reformado.

do Estado para o problema da justiça em nosso País. É, pois, de se recrutar mais funcionários e juizes, mas dando-lhes efetivamente condições pessoais e materiais de se aprimorarem como profissionais, com o que poderão exercer com dignidade as suas funções. É necessário que se dote a justiça de melhores equipamentos e serviços. É imprescindível que se ocupe melhor e mais intensamente os prédios do Judiciário. Por fim, é fundamental que o Estado assuma uma postura ética e não continue a tirar proveito da demora da sua justiça, o que lhe permite rolar indefinidamente sua dívida passiva, desinteressando-se da ativa, pois sabe que ela pouco representa no confronto das contas. De outro lado, não creio que as modificações realizadas tenham o condão de contribuir para o aprimoramento e o maior dinamismo da atividade jurisdicional. Acredito que o diagnóstico não foi bem feito e o remédio será ineficaz, quando não perigoso. Foram modificados dispositivos de pouco alcance prático, sepultaram-se conquistas significativas da legislação passada e criaram-se disposições que trarão a possibilidade de questionamentos que só mais impedirão o andamento ágil do processo. Deslocou-se o procedimento do agravo de instrumento para a segunda instância, desde o seu início, quando o problema maior da demora dos processos está exatamente nos tribunais. Reestruturou-se o rito sumário de modo tão equivocado que melhor teria sido suprimi-lo. Ademais, é certo que as leis de processo devem ser o quanto possível preservadas: sua alteração traz enormes repercussões sobre o direito material e muitas vezes este acaba saindo comprometido, apenas porque não teve a parte, por seu técnico, o advogado, habilidade para esgrimir os institutos de forma. O direito e o justo não podem render-se a filigranas do processo, que somente existe para servi-los. Por isso, quanto menos se mexer no processo é melhor para o direito material, até porque a evolução na interpretação das normas de rito sempre caminha de uma exagerada e muitas vezes estéril discussão de sua simples literalidade para uma acomodação ditada pela praxe. Modificada a lei, a prática é imediatamente revogada, o teor das palavras volta a ter importância muito maior que a real e alguns lustros terão que ser percorridos para que a praxe volte a reinar. Até que isso ocorra, muitos serão sacrificados pela mera forma.” (FORNACIARI JUNIOR, Clito. *A reforma processual civil*, prefácio, p. XII e XIII).

As inovações contidas nos artigos 273 e 461 provocaram, indubitavelmente, uma quebra da estrutura do Código, promovendo a relativização da ordinariedade do Processo de Conhecimento do Livro I, ao permitirem que no curso do processo cognitivo ordinário e, conseqüentemente, em qualquer outro procedimento, em face da aplicação subsidiária do procedimento comum (arts. 271 e 272 do CPC), ocorresse a incoação de provimentos interinais, antecipatórios de efeitos satisfativos até para a realização, pelo menos fática, dos interesses em lide, em situações diversas, motivadas ora pelo perigo de dano irreparável, ora pelo abuso de defesa ou intuito protelatório do réu (incisos I e II do artigo 273).

Que essas antecipações constituem uma inovação estrutural no Código reformado não pode haver dúvida. Quer se atribua a essas antecipações a natureza de provimento cautelar, quer se atribua a natureza de provimento cognitivo sumário (de cognição sumária) que incide sobre a definição e realização do direito em lide, ainda que sem carga declarativa de certeza, tem-se que tais antecipações constituem novidade salutar, não só pela inovação da técnica, como pela ampliação das situações antecipandas (abuso de direito de defesa) e, principalmente, porque rompem com o dogma da ordinarização do Processo de Conhecimento do Livro I.

Por outro lado, o referido artigo 461 ainda prevê a sentença mandamental ou sentença executiva *lato sensu* nos casos de procedência das ações de cognição exauriente para cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, em cujo rol se incluem não apenas as obrigações propriamente ditas, de *origem negocial*, mas também os deveres legais de abstenção, tolerância, permissão ou prática de ato ou fato, notadamente para a tutela dos chamados direitos absolutos, ligados ao direito da personalidade.²³²

²³² SERGIO CRUZ ARENHARDT, seguindo a trilha de LUIZ GUILHERME MARINONI, KAZUO WATANABE, e OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, sintetiza: “Embora a norma (art. 461) refira-se a *obrigações*, ao que parece, autoriza ela também o uso deste procedimento para direitos não-obrigacionais, tais como os direitos da personalidade.” (*A tutela inibitória da vida privada*, p. 110).

Essas alterações estruturais, ressalvada a perspectiva de terem importado também em alterações funcionais, mediante a incoação generalizada de uma forma diferenciada de tutela interinal, correspondem na verdade à introdução de uma *antiga novidade*.²³³

E estas modificações estruturais que se realizaram no sistema do CPC, traduzem uma mudança de mentalidade na concepção do processo civil brasileiro, cujos resultados dependem da compreensão, pelos operadores do direito, de que à alteração estrutural corresponde na verdade uma alteração funcional na tutela dos direitos ou possíveis direitos, porque está ínsita uma dimensão qualitativa ou substancial quanto ao modo de encarar a instrumentalidade do processo.²³⁴

Pode-se dizer que os novos artigos 273 e 461 são polivalentes. Com efeito, o inciso II do art. 273 cogita de uma novidade absoluta, nos planos estrutural e funcional, ao permitir antecipação de tutela no curso do próprio procedimento comum, que pode ser extensível a qualquer procedimento à luz das normas dos artigos 271 e 272 do mesmo Código, fora das hipóteses de *periculum damnum irreparabile* que tradicionalmente sempre caracterizaram os provimentos cautelares, deixando claro que se trata de uma antecipação que tem por

²³³ Enfatizando os méritos da antecipação de tutela e da mandamentalidade, OVÍDIO BATISTA DA SILVA assinala que “ponto da maior significação é a concessão ao julgador, especialmente de primeiro grau, de uma significativa dose de discricionariedade, através da outorga de poderes para a antecipação da tutela pretendida pelo autor, o que, como veremos, introduz em nosso sistema uma “antiga novidade”, sempre reclamada, se não pela doutrina, ao menos por aqueles que tratam do direito na sua dimensão forense. Referimos à *tutela interdita* e a conseqüente supressão, nas hipóteses correspondentes, da separação entre conhecimento e execução, que o Processo de Conhecimento necessariamente determina, através da sentença condenatória.” (*O processo civil e sua recente reforma*, In: Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, obra coletiva, coord. TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, p. 415).

²³⁴ “Qualquer que tenha sido o propósito do legislador, não se pode, porém, obscurecer o fato inegável de que a introdução dessas liminares antecipatórias abala a inteira estrutura de nosso sistema processual.” (OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA. A ‘antecipação’ da tutela na recente reforma processual, *apud Reforma do código de processo civil*, obra coletiva, coord. SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, p. 130).

pressuposto não a prevenção, mas a repressão à indevida dilatação do contraditório, o que autoriza satisfação de direitos subjetivos em cognição sumária interinal e possivelmente até mesmo em cognição exauriente, fora das hipóteses tradicionais do julgamento antecipado da lide (v.g. julgamento parcial da lide).

Por outro lado, o § 3º do artigo 461, do Código, além de repetir a previsão de antecipação de urgência em face de *periculum damnum* do inciso I do artigo 273, que se compadece com a noção de medida cautelar interinal em qualquer processo, culminou por introduzir a execução *lato sensu* da sentença de procedência quanto ao cumprimento dos deveres legais ou das obrigações de fazer ou não fazer, cuja sentença passa a assumir a natureza mandamental ou executiva, permitindo o desencadeamento de atividades tendentes à realização da prestação no mesmo procedimento, no mesmo organismo processual, eliminando a hipótese antes corrente da sentença condenatória que, na sua tipicidade, limitava-se a constituir título executivo para autorizar futuramente o ajuizamento da ação de execução.²³⁵

Como bem anotou OVÍDIO BATISTA DA SILVA, a reforma, nestes particulares, impõe a constatação de que se está *renunciando à rígida separação*

²³⁵ “Na classe do *provimento condenatório* a doutrina dominante inclui todos os tipos de provimentos de conhecimento que não se incluam nos de provimento meramente declaratório ou provimento constitutivo. E define o provimento condenatório como aquele que afirma a existência do direito e sua violação, aplicando a sanção correspondente, de natureza processual, que possibilita ‘o acesso à via processual da execução forçada’. Não são considerados pela doutrina dominante, como categorias autônomas, o *provimento executivo* ‘*lato sensu*’ e o *provimento mandamental*, que são defendidos, entre nós, por PONTES DE MIRANDA e OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA. Após perplexidade inicial e resistência causada pela influência da concepção predominante, a meditação e análise que procedemos conduziram-nos, a final, à conclusão de que os provimentos mencionados são efetivamente distintos do provimento condenatório, pela própria natureza e também pela forma de sua atuação, e não apenas pelo momento processual em que o ato de atuação do direito é efetivado (execução feita no próprio processo em que a cognição é estabelecida – executiva *lato sensu* e mandamental).” (KAZUO WATANABE. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, *apud Reforma do código de processo civil*, obra coletiva, coord. SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, p. 22).

das funções processuais em favor de ações sincréticas, em que pese a pecha de 'medievalismo' de que se acusam estas formas procedimentais", cuja natureza remonta historicamente aos interditos.²³⁶

As mesmos dispositivo ainda dinamizou, embora parcialmente, mecanismos do *contempt of court*, conferindo ao juiz da causa a competência para impor multa diária ao réu para constrangê-lo ao cumprimento das medidas cautelares ou de cognição sumária, bem como ao cumprimento das prestações específicas, relativamente ao cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, independentemente de pedido expresso de cominação pelo autor na demanda. Tornou-se evidente, assim, que a imposição da multa ou *astreintes* é, antes de tudo, medida processual de execução a ser aplicada pelo juiz,²³⁷ donde o seu compromisso com a execução ou efetividade da jurisdição. A publicização desse mecanismo constitui novidade substancial.

Afinal, o instituto do *contempt of court* é efetivamente de natureza pública, destinado não a à proteção do direito subjetivo da parte, mas a assegurar a

²³⁶ SILVA, Ovídio Baptista da. *O Processo civil e sua recente reforma*. In: Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, obra coletiva, coord. TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, p. 419.)

²³⁷ "A respeito da multa cabe ser anotado que ela poderá ser imposta na sentença, independentemente do pedido da parte (§ 4º do art. 461) e até mesmo na execução, quando omissa a sentença (art. 644, *caput*). O legislador permite até mesmo a modificação do valor da multa pelo juiz da execução, para mais ou para menos, sendo 'verificado que se tornou insuficiente ou excessivo' (parágrafo único do art. 644). Não há que se falar, diante desse poder concedido ao juiz, em ofensa ao princípio das congruência entre o pedido e a sentença, uma vez que é o próprio legislador federal, competente para legislar em matéria processual, que está excepcionando o princípio geral. No art. 290, aliás, o legislador já havia deixado claro que o referido princípio não é de rigidez absoluta. Tampouco se pode falar em afronta à coisa julgada, pois estamos diante de instituto processual que o legislador pode adotar, ou não, no exercício da opção política que lhe cabe em matéria de soluções legislativas, nos limites que lhe parecerem mais adequados segundo as várias espécies de processo que lhe é dado conceber (.....) Demais, dois princípios igualmente relevantes devem ser sempre observados em matéria de execução, o que assegura maior efetividade possível à tutela jurisdicional e o que determina seja a execução feita, evidentemente sem prejuízo da efetividade, 'pelo modo menos gravoso para o devedor' (art. 620 do CPC)." (KAZUO WATANABE, Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, *apud Reforma do Código de Processo Civil*, obra coletiva, coord. SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, p. 43.)

efetividade da tutela jurisdicional, podendo, em linha de princípio, tal como ocorre nos sistema da *common law*, ser dinamizado através da utilização de qualquer meio, por parte do juiz, para afastar óbices ao normal desenvolvimento da atividade jurisdicional.²³⁸ Se no ordenamento brasileiro ainda não existe, em face de uma interpretação restritiva ao artigo 5º, LXVII, da Constituição, a possibilidade de ordem judicial de prisão civil, como medida constrictiva para o cumprimento dos mandados judiciais,²³⁹ independentemente da possibilidade de prisão penal por crime de desobediência, pelo menos se alargou a possibilidade de imposição de multa diária. Daí a salutar novidade, substancial que esses dispositivos reformados encerram.

Merece ainda especial realce a nova redação do *caput* do artigo 461 do Código reformado, que generalizou praticamente a possibilidade da *tutela do eqüivalente*, como modalidade singular de execução intermediária entre a execução específica impossível e a execução genérica por perdas e danos.

Com efeito, dispõe o *caput* do artigo que *o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático eqüivalente ao do adimplemento*. O parágrafo quarto do mesmo dispositivo enuncia, em termos gerais, as

²³⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 35.

²³⁹ KAZUO WATANABE sustenta: “É chegada a hora de se interpretar adequadamente o mencionado dispositivo constitucional (art. 5, LXVII), que não proíbe de forma alguma, a imposição de prisão civil por ato de desprezo à dignidade da Justiça ou atos que embarcem o regular exercício da jurisdição, uma das funções basilares do Estado Democrático de Direito. O preceito constitucional foi contornado na alienação fiduciária em garantia para a transformação do alienante-fiduciário (que na verdade tem uma dívida civil) em depositário em favor do alienatário-fiduciário (credor), propiciando a prisão civil. Mas não se tem preocupado muito em impor sanções de natureza penal para aquele que desobedece a ordem legítima do juiz. Os sistemas alemão e austriaco permitem a imposição de sanção limitativa da liberdade em caso de desobediência à ordem do juiz, além da previsão de pena pecuniária, que é devida ao Estado e não ao credor. Também o modelo *anglo-saxão*, através do instituto do *Contempt of Court*, admite a prisão, além da multa, esta também devida à outra parte, e não ao Estado.” (Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, *apud Reforma do Código de Processo Civil*, obra coletiva, coord. SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, p. 46-47).

providências que o juiz pode tomar para assegurar, quando não a tutela específica, a tutela do equivalente.

A tutela do equívivalente decorre de uma sugestão de KAZUO WATANABE acolhida no Anteprojeto de 1985, pertinente já às reformas do Código de Processo Civil, a qual, antes de ser incluída na nova redação do artigo 461, orientou a redação do artigo 84 do Código do Consumidor. Com a reforma de 1992 ao Código de Processo Civil, a tutela do equivalente cresceu em importância, porquanto assumiu feição de generalidade, sendo incluída como uma providência do procedimento comum, do Processo de Conhecimento do Livro I do Código de Processo Civil, que repercute sobre os demais tipos de processos e procedimentos, por se entender que contém normas gerais de processo.²⁴⁰

Como se sabe, o princípio da intangibilidade da liberdade pessoal ou da autonomia da vontade do obrigado pode se constituir em um limite à realização específica da obrigação de fazer ou não fazer na hipótese de infungibilidade de ordem prática,²⁴¹ quando não se pode contar com a espontânea cooperação do devedor. Os artigos 639 e 641 do Código de Processo Civil de 1973 já haviam representado um importante avanço na relativização dos efeitos do referido princípio, prevendo casos em que o provimento judicial poderia substituir utilmente a manifestação de vontade retida indevidamente pelo obrigado, transformando uma infungibilidade material em fungibilidade jurídica, para se obter assim, através de medidas sub-rogatórias, o cumprimento específico da obrigação, evitando sua derivação em perdas e danos, tal como se dá com o provimento que concede a adjudicação compulsória.

Mediante a consagração da tutela do equivalente passa-se a admitir a *superção da resistência do devedor* em cumprir a obrigação ou o dever específico através da utilização de medidas de sub-rogação, não apenas para a execução específica (obtenção do resultado específico), mas também para a

²⁴⁰ Conforme disposição do art. 272, parágrafo único do Código de Processo Civil.

²⁴¹ WATANABE, Kazuo, *Op. Cit.*, p. 41-42.

execução do equivalente ou, segundo a literal dicção da lei, para obter o resultado prático equivalente ao do adimplemento (*caput* do art. 461 e seu § 5º), ou para obter o resultado prático correspondente (§ 1º do art. 461).

O resultado prático equivalente ou o resultado prático correspondente certamente haverá de ser um outro resultado, diverso daquele inicialmente previsto, não servindo a expressão para designar apenas a utilização instrumental de meios sub-rogatórios diversos dos convencionais para se atingir o mesmo resultado. Uma vez observados os limites da adequação e da necessidade, o ordenamento brasileiro passa a admitir até mesmo a substituição do objeto específico da prestação por outro objeto equivalente, na perspectiva do credor ou do titular do direito à prestação, que pode aceitar como sucedâneo do adimplemento outro bem, outro fato. Assim, tomando o exemplo do artista de renome que se recusa a pintar o quadro prometido, pode se revelar impossível a execução específica, enquanto não se pode violentar a liberdade do artista para que efetivamente realize aquela obra,²⁴² mas o autor pode preferir, ao invés da conversão da execução específica em execução genérica por perdas e danos, a conversão daquela em execução do equivalente, propondo-se a aceitar como cumprida a prestação se lhe for entregue outra obra, já concluída, do mesmo artista ou, quiçá, um conjunto de obras, ainda que de valor superior à pintura encomendada inicialmente. Há que se considerar que, na prática, ocorreu o resultado equivalente, sob a ótica do credor evidentemente, não se podendo descurar da formulação de juízos, nos casos concretos, sobre a adequação e proporcionalidade da prestação. Por que não? ²⁴³

²⁴² WATANABE, Kazuo, *Op. Cit.*, p. 46.

²⁴³ “As medidas enumeradas no § 5º do art. 461 são apenas exemplificativas. Portanto, outras podem ser adotadas, desde que atendidos os limites da adequação e da necessidade. Não faltarão pessoas, certamente, que procurarão combater semelhante solução e também a ampliação dos poderes do juiz para a obtenção da tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer ou para o atingimento do resultado prático equivalente. Não se pode esquecer, porém, que o nosso sistema admite soluções tão ou mais draconianas para a tutela de dois direitos patrimoniais, como a ação de despejo, cuja sentença é executada inclusive com remoção de pessoas, sejam adultas ou crianças, possuam

Essa previsão da tutela do equivalente como forma alternativa de cumprimento das obrigações somente pode ser considerada como inovação substancial, que repercute inovadoramente e de modo abrangente no plano das relações de direito material.

Merecem ainda destaque as alterações havidas pela Lei 8.951/94 nos §§ 1º ao 4º do artigo 890 e nos §§ 1º e 2º do artigo 899 do Código de Processo Civil, cujos dispositivos tratam da ação de consignação em pagamento, dita especial, precisamente porque não se acomodava ao sistema da ordinarização, prevendo os indispensáveis atos materiais da própria consignação de quantia ou coisa e, ainda, por se tratar de uma ação com cognição sumária parcial, ainda que exauriente, que limita as matérias de defesa do réu e, assim, o objeto litigioso. Essa lei privilegiou alterações funcionais, de um lado permitindo uma fase extrajudicial da consignação, que poderia ser qualificada como uma nova modalidade daquelas manifestações que OVÍDIO qualifica como *autotutela judicializada*.²⁴⁴ Por outro lado, incluiu uma modalidade de antecipação de tutela satisfativa, definitiva, ainda que interinal, ao permitir que o credor promova o levantamento da quantia consignada a despeito da alegação de insuficiência do depósito e da continuidade do processo. Por último, tem-se a inovação de ter instituído uma *actio duplex*, na medida em que outorga eficácia executiva à sentença que concluir pela insuficiência do depósito, permitindo ao réu-credor a execução forçada pela diferença²⁴⁵ nos mesmos autos, o que ainda indica uma alteração estrutural quanto à atividade executiva.

Finalmente, não há como deixar de referir à importante inovação da Lei 9.079/95, que alterou o artigo 1.102, do Código de Processo Civil, instituindo a ação monitória. Uma ação sumária, caracterizada pela absoluta sumariedade da cognição e do rito, à semelhança dos provimentos monitórios documentais do

ou não outro imóvel para habitação semelhante demanda é tradicional em nosso sistema e aceita por todos como a solução natural e de excelente efetividade.” (WATANABE, Kazuo, Idem, p. 45-46).

²⁴⁴ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*, vol. 1, p. 146.

²⁴⁵ DINAMARCO, Cândido R. *A Reforma do código de processo civil*, p. 215-216.

ordenamento italiano e que prevê, inovadoramente no sistema do Código, a emanção de um provimento sumário final, isso é, que se propõe a resolver definitivamente o mérito, na fase de formação do processo, antes da citação do réu, que toma conhecimento da demanda após a decisão do juiz e, em caso de procedência ou deferimento do provimento monitório, para oferecer a ação impugnativa dos embargos, visando desconstituir aquele provimento que se consubstancia em *sentença condenatória sumária*, autorizando desde logo a expedição de mandato executivo, propiciando a execução forçada nos mesmos autos.

24. Antecipações de tutela antes e depois da reforma do Código de Processo de Civil: relativização do padrão da *ordinariedade*

O artigo 461 do Código, à semelhança da disposição surgida com a nova redação do artigo 273 do CPC, rompeu sem dúvida alguma com a ortodoxia da *ordinariedade* do processo de conhecimento, prevendo expressamente a possibilidade de tutela antecipatória interinal nos processos regulados pelo Livro I do Código, vale dizer, nos casos em que tem aplicação o procedimento comum, ordinário ou sumário, do processo de conhecimento, o que não exclui, antes recomenda, a aplicação dessas antecipações interinais em outros procedimentos especiais.

Antes da reforma já existia evidentemente a possibilidade de se requerer e de se obter medidas provisórias antecipatórias em procedimentos especiais, tais como nas ações possessórias de força nova, nos embargos de terceiro ou, ainda, em procedimentos previstos em leis extravagantes, como no mandado de segurança, na ação popular, na ação de desapropriação, nas ações de alimentos, nas ações coletivas. Afora os procedimentos especiais, subsistia a possibilidade de se requerer e de se obter medidas antecipatórias através das técnicas do Livro III do CPC, ou seja, através das chamadas ações cautelares inominadas ou cautelares satisfativas, movidas de modo antecedente ou incidente a um

pedido deduzido em um processo dito principal, do qual a ação cautelar antecipatória inominada, atípica, decorrente do que se convencionou chamar poder geral de cautela, seria sempre dependente, consoante a dicção, em termos gerais, dos artigos 796 e 798 do Código de Processo Civil.

Não pode haver dúvidas quanto ao fato de que o Livro III do Código de Processo Civil de 1973 sempre contemplou, sob a rubrica de cautelar, além de medidas meramente conservativas, relativamente a bens ou mesmo relativamente à prova, tais como o arresto, seqüestro ou a medida de produção antecipada de prova, medidas antecipatórias para adiantar a satisfação de interesses plausíveis (*fumus*) na perspectiva de que, oportunamente, esses interesses pudessem merecer a tutela em processo cognitivo – cognição exauriente. Desse tipo antecipatório são obviamente as medidas como as dos alimentos provisionais (artigos 852 a 854) e algumas medidas indicadas de modo exemplificativo em alguns incisos do artigo 888 do CPC (ainda no Livro III), tais como a guarda provisória de filhos, a regulação provisória do direito de visitas ou, ainda, a interdição ou demolição provisória de prédios para resguardar a saúde, a segurança ou outro interesse público.

EGAS MONIZ DE ARAGÃO, discorrendo sobre as medidas cautelares inominadas, em monografia apresentada em 1988 nas XI Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, portanto muito antes da reforma, já adiantava que *a rigor nada impede que a solução final seja desde logo adiantada, através de medida cautelar atípica, quando “a existência da obrigação não é seriamente contestável” (expressão com que o CPC francês refere o tradicional fumus boni iuris) se houver razoável possibilidade de o beneficiário do adiantamento sair vencedor no processo principal e se for possível garantir suficientemente o outro litigante para a hipótese de ocorrer o inverso.*²⁴⁶

GALENO LACERDA, por sua vez, fiel à concepção tradicional que

²⁴⁶ ARAGÃO, Egas Moniz de. *Medidas cautelares inominadas*, In: Revista Brasileira de Direito Processual Civil, n. 57, p. 51.

remonta a CARNELUTTI e a CALAMANDREI, sempre incluiu as medidas de antecipação provisória da prestação jurisdicional no rol das providências cautelares, de acordo com a sua conhecida e difundida classificação das medidas cautelares.²⁴⁷ Apesar de suas notáveis contribuições ao projeto do Código de Processo Civil de 1973, entendia que, além das técnicas preconizadas pelo Livro III para o exercício da ação cautelar, era possível, mesmo antes da reforma do Código, cumular o pedido cautelar ou antecipatório, vale dizer, a ação cautelar com a ação ou o pedido principal, posto que esta técnica, mais salutar, mais econômica, não inviabilizava a tutela a ser concedida pelo processo de conhecimento, antes se harmonizava com o sistema do Código de Processo Civil e evitava tumulto processual.

Em palestra sobre Processo cautelar, proferida no ano de 1986, em Curso de Especialização da PUC/SP, disse GALENO LACERDA: “Outro ponto importante, meus amigos, é o problema da cumulação das ações cautelares. Aqui, de novo, nos defrontamos com o formalismo, duplamente: primeiro, porque o Código conferiu destaque muito grande ao processo cautelar, como se fosse um processo independente, autônomo, em relação ao processo principal. Em segundo lugar, porque existe o art. 292, que diz: é permitido a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão, desde que os juízos sejam competentes e que seja adequado, para todos os pedidos, o tipo de procedimento. Neste item terceiro é que esbarra literal e formalmente a possibilidade de cumulação. Pergunto aos senhores: o legislador, quando escreveu esse artigo, teria pensado no processo Cautelar? Não! Se o legislador permite a cumulação de ações, mesmo não conexas, no *caput* do artigo, com muito mais razão, poderemos cumular ações que, na verdade, possuem um vínculo muito mais íntimo do que a conexão, que é a continência. A ação cautelar é uma ação continente, ela emerge da mesma lide, ela emerge do mesmo conflito de interesses, como a necessidade de uma segurança prévia

²⁴⁷ LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, tomo I, p. 11.

àquele direito em litígio. Solicita-se a tutela cautelar, portanto ela está inserida na mesma lide. O bom senso impõe a necessidade de cumular também os pedidos. Porque não? Só porque o rito é diferente? Mas na verdade, na prática, o que é que ocorre? Na prática o processo cautelar é autuado em separado e se esgota na liminar. Depois ele é anexado, a instrução é conjunta e, na sentença, o juiz resolve os dois pedidos. Quando em procedimentos especiais ocorre a possibilidade da liminar, com isso nós estamos tumultuando o processo? Absolutamente não! Muitas dessas providências possuem o mesmo nome, tanto ação cautelar como ação principal, como p. ex., a ação cautelar de busca e apreensão, ação principal de busca e apreensão. Então o equívoco é muito comum, e muito desculpável; eu até diria aos senhores bendito equívoco, que vem ao encontro do princípio básico de economia processual. Por que nós vamos desdobrar esses processos, se, na verdade, eles têm o mesmo nome? Resolvemos tudo de uma só vez! Concede-se a liminar de busca e apreensão do filho, e depois julga-se naquele mesmo processo o litígio principal, a respeito desse problema: regulamento das visitas do pai aos filhos. Ali mesmo eles resolvem os problemas básicos da ação principal.”²⁴⁸

Mesmo com o aval da autoridade de GALENO LACERDA não prosperou a idéia da cumulação, tendo permanecido íntegra a ordinarização do *Processo de Conhecimento*, até que sobreveio a Lei 8.952/94, prevendo expressamente tal possibilidade. Dinamizaram-se então os pedidos de antecipação e as concessões de tutela antecipada provisória ou interinal, segundo as novas técnicas, sob o estímulo dos processualistas de vanguarda, animados por uma nova mentalidade, que procuraram enfatizar as virtudes da antecipação com vistas à efetividade do processo, como se todas as antecipações fossem inconciliáveis com a função cautelar, sempre maltratada, que deveria ficar confinada à produção de medidas meramente conservativas, perdendo inclusive a característica que sempre lhe foi peculiar, como a da fungibilidade, que sempre permitiu ao juiz decretar a medida

²⁴⁸ LACERDA, Galeno. *Processo cautelar*. In: Revista de Processo, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 44, p. 193-194.

adequada, fosse conservativa ou antecipatória, para a afastar a situação de perigo irreparável em torno dos interesses plausíveis.

As inovadoras técnicas de antecipação seriam medidas que adiantariam cognição (cognição sumária) e simultaneamente execução dos direitos subjetivos sumariamente definidos, aspirando estabilidade, até que porventura seus efeitos fossem convalidados pelo provimento de cognição exauriente, no mesmo processo, ressalvada a hipótese, tida por remota, de modificação, o que não comprometeria a funcionalidade da medida interinal, que se situa em um *iter* da cognição, à semelhança do que pode ocorrer com as próprias sentenças de cognição exauriente, passíveis de modificação em face de recursos.

25. Confusão em torno das tutelas cautelar e antecipatória - *arbor et vite*

Quando se inicia o estudo da história do direito processual civil nos cursos de graduação, mais precisamente quando se está investigando as suas origens no direito romano primitivo, no período da *legis actionis*, que vai da fundação de Roma até o ano de 149 a.C., aprende-se que nessa fase as partes somente podiam manipular as ações da lei que eram em número de cinco; *que o procedimento era excessivamente solene e obedecia a um ritual em que se conjugavam palavras e gestos indispensáveis; que bastava, às vezes, o equívoco de uma palavra ou um gesto para que o litigante perdesse a demanda.*²⁴⁹

MOACYR AMARAL SANTOS, propondo-se a ilustrar, senão caricaturar, o excessivo formalismo que predominava na Roma antiga, enfatiza realmente que o procedimento, inspirado nas *exigências de um povo primitivo*, era nitidamente formalista, obedecendo a solenidades rigorosíssimas, em que as fórmulas verbais, cada uma das palavras e os gestos deveriam ser escrupulosamente obedecidos. Qualquer desvio ou quebra de solenidade, por

²⁴⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1987, p.

mínimos que fossem, um gesto que fosse olvidado, uma palavra omitida ou substituída davam lugar à anulação do processo, com a vedação de propositura de outro sobre o mesmo objeto: *quidquid fit contra legem nullum est*. E prosseguindo, narra a seguinte passagem: “Conta GAIO (I., 4.11) que certa pessoa, agindo por causa de videiras cortadas, mencionara perante o magistrado a palavra *vites*, e não *arbor*, e somente por isso perdera a ação, pois a Lei das XII Tábuas, na qual esta se fundava, falava de árvores cortadas em geral. Será, talvez, simples anedota. Todavia, serve o exemplo para salientar como era rigoroso o formalismo de então.”²⁵⁰

Diante de tal ilustração todos ficavam pasmos, certamente, com o alto grau de formalismo do direito romano primitivo. *Arbor or vite*, eis a questão! Medida cautelar ou medida antecipatória, eis a questão que se repete!

Passaram-se vinte séculos, o direito processual civil consolidou-se como ciência e, supostamente, atingiu a maturidade nesse limiar de terceiro milênio, quando ingressa na fase instrumentalista, *o terceiro momento metodológico do direito processual*. Quer-se, nesse momento, ver os processualistas tomados por uma consciência universal de que os chamados *princípios formativos do processo*, os princípios de ordem lógica, jurídica, política e econômica, exigem uma postura crítica dos operadores do direito, que não mais se compadece com o método escolástico, gnosiológico, dogmático e formalista, exigindo isto sim uma *atitude funcionalista do processo*, que prioriza os objetivos ou resultados, enfim, a utilidade do instrumento, ou seja, a efetividade do processo.²⁵¹ Não se trata de situar a atividade jurisdicional como fonte criadora do direito (teoria dualista), posto que ao juiz, sensível aos escopos do processo, cabe sempre

²⁵⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, vol. 1, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1978, p. 32.

²⁵¹ DINAMARCO, citando BARBOSA MOREIRA e MAURO CAPPELLETTI, enfatiza que a proposta da processualística moderna, na fase da instrumentalidade, reside primordialmente no abandono da atitude puramente gnosiológica para assumir uma atitude funcionalista, que se propõe a interpretar o processo para obter sempre uma transformação da realidade para melhor. (*A instrumentalidade do Processo*, p. 17-20).

revelar o direito no caso concreto (teoria unitária).²⁵²

Todavia, o que se vem constatando, particularmente no Brasil, é que enquanto se tece elogios ao ideal reformista, a prática forense vem amesquinhando a grandeza das reformas propostas. Há ainda um grande descompasso entre o discurso doutrinário e a prática processual. De um lado, o discurso não é unísono. De outro, percebe-se que o formalismo ainda resiste e impera no foro, tanto que quando não se impõe esse tecnicismo em face de um conservadorismo ultrapassado ou em virtude de uma formação jurídica estritamente tecnicista, ainda assim ele se apresenta ou se manifesta como uma espécie de odiosa salvaguarda do aparelhamento judiciário, ainda precário e insuficientemente dimensionado, contra a avalanche de processos que entulham os cartórios e secretarias do foro judicial.

Não são raros os casos, aliás estes são freqüentes, em plena fase instrumentalista do processo, em que o pedido do autor, a despeito da urgência manifesta, é indeferido liminarmente sob o fundamento de que o autor requereu medida cautelar, quando deveria ter requerido medida antecipatória, e vice-versa, aplicando-se a velha fórmula *arbor et vites*, sem qualquer preocupação de promover uma investigação aprofundada sobre a real natureza da função cautelar e sua possível compatibilidade com antecipações de urgência. E ainda que não se pudesse admitir a sintonia funcional da cautelaridade com a antecipação, mesmo assim a situação de urgência recomendaria que se promovesse, até mesmo *ex-officio*, a adequação do rito,

²⁵² “Reafirma-se que o direito processual não teleologicamente predisposto à criação de situações jurídicas novas (teoria dualista do ordenamento jurídico), muito embora seja inegável o elevado grau de participação do juiz na determinação da vontade do direito em cada caso concreto; ao juiz não é lícito trazer para as decisões as suas preferências pessoais, senão canalizar os sentimentos da nação e, mediante sua sensibilidade a eles, buscar o sentido das normas; os desvios das decisões que se afastam da real vontade do direito podem ser devidos a erros ou arbitrariedades do juiz ou à conduta das próprias partes, mas a sua ocorrência situa-se no campo dos fenômenos e não infirma a assertiva, aqui reiterada, de que ao juiz não compete a criação do direito do caso concreto.” (DINAMARCO, Cândido R. *Op. Cit.*, p. 447-448). Sobre o assunto, ver ainda, do mesmo autor, *Fundamentos do processo civil moderno*, 3. ed., vol. I, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 58-70.

geralmente fácil e sempre possível, inclusive à luz do inciso V, do art. 295, do Código de Processo Civil,²⁵³ quando não à luz do artigo 797 que autoriza o juiz a agir de ofício em casos excepcionais e, certamente, assegurar a efetividade da jurisdição de urgência, é questão de ordem pública, ainda que tenha como o escopo dessa tutela a preservação ou o resgate idealidade de interesses relevantes, plausíveis que sejam, das partes, notadamente interesses materiais, em situações de perigo de dano irreparável.

Ademais, o movimento instrumentalista esconjura o isolamento de funções processuais e, ainda mais, esconjura a noção da neutralidade judicial que é confundida com passividade e indiferença do juiz diante das razões contidas nas pretensões em conflito, exigindo sensibilidade social, iniciativa e dinamicidade.

Com efeito, se o movimento instrumentalista ganha prestígio e adeptos precisamente porque tem permitido a combinação, em um mesmo organismo processual, das funções cognitivas, executivas e cautelares, prestigiando a chamada postura funcionalista, torna-se insustentável a atitude daqueles que agora insistem em estabelecer um isolamento absoluto das funções e técnicas da cognição sumária com a cautelaridade. *Arbor et vites!*

Em nome de um formalismo exagerado e injustificável, notadamente quando os contornos da tutela antecipatória e cautelar ainda não estão suficientemente consolidados pela doutrina e jurisprudência, *tem-se negado tutela jurisdicional de urgência oportuna e adequada, comprometendo-se o ideal da efetividade do processo, negando-se, pois, os postulados do movimento reformista e mesmo os postulados da dogmática, que sempre atribuiu à função cautelar, subsidiária, a*

²⁵³ A jurisprudência, ainda presa à concepção tradicional do processo cautelar, em não raras vezes tem negado proteção a direitos plausíveis em situações de urgência por inadequação da técnica utilizada pelo autor, não permitindo a veiculação de pedido de caráter antecipatório, satisfativo (ainda que em parte), através do processo cautelar, ou de medida de caráter meramente conservativo no próprio processo de conhecimento. Nesse sentido: TRF 3ª Região, AC 532819, 1ª T., Rel. Juiz Roberto Haddad, DJU 21.03.2000, p. 256; TRF 1ª Região, AG 01000098921, 4ª T., Rel. Juiz Hilton Queiroz, DJU 19.11.1999, p. 370; STJ – Resp 139.552-RS, 1ª T., Rel. Min Demócrito Reinaldo – DJU 30.08.99.

aptidão de superar os problemas de origem técnica e funcional que poderiam comprometer a efetividade da jurisdição.

Seja qual for a concepção doutrinária ou ideológica, o fato é que a antecipação provisória da tutela jurisdicional segundo as técnicas previstas nos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil surgiu para favorecer a consecução dos ideais de instrumentalidade e efetividade do processo, não para criar embaraços ao ajuizamento das pretensões de urgência, que antes da reforma realizada nos referidos dispositivos pela Lei n.º 8952/94, quer fossem pretensões à antecipação, quer fossem pretensões a medidas conservativas, podiam ser deduzidas comodamente segundo as técnicas do Livro III (Processo Cautelar) do Código de Processo Civil.²⁵⁴

A grande virtude da nova técnica da tutela antecipatória provisória foi a de quebrar a ordinariedade do Processo de Conhecimento do Livro I do Código de Processo Civil, permitindo a incoação de provimentos interinais, com efeitos imediatos, positivos ou negativos, no plano das relações materiais e, eventualmente no plano processual, antes mesmo da certificação em cognição exauriente do direito em lide, ou antes da superveniência do provimento final que deverá trazer a eficácia declarativa de certeza em torno de uma pretensão principal ou ideal no mesmo organismo processual,²⁵⁵ de modo genérico.

Pela ótica da instrumentalidade, todavia, não pode ficar absolutamente

²⁵⁴ Conforme se pode notar da seguinte ementa: “1. Ação possessória. Posse direta. Posse indireta. 2. Medida cautelar satisfativa. Busca e apreensão. Bem móvel. 3. Locação de veículo. 4. Tutela antecipada. Quando cabe. Conceito. – Locação. Busca e apreensão. Veículos. Cautelar satisfativa. Indeferimento da inicial e tutela antecipatória. Nos casos de bipartição da posse, por força de contrato, a quebra deste faz desaparecer a causa jurídica eficiente da posse exercida pelo locatário, conduzindo à Resilição do pacto, e não dispensa a declaração judicial correspondente, quando desavindas as partes. *A tolerância da utilização do processo cautelar para veicular demandas não exatamente cautelares decorria de hiato existente na lei, o que não mais se justifica, pela norma trazida pelo art. 273 CPRCV, instituindo a tutela antecipatória.* Inicial corretamente indeferida. Improvimento.” (sem destaque no original) TARS, AC 195.078.100 – 9ª Civ., Rel. Juiz Breno Moreira Mussi, j. 12.07.1995. (Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul [on line], Jurisprudência, Disponível: <http://www.tj.rs.gov.br>).

²⁵⁵ Sobre pretensão ideal, ver CUNHA, Alcides Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*, p. 117-123.

descartada a possibilidade do pedido antecipatório, em situação de urgência (o que insinua a cautelaridade), poder ser deduzido de modo antecedente, para se promover, oportunamente, a emenda à demanda de urgência, possivelmente já vitoriosa com deferimento de liminar, para depois ali se incluir o pedido primário (pedido cognitivo) com todas as especificações e cuidados que a prudência recomenda a uma petição inicial de tutela definitiva.

Se o movimento instrumentalista indica que as técnicas não devem ser isoladas, mas combinadas, ainda que pertinentes a diferentes funções jurisdicionais, não há motivo, senão excesso de formalismo, para não se admitir, em face de situações peculiares de urgência, a associação harmoniosa de técnicas do Livro III (artigos 796 e 798) com técnicas do Livro I (nova redação dos artigos 273, I e 461) do Código de Processo Civil. E porque não? Afinal não foram revogadas e estão aí vigentes, no que couber, as disposições genéricas do Livro III, como a que trata do requerimento (pedido) de medida de urgência antecedente (art. 796) e a que confere ao juiz o poder geral para decretar quaisquer medidas provisórias, temporárias, antecipatórias ou conservativas, desde que sejam adequadas às peculiares situações de urgência, caracterizadas pelo *fumus e periculum* (art. 798).

Se já havia a técnica da dissociação do pedido de urgência em relação ao pedido primário, pelas disposições genéricas do Livro III, exigindo procedimentos distintos, agora se tem a técnica da cumulação genérica, inicial ou ulterior, no mesmo organismo processual, pelas técnicas de tutela de urgência dos artigos 273, I, e 461, §3º, do Código de Processo Civil.

Por isso, por romper com o rigor da ordinariedade do procedimento comum do processo de conhecimento e pelas dificuldades interpretativas que este rompimento ocasiona na compreensão do sistema processual, é que OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA apontou a tutela antecipatória provisória dos artigos 273 e 461 como a mais importante novidade introduzida em nosso direito pelo

movimento das recentes reformas em nossa lei processual civil.²⁵⁶ Trata-se todavia de uma novidade que mais se qualifica como estrutural e, isso, pelo caráter de generalidade com que foi concebida, porque em procedimentos especiais já se tinha a antecipação interinal. Não se trata tanto de novidade funcional, pelo menos a antecipação de urgência prevista no inciso I, do artigo 273 e no § 3º do artigo 461 do Código de Processo Civil, porque essa modalidade de antecipação genérica já existia sob as técnicas do Livro III.

Subsiste, é certo, a dificuldade conceitual ou de enquadramento sistemático a respeito da tutela antecipatória, se de cognição sumaria para a presunção e realização de direitos subjetivos mediante provimentos que aspiram a estabilidade ou se cautelar, para preservar ou resgatar a inteireza de interesses apenas plausíveis em situações de extrema urgência, mediante provimentos essencialmente instáveis. O fato, porém, é que essas dificuldades conceituais não podem servir de pretexto para se comprometer a funcionalidade ou a efetividade da tutela de urgência, das quais seguramente as medidas antecipatórias e as medidas conservativas constituem espécies.

Se nos casos concretos não se vislumbra incompatibilidade procedimental imediata para a apreciação dos pedidos de urgência, impõe-se desde logo essa

²⁵⁶ “A nova redação dada ao art. 273 do Código de Processo Civil, pela Lei n.º 8952, de 13 de dezembro de 1994, autorizando, no Processo de Conhecimento, a ‘*antecipação dos efeitos*’ da tutela postulada pelo autor, na ação, é certamente a mais importante novidade introduzida em nosso direito pelo movimento das recentes reformas em nossa lei processual civil. É a mais importante e, ao que tudo indica, será a mais polêmica de todas as novidades, seja pelas dificuldades inerentes ao tema, seja igualmente pela forma como o legislador inseriu essa técnica que a lei indica como ‘*antecipação dos efeitos*’ da tutela postulada pelo autor. Não se ignora que esta forma processual vinha sendo praticada por nossos juizes e tribunais, desde longa data, com fundamento nos arts. 798 e 799 do Código de Processo Civil. Mas, embora a vocação desses dispositivos legais fosse, desde sua introdução no direito italiano, mais propensa a legitimar formas *antecipatórias* de tutela jurisdicional do que propriamente a consagrar uma legítima proteção de simples segurança não satisfativa da pretensão litigiosa (tutela cautelar), o certo é que a ‘*antecipação dos efeitos da tutela pretendida*’ pelo autor, outorgada com base naqueles preceitos legais, dava-nos sempre a impressão de estarmos a contrabandear alguma forma de tutela processual não prevista e não autorizada por nosso direito.” (OVIDIO BAPTISTA DA SILVA, A ‘*antecipação*’ da tutela na recente reforma processual, *apud Reforma do código de processo civil*, obra coletiva, coord. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, p. 129-130).

apreciação, promovendo-se oportunamente as eventuais adequações procedimentais se isso for realmente necessário para contribuir para a efetividade da jurisdição.

Interessante é ainda notar que enquanto a prática forense propende a negar, com certa complacência da doutrina, sem qualquer praticidade, a fungibilidade de técnicas para o exercício da tutela de urgência, o que pode redundar em negação da jurisdição no caso concreto, tem-se proposto a utilização das técnicas do Livro III, independentemente de previsão legal, para se requerer tutela sumária de direitos que não admitem séria contestação (direitos evidentes – fora das situações de *periculum damnum*), independentemente da previsão legal.²⁵⁷

26. Ação, processo, procedimento e tutela

Atualmente, tem-se priorizado o uso da expressão tutela ao invés de ação, processo ou procedimento para se referir aos mecanismos de proteção jurisdicional aos interesses em conflito, precisamente para evitar a categorização de modelos procedimentais rígidos que a tradição associou aos termos ação e processo, como *ação e processo cautelar*, *ação e processo de conhecimento*, *ação e processo de execução*, *ação e processo especial*, como se estas locuções designassem forçosamente um modelo típico, formal, de ações, processos e procedimentos, impedindo variantes rituais.

Entende-se que a expressão *tutela* é mais abrangente, porque deve compreender não apenas todo o conjunto instrumental destinado à proteção dos direitos, como também o compromisso ético dos seus operadores com a utilização dos meios mais adequados à solução do caso concreto, o que desafia inclusive a criatividade desses operadores que devem ser sensíveis às tensões embutidas em cada pretensão em conflito para atingir o ideal de presteza e adequação da resposta jurisdicional.

²⁵⁷ FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*, p. 50-67 e 332-333.

Sob esta perspectiva é que, em *A lide cautelar no processo civil*²⁵⁸ enfatizou-se a influência da lide na tipologia processual, na esteira dos ensinamentos de ANDREA PROTO PISANI²⁵⁹ que vem se dedicando à pregação das tutelas jurisdicionais diferenciadas. Sob esta perspectiva é que BEDAQUE anunciou também que *a ação não ocupa (mais) posição de destaque no direito processual moderno, sendo que contribuição muito maior para o desenvolvimento da ciência processual é o aprimoramento teórico das tutelas jurisdicionais, pois permite verificar que tipo de proteção que o sistema oferece aos direitos.*²⁶⁰

Tecendo considerações sobre a ação e procedimentos cautelares ou antecipatórios, sob a ótica da adequada tutela, aduziu BEDAQUE que *o aspecto formal em nada influi na natureza da tutela; ainda que requerida no bojo do processo cognitivo, caracteriza-se como cautelar incidental; além do mais não*

²⁵⁸ CUNHA, Alcides Munhoz. *A Lide Cautelar no processo civil*, p. 85-90.

²⁵⁹ PROTO PISANI, visualizando o processo civil como a contrapartida que o Estado deve oferecer aos cidadãos diante da proibição da autotutela, sempre enfatizou que esta contrapartida deve se traduzir na predisposição de meios diferenciados e adequados às necessidades de tutela em particulares situações de conflito (I rapporti fra diritto sostanziale e processo *apud* *Appunti sulla giustizia civile*, p. 42); que o nexo de instrumentalidade que liga o direito processual ao direito substancial traduzia-se, então, em uma relação de ‘interdependência’, tanto que, a nível de efetividade, o direito substancial deve também a sua existência ao direito processual (Introduzione (Breve premessa a un corso sulla giustizia civile) *apud* *Appunti sulla giustizia civile*, p. 8-34); que a efetividade do processo depende da aplicação de formas diversas de tutela quanto aos procedimentos, aos conteúdos e às modalidades de atuação das providências jurisdicionais, tendo em vista a diversidade estrutural de lides (I rapporti..., p. 44); que o processo, como método de aplicação do direito processual, não pode ser indiferente à natureza dos interesses em conflito (Introduzione..., p. 11); que “non esiste un unico processo che offra una unica forma di tutela per tutte le situazioni di vantaggio, ma esistono invece una pluralità di processi ed una pluralità di forme di tutela giurisdizionale; la diversità di questi processi e di queste forme di tutela, e delle loro variegate combinazioni, riflettono la diversità dei bisogni di tutela delle situazioni di vantaggio (...) perché sia assicurata la tutela giurisdizionale di una determinata situazione di vantaggio non basta, non è sufficiente, che a livello di diritto processuale sia predisposto un procedimento quale che sia, ma è necessario che il titolare della situazione de vantaggio violata (o di cui si minaccia da violazione) possa utilizzare un procedimento strutturato in modo tale da potergli fornire una tutela effettiva e non meramente formale o astratta del suo diritto” (Introduzione..., p. 11).

²⁶⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*, p. 116

*se pode excluir definitivamente que a antecipação possa ser requerida em procedimento autônomo, desde que se apresente necessária a utilização dessa técnica, como pode ocorrer nos casos de sustação de protesto, a fim de assegurar a efetividade da tutela. O que não se pode é obstar a realização de valores constitucionalmente garantidos (devido processo legal e princípio da inafastabilidade).*²⁶¹

Ainda nessa perspectiva se situa toda a notável contribuição de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, revigorando o conceito de ação processual com a difusão do conceito de ação material, para evidenciar que, desde que proibida a autotutela, cabe ao Estado, destinatário da ação processual, realizar a ação material que tolheu aos jurisdicionados da forma mais adequada, mais apropriada à pretensão que aspira por uma peculiar ação material, residindo aí a autêntica substitutividade que deve caracterizar a atividade jurisdicional,²⁶² influenciando na fungibilidade dos procedimentos. *Tutela e não processo*, diz OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, para salientar que o termo tutela é mais abrangente, porque pressupõe técnica necessariamente apropriada à substância dos interesses em conflito.²⁶³

LUIZ FUX, em sua obra *Tutela de Segurança e tutela de evidência*, sustenta também, de *lege lata*, invocando princípios constitucionais, ser

²⁶¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. Cit.*, p. 291.

²⁶² Vide *infra*, item 35 da Parte I.

²⁶³ “Cabe-nos agora estudar a denominada *tutela cautelar* e, para isso, a primeira providência a adotar haverá de ser o estabelecimento da distinção entre *Processo Cautelar* e *tutela cautelar*. Esta exigência impões-se por dois motivos, o primeiro de ordem conceitual, dado que o estudo do processo em si mesmo, como técnica, ou como forma de atuação do direito material, nada tem a ver com as possíveis matérias ou substâncias que compõe seu respectivo conteúdo, de modo que, ao dizermos processo cautelar, aludimos apenas ao instrumento e não à substância nele contida. O segundo motivo é a necessidade de evitar a confusão que a linguagem jurídica comum tem estimulado entre *Processo Cautelar* e *tutela cautelar*, como se o procedimento previsto pelo legislador como veículo destinado a realizar esta forma de proteção jurisdicional, conhecida como tutela cautelar, fosse sempre e necessariamente utilizada para o cumprimento de sua finalidade institucional.” (SILVA, Ovidio Baptista da, *Curso de processo civil*, vol. 3, p. 15-16).

perfeitamente admissível a combinação de técnicas ou a fungibilidade de procedimentos para promover com efetividade a tutela de segurança, urgente.²⁶⁴

O jovem e talentoso processualista paranaense LUIZ GUILHERME MARINONI desde a primeira obra que publicou, *Tutela cautelar e tutela antecipada*, tem insistido na insuficiência dos padrões técnicos do direito processual positivo e, invocando e conjugando os princípios constitucionais da inafastabilidade (art. 5º XXXV da CF) e do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), tem apregoado, em sintonia com outros tantos processualistas do porte de ADA PELEGRINI GRINOVER, ARRUDA ALVIM, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, CANDIDO DINAMARCO, KAZUO WATANABE, TEORI ALBINO ZAVASCKI, e SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA,²⁶⁵ que estas garantias não se limitam a assegurar o direito de ação e de defesa, mas que se dinamizam para assegurar a cada cidadão o direito à adequada tutela jurisdicional. E por isso, conquanto tenha se proposto a distinguir as virtudes da tutela antecipatória em relação à tutela meramente cautelar ou conservativa, não hesitou em afirmar: “Destarte, face ao nosso direito positivo, é facilmente aceitável a tese de que a tutela sumária antecipatória está embutida no Livro III do Código de Processo Civil.”²⁶⁶

O movimento das tutelas jurisdicionais diferenciadas, uma das tônicas da fase instrumentalista, veio para ficar. O tecnicismo exacerbado foi atingido mortalmente e se persiste, é assombração. Sempre se reconheceu a influência da lide (das pretensões em conflito) na tipologia processual. Todavia, a doutrina tradicional, informada sempre pelo princípio liberal, estruturou as categorias de ações, processos e procedimentos com vistas basicamente a uma visão macroscópica das peculiaridades das funções cognitiva e executiva, decorrentes

²⁶⁴ LUIZ FUX situa entre as suas conclusões, a seguinte assertiva: “A efetividade do provimento de segurança reclama ampla criatividade do juiz e fungibilidade na sua adoção, no afã de solucionar ‘adequadamente’ a causa de urgência.” (*Tutela de segurança e tutela da evidência*, p. 368).

²⁶⁵ *Reforma do código de processo civil*, obra coletiva, coord. SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA.

²⁶⁶ MARINONI., *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, p. 91.

de lides estruturalmente diversas.²⁶⁷ A nova proposta dos processualistas é a de se imprimir uma ideologia substancialista, de origem constitucional, aos princípios basilares já enunciados enfaticamente por CHIOVENDA, como o princípio da máxima instrumentalidade do processo, e o princípio da adequação do instrumento.²⁶⁸

Tais princípios, como anotou agudamente HUMBERTO THEODORO JUNIOR, *quando estão imbuídos do influxo substancialista, correspondem ao princípio do devido processo legal, esboçado na Declaração Universal dos Direitos do Homem e que tem sido erigido como princípio constitucional nos Estados democráticos.*²⁶⁹

GALENO LACERDA, um dos maiores e dos mais refinados juristas e processualistas contemporâneos, que inicialmente elogiou a sistematização originária do Código de Processo Civil de 1973, inclusive pelo destaque que conferiu ao *Processo Cautelar*, no Livro III, como terceiro gênero de tutela, reconheceu, afinal, como é próprio dos grandes juristas, que a sistematização do Código de Processo Civil de 1973, categorizando tipos de ação e processo, isolando, com essa técnica, as diferentes funções processuais, era falha, formalista, comprometedora da instrumentalidade dos processos, cujo maior objetivo haveria de ser o de incentivar a *adequação dos atos e funções processuais às peculiaridades da relação material que deles constitui objeto, e sobre a qual incidem.*²⁷⁰ Quer-se pois privilegiar tipos de tutela ao invés de famílias de processos ou gêneros categorizados de processos.

Por isso, em memorável palestra que proferiu em 1992, antes portanto do

²⁶⁷ CUNHA, Alcides Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*, p. 85-90.

²⁶⁸ Vide *supra*, item 14 da Parte I.

²⁶⁹ “Não é suficiente a instituição de qualquer procedimento para que se tenha como cumprido o dever constitucional do *due process of law*. Todos os direitos subjetivos merecem completa proteção do Estado e esta só realmente existirá quando os instrumentos processuais postos à disposição do indivíduo forem adequados para torná-los *possíveis e eficazes*” (THEODORO JUNIOR, Humberto. *A execução de sentença e o devido processo legal*, p. 68).

²⁷⁰ LACERDA, Galeno. *Função e processo cautelar – revisão crítica*, In: AJURIS, vol. 14. n. 56, p. 5.

desencadeamento das reformas, em um Congresso realizado em Curitiba, que reuniu notáveis processualistas, dentre eles MAURO CAPPELLETI,²⁷¹ anotou GALENO LACERDA que a despeito da heterogeneidade de medidas de urgência se de cognição sumária ou cautelares, não se podia mesmo dispensar, a par das técnicas do Livro III, a possibilidade de incoação das medidas no curso de um processo ordinário que fosse: “O pior é que o Código atribuiu a cada função o título de ‘processo’, tratando em ‘livros’ separados, como se elas fossem de todo estanques e autônomas, o que, positivamente, não é certo, e atenta contra a adequação do procedimento às peculiaridades da relação material. Na realidade, as funções jurisdicionais interpenetram-se, mesmo as duas principais (...) Se conhecimento e execução se mesclam, assim no sentido de afinar, de adaptar a dinâmica do processo às peculiaridades do caso concreto, com muito mais razão o mesmo deverá acontecer com a função cautelar, a qual, por sua própria natureza de tutela de segurança (...), deve, necessariamente, se traduzir em vigilância permanente do Juiz ao longo de todos os processos e, por isso, não calha de modo nenhum, ofende sua natureza, espartilhar e sufocar as cautelas sob o formalismo de um processo separado e autônomo. Trata-se, na verdade, de uma função permanente, concomitante às demais e que nelas se interpenetra, como resulta de uma análise global de nosso sistema. Com efeito, encontramos a todo momento no sistema legal, a existência e a possibilidade de atos cautelares incidentes, sem ação nem procedimentos próprios, mas enxertados em processos de outra natureza (...). A função cautelar não pode figurar em livro à parte, sob a forma de ação e procedimentos próprios, quando, na verdade, ela pode efetivar-se mediante simples ato judicial direto, mesmo de ofício, em todo e qualquer procedimento, seja de cognição, de execução, especial, voluntário, regulado pelo

²⁷¹ O 2º Congresso Brasileiro de Direito Processual Civil, sobre a efetividade do processo, promovido pela Universidade Federal do Paraná e patrocinado pela Editora Juruá, sob a coordenação dos Professores Alcides Munhoz da Cunha e Luiz Guilherme Marinoni, reuniu dezenas de processualistas de renome internacional e contou com inscrição de mais de setecentos participantes, sendo alguns palestrantes entregaram seus trabalhos escritos que integram a coletânea *O processo civil contemporâneo*, publicado pela Editora Juruá, em 1994.

Código ou por lei extravagante. A matéria exige, portanto, profunda revisão. Não negamos a utilidade de se prever procedimento próprio para medidas cautelares, mas apenas para as antecedentes ao processo principal e para as que exigirem procedimento especial. Aliás, as antecedentes jurisdicionais, em regra, esgotam-se na liminar. Proposta a ação principal, a instrução torna-se cumulativa e os autos da cautela são apensos aos principais, neles só restando a liminar, se concedida. Em alguns Estados, contudo, se mantém o absurdo e oneroso hábito de levar-se o processo cautelar até o fim, de modo paralelo à ação principal, com grave prejuízo para a economia processual das partes e do próprio Juiz, o qual, avassalado por pilhas de feitos e pautas sem fim, ainda se dá ao luxo de realizar duas instruções e lavrar duas sentenças para a mesma lide; sim, porque a cautela expressa, apenas, uma necessidade de segurança emergente do conflito fundamental (...). O que se verifica, em suma, é que os dispositivos do Código sobre a função cautelar não condizem com a realidade. E urge modificá-los. A verdade é que, quando o Código foi elaborado, há mais de vinte anos, pouco se sabia sobre a função cautelar. Tudo era novidade, já que o Código de 39 pouca coisa dissera a respeito, e na jurisprudência os julgados eram raros, especialmente quanto ao importantíssimo poder cautelar geral. Nessas condições, é natural padeça o Código em vigor de graves equívocos neste assunto. Por isso mesmo, não pode ser interpretado de modo formal e literal, sob pena de erros grosseiros, como resulta de certa jurisprudência afoita, editada no início da vigência do diploma. O erro lógico mais freqüente consiste na generalização dos dispositivos, sem atentar-se para o caráter altamente heterogêneo das medidas cautelares, que podem ser jurisdicionais ou voluntárias, antecedentes ou incidentes ao processo principal, concernir à segurança da prova ou dos bens, ou consistir em antecipação provisória da prestação jurisdicional – cada uma dessas espécies a apresentar peculiaridades, que repele normas gerais e globais (...). Em suma, durante séculos as medidas cautelares foram consideradas, apenas, na perspectiva do arresto e do seqüestro. Daí o sofisma resultante da indevida generalização das peculiaridades dessas providências a todo o universo dos

direitos, públicos e privados, pessoais e reais, absolutos e relativos, em acintoso atentado ao princípio fundamental da adequação, da instrumentalidade do processo, no sentido de sua adaptação à natureza vária das relações de Direito Material, a que deve necessariamente servir. Por isso, a interpretação e aplicação formal, literal e cega, de um Código imperfeito, a esse universo complexo há de gerar, fatalmente distorções e atentados à própria realidade e à natureza dos direitos materiais controvertidos. A verdade é que o método equivocado de elaboração do Código, ou seja, a confusão de funções jurisdicionais com 'livros' de codificação prejudicou, de modo grave, especialmente a função cautelar. Ficou-se com a errônea impressão de que toda ela deveria estar considerada no 'livro' próprio, quando a realidade era inteiramente outra, pois dita função, permanente e viva, manifesta-se muito mais através de atos diretos nos processos principais, do que no procedimento próprio para ela previsto no Código."²⁷²

Reina ainda a confusão em torno das medidas provisórias antecipatórias e estritamente cautelares (conservativas). Isso é um fato. E essa confusão, pelo que se pode compreender dos diferentes posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, dá-se atualmente, basicamente, por três motivos:

a) primeiramente, em face das crescentes divergências contra a concepção tradicional (dogmática) de que a tutela cautelar serve imediatamente à tutela do processo definitivo e não ao direito material, cuja concepção perdurou praticamente intangível enquanto o processo cautelar era praticamente desprezado, senão ignorado;

b) em segundo lugar, por razões de ordem ideológica, tanto que muitos processualistas não distinguem, porque não querem distinguir, que no rol das antecipatórias sumárias incluem-se provimentos que exercem diferentes funções, ora inserindo-se, combinadamente, no âmbito da funções cognitiva-executiva por expressa previsão legal, em hipóteses normatizadas, para exercer a tutela

²⁷² LACERDA, Galeno. *Função e processo cautelar - revisão crítica*, In: AJURIS, vol. 14, n. 56, p. 5-13.

sumária da pretensão que se afirma fundada em um direito primário (julgamento antecipado da lide); ora inserindo-se no âmbito da função cautelar ou de segurança para exercer a tutela sobre a pretensão cautelar fundada em um direito subsidiário de cautela a direitos aparentes (*fumus*), para esconjurar uma situação de perigo de dano irreparável (*periculum*) a interesses reputados relevantes juridicamente (pressupostos essencialmente residuais do *fumus boni iuris associado ao periculum damnum irreparabile*);

c) finalmente, como terceiro empecilho ao conhecimento da verdadeira natureza das medidas provisórias, antecipatórias e conservativas, está a questão terminológica ou conceitual, que permite isolar, distanciar, aproximar ou identificar tais medidas consoante variem os conceitos que se forjam sobre tais providências, cujos conceitos ora ampliam ora restringem, em maior ou menor grau, as qualidades dessas mesmas providências.²⁷³

27. Revisão dos fundamentos dogmáticos da tutela cautelar

A genialidade de CALAMANDREI e de CARNELUTTI, mais a engenhosidade da concepção que arquitetaram para explicar a jurisdicionalidade função cautelar, caracterizando esta jurisdicionalidade pelo fim de exercer uma tutela imediata do processo definitivo (tutela do instrumento) e, mediamente, contribuir para a tutela do direito material que anima a lide no processo principal ou definitivo (*tutela do instrumento do instrumento do direito material*), acrescido ainda pelo fato de que o interesse na completa investigação da função cautelar se dinamizou apenas nas duas

²⁷³ JOSÉ CARLOS DOS SANTOS BEDAQUE, que admite expressamente a existência de um gênero de tutela cautelar, do qual são espécies a cautelar conservativa e a cautelar antecipatória, conquanto admita também, expressamente, o fato de que “em sede cautelar reina certa confusão”, limita esta confusão aos planos terminológico e ideológico, isto porque, quanto aos fundamentos da tutela cautelar, compartilha da concepção tradicional que remonta a CARNELUTTI e CALAMANDREI. (*Tutela cautelar e tutela antecipada – tutelas sumárias e de urgência*, p. 115).

últimas décadas, favoreceu a consolidação desta concepção, qualificada como tradicional ou dogmática, tornando-se corrente o discurso de que a função ou a tutela cautelar propendem a garantir a integridade da própria atividade jurisdicional ou a assegurar a inteireza do resultado útil do processo definitivo ou principal.

Durante muitas décadas, poucos foram os processualistas que se dedicaram criticamente ao estudo investigatório dos fundamentos que a doutrina tradicional enunciou sobre o processo cautelar, e menos ainda foram os processualistas que se propuseram a confrontar tais fundamentos.

Todavia, a despeito da franca adesão dos mais renomados processualistas nacionais e estrangeiros a esta concepção tradicional sobre a autonomia funcional e dependência ontológica a um processo principal, nem por isso a mesma deixou de ser combatida ou confrontada, desde as originárias concepções de CARNELUTTI e CALAMANDREI, com a posterior adesão de LIEBMAN. Vale dizer, não se pacificaram ainda as discussões a propósito dos critérios, mais ou menos abrangentes, reputados idôneos, para elevar a tutela cautelar a uma autêntica categoria de processo. Aliás, como se verá, até mesmo a própria jurisdicionalidade da função cautelar é objeto de questionamento.²⁷⁴

Em que pese a autoridade dos grandes vultos italianos e a grandiosa contribuição que deram à consolidação do processo civil como ciência e, mesmo, ao processo cautelar, enunciando suas características como sendo tutela de verossimilhança (*fumus*) e de urgência (*periculum*), com procedimentos acelerados e com provimentos essencialmente provisórios ou temporários, cujas medidas apresentam-se marcadas pela fungibilidade, instabilidade ou variabilidade de conteúdo e efeitos, ainda assim se justificam as perplexidades entorno das diferenças entre tutela cautelar e tutelas de cognição sumária.

Ocorre que a concepção tradicional, nesses aspectos, que se revestem da maior importância, apresenta-se falha e inconsistente. *Dizer que o processo*

²⁷⁴ CUNHA, Alcides Munhoz da, *A lide cautelar no processo civil*, p. 47.

cautelar é instrumento do instrumento, que se destina à tutela do processo definitivo, que é ontologicamente dependente de um processo principal e que tem como objeto uma lide processual, atinente à segurança do provimento definitivo, significa reduzir a problemática da função cautelar a argumentos de retórica, a jogo de palavras, posto que entre provimento cautelar e o provimento definitivo, além de inexistir uma constante referibilidade (tanto que o processo cautelar pode existir independentemente de um processo definitivo), inexistem entre estes provimentos uma necessária correlação de meio e fim a justificar coerentemente esses posicionamentos.

Os grandes mestres do movimento instrumentalista têm advertido aos processualistas que é chegado o momento de se abandonar as discussões sobre os princípios dogmáticos, que já estariam suficientemente esquematizados pela ciência processual e assimilados pelos operadores do direito, tanto que a prioridade seria a interpretação e aplicação ética do direito positivo, importando para tanto mudar a perspectiva de análise ou investigação do fenômeno processual, aderindo à *tendência central no sentido de entender e tratar o processo como instrumento a serviço dos valores que são objeto das atenções da ordem jurídico-substancial.*²⁷⁵ Isto porque se quer abandonar a tendência de se encarar o processo e cada processo em particular como instrumentos essencialmente técnicos, ideologicamente neutros, para que os processos passem a ser enfocados, na perspectiva de um contraditório socialmente aceitável, *como miniatura do Estado democrático (ou microcosmos do Estado de Direito), comprometidos com a pacificação social e não com a aplicação autoritária de um direito insensível àqueles influxos de ordem lógica, jurídica, política e econômica.*²⁷⁶ Resumindo, quer-se avaliar a eficiência do processo sob a ótica dos consumidores dos serviços jurisdicionais.²⁷⁷

Todavia, se a dogmática é base sobre a qual deve se desenvolver o

²⁷⁵ DINAMARCO, Cândido R., *A instrumentalidade do processo*, p. 74.

²⁷⁶ DINAMARCO, Cândido R. *Idem*, p. 32-46.

²⁷⁷ Vide *supra*, item 22 da Parte I.

pensamento revitalizador da instrumentalidade, não pode deixar de ser revisitada naqueles aspectos ou pontos em que se apresenta incompatível com o avanço profícuo da ciência processual, gerando confusão. Não se trata, como já advertiu também BEDAQUE, de desprezar os aspectos técnicos do processo, mas apenas de não se apegar ao tecnicismo, pois a *crítica há que se dirigir não ao dogmatismo, enquanto alicerce da ciência processual, mas ao dogmatismo puro, ao formalismo indiferente aos reais problemas a serem solucionados no processo.*²⁷⁸

O mesmo BEDAQUE, quando escreveu *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*, sua tese de doutoramento e uma das mais recentes e importantes obras sobre o tema de que se está ocupando, admitiu expressamente o fato de que em sede cautelar reina a confusão. Cogitou entretanto apenas da confusão terminológica, bem como de idéias, imputável à falta de noções adequadas sobre teoria geral do processo. Não cogitou, porém, propositadamente, da discussão principiológica, das possíveis dúvidas sobre o enquadramento dogmático da função cautelar no sistema processual, porque quanto a este aspecto, que envolve a própria questão da jurisdicionalidade e dos fins a que serve a tutela cautelar, reputou ultrapassada a preocupação dogmática em face das prioridades instrumentalistas. Simplesmente aderiu à concepção tradicional neste particular, sustentando a existência, no âmbito das tutelas de urgência, do gênero cautelar, cuja função seria estigmatizada pelo suposto fim de assegurar a inteireza da atividade jurisdicional no processo principal através de suas variantes, donde as espécies da *tutela cautelar conservativa e da tutela cautelar antecipatória*, marcadas, tal como referiu CALAMANDREI, pela ontológica provisoriedade do provimento e pela instrumentalidade hipotética a um provimento definitivo.²⁷⁹ Sua maior preocupação foi de ordem terminológica, no sentido de evidenciar a

²⁷⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*, p. 43.

²⁷⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*, p. 115.

compatibilidade de uma tutela cautelar com a função antecipatória, a par de uma preocupação ideológica, no sentido de advertir quanto aos *excessos de processualistas de vanguarda* que tendem a identificar os escopos da tutela antecipatória cautelar com os fins buscados pela sumariedade das tutelas sumárias *tout court*, como se o fim imediato da antecipatória cautelar fosse também o de decidir em *summaria cognitio*, embora provisoriamente, a lide ou mérito da ação principal, quando, não obstante, o fim da antecipatória cautelar seria também aquele de natureza processual, a saber, o de contribuir para a utilidade ou inteireza do provimento definitivo.

Sob essa inspiração, BEDAQUE chegou a afirmar, *a priori*, que não haveria porque tecer considerações sobre a importância na identificação de um *eventual direito substancial de cautela*²⁸⁰ ou de um direito material de segurança das pretensões plausíveis ou verossímeis, juridicamente. Trata-se, todavia, de questão da maior relevância para a compreensão das tutelas sumárias provisórias de verossimilhança e urgência, entre as quais se incluem a tutela cautelar (conservativa e antecipatória), inclusive as dos artigos 273, I e 461, § 3º, do Código de Processo Civil.

Afinal, com a ênfase que se vem dando a uma distinção entre as medidas estritamente cautelares (conservativas) e as medidas antecipatórias, subsistem mais do que nunca as indagações: se estas tutelas estão mesmo vocacionadas ontologicamente, invariavelmente, a atuar diretamente sobre uma questão envolvendo interesses meramente processuais, como a segurança da jurisdição ou a segurança do processo principal em face do *periculum in mora* ou, ao contrário, se existem para atuar diretamente o *fumus* e através dessa atuação, total, parcial, suficiente, imprimir segurança, ainda que mediante satisfação, a um interesse substancial da parte, quando reputado juridicamente relevante, diante de particulares situações de perigo de dano (*periculum damnum*). Se essas tutelas têm como objeto, enfim, uma lide de direito processual ou uma lide de

²⁸⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. Cit.*, p. 116.

direito material, ou, ainda, se atuam sobre a mesma lide que porventura anima uma pretensão principal ou ideal à qual estariam inelutavelmente vinculadas?

28. Problemática da lide cautelar

Um ponto de fundamental importância para a compreensão da tutela cautelar, quanto à sua natureza ou jurisdicionalidade, à sua funcionalidade, estrutura e fisiologia, reside na identificação do objeto, do conteúdo ou da lide sobre a qual a tutela cautelar deve operar. Sem a identificação precisa dessa *lide cautelar* torna-se inviável o enquadramento sistêmico da cautela no processo civil, reduzindo-se tudo a casuísmos ou praxes forense. Não poderá haver processo sem lide, enquanto essa expressão for entendida como conteúdo ou objeto de um processo.

Em virtude de questões ideológicas e históricas, muitos processualistas censuraram e ainda evitam a utilização da expressão lide para designar o objeto ou mérito de uma causa. Argumentam, de um lado, que a *lide*, segundo a concepção originária de CARNELUTTI pressupõe um real contraste de vontades entre os litigantes, o que nem sempre ocorre, podendo haver processos sem lide, nos quais, embora as partes possam estar com interesses coordenados em obter determinado resultado, a produção do efeito desejado depende do processo, tal como se dá com as ações constitutivas necessárias (v.g., anulação de casamento e as ações penais). Essa objeção pode ser facilmente contornada com a *publicização do conceito de lide*, sugerida por GALENO LACERDA,²⁸¹ como já foi amplamente referido, posto que nesses casos o conflito se estabelece por razões de ordem pública.²⁸²

²⁸¹ Vide *supra*, item 20 da Parte I.

²⁸² Embora admitindo a possibilidade de ampliação do conceito de lide, como fez GALENO LACERDA, observa CALMON DE PASSOS que persiste ainda a relatividade do conceito para justificar a atividade jurisdicional: “O problema é de política legislativa. A civilização tem imposto a jurisdicionalização dos conflitos, mas a jurisdição não nasce do conflito, mas sim do obstáculo posto à liberdade e que o Estado se comprometeu a remover

Outros processualistas trouxeram o argumento de que a expressão *lide* é equívoca, por propiciar a confusão (que na concepção de CARNELUTTI foi intencional) entre o conflito sociológico de interesses, que corresponde à *lide pré-processual*, também designada pela expressão *litígio* e que impulsiona, como pressuposto, a atividade jurisdicional e, de outro lado, a *lide propriamente dita*, que através da ação ou demanda é projetada como objeto do processo, um produto cultural da *lide sociológica*, com pedido certo e causas de pedir específicas, anotando que é sobre essa última *lide* que o juiz, enquanto ente estatal, irá aplicar soberanamente o direito objetivo, independentemente de subsistir o litígio ou contraste real de vontades, com a atenuante de que uma das partes restaria desarmada juridicamente, em face da vitória da outra.

Daí que a ambigüidade da expressão *lide*, notadamente quando utilizada na locução *carneluttiana* referível à *composição da lide* poderia levar a crer que a jurisdição se destinaria prioritariamente a solucionar aquele *litígio*, através da coordenação de vontades ou da composição das partes em conflito. Nesse sentido são conhecidas as posições de ZANZUCHI²⁸³ e de ANTONIO SEGNI.²⁸⁴

Curiosamente, CÂNDIDO DINAMARCO,²⁸⁵ que poderia proveitosamente estimular a utilização da expressão *lide*, e da locução *composição da lide*, para evidenciar a estreita correlação entre a *lide pré-processual* ou *sociológica* e a *lide processual*, tanto que, no ideário do movimento instrumentalista, inclui-se certamente a preocupação com a solução mais adequada para o conflito real de interesses, com vistas à *pacificação*, ainda assim se opôs ao uso da expressão *lide* para designar o objeto do processo. E assim agiu levado por razões

substitutivamente (em lugar do sujeito, por ele). Assim, quando é o próprio Estado que põe o obstáculo, sua remoção só pode ocorrer por ato do próprio Estado. Ou em termos de controle administrativo (exame, pelo Poder Público, de sua conveniência em removê-lo), ou em termos de controle jurisdicional (exame, pelo Poder Público, da conveniência em removê-lo em benefício do titular do interesse: e nisso a substitutividade e nisso o caráter jurisdicional do controle)." (*Comentários ao código de processo civil*, vol. X, tomo I, p. 32).

²⁸³ ZANZUCCHI, Marco Tullio, *Diritto processuale civile*, vol. 1, p. 6.

²⁸⁴ SEGNI, Antonio. Giurisdizione (in generale), In: *Novissimo Digesto italiano*, p. 987.

²⁸⁵ DINAMARCO, Cândido R., *A instrumentalidade do processo*, p. 301-306.

históricas, desde que, sem levar em consideração a possibilidade de ser publicizado o conceito de lide (muito embora tenha se preocupado em publicizar ou socializar tantos outros conceitos jurídicos tradicionais), entendeu que era falsa e, por isso falha, a afirmação da onipresença de lide (contraste efetivo de vontades) para justificar a atuação processual. Por outro lado, animado pela própria ideologia instrumentalista, entendeu que tendo a dogmática associada a lide apenas à pretensão formalmente deduzida em juízo, sem compromisso efetivo com a lide pré-processual (o litígio), retirou as virtudes que a noção de lide adquiria na acepção estritamente carneluttiana. Por isso, ao invés de lide, prefere a expressão *conflito social*, para reforçar as novas premissas ideológicas da instrumentalidade que se propõe a solucionar a *res deducta* na perspectiva da adequada solução do conflito social de interesses.

Não se justificam, entretanto, as tentativas de se pretender substituir a expressão lide, já consolidada na cultura processual, por expressões inovadoras, como situação obstáculo,²⁸⁶ conflitos sociais²⁸⁷ ou caso.²⁸⁸

A proposta de um estudo sistemático do processo civil recomenda que sejam esclarecidos ou fixados certos conceitos fundamentais, eliminando possíveis ambigüidades.

Como já disse BARBOSA MOREIRA, “determinado grau de apuro técnico é imprescindível à criação de uma linguagem comum, cujo emprego permita aos estudiosos o entendimento recíproco e a transmissão de experiências, sem a qual não se concebe o progresso em setor algum do conhecimento humano”.²⁸⁹

Aliás, a expressão lide, enquanto possa ser identificada como uma variante etimológica do verbo *litigare*, dá a idéia de litígio, luta, contenda ou conflito, correspondendo, neste aspecto, à premissa sociológica que justifica a *ratio* da

²⁸⁶ PASSOS, José Joaquim Calmon, *Comentários ao código de processo civil*, vol. X, Tomo I, p. 40.

²⁸⁷ DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*, p. 164-165.

²⁸⁸ COUTINHO, Jacinto de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*, Curitiba: Juruá, 1989, p. 135.

²⁸⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo*. In: *Revista de Processo*, n. 49, p. 7-14.

jurisdição; de outro lado, enquanto a mesma expressão *lide* possa ser associada etimologicamente ao substantivo *lite*, dá a idéia de trabalho, à faina, à lida que se deve empreender para remover o conflito.²⁹⁰

Superando esse particular problema de ordem terminológica, é de se aceitar que o termo *lide* deve ser efetivamente referível, como quis o legislador de 1973, ao objeto principal do processo, ao mérito de uma causa.²⁹¹

EGAS MONIZ DE ARAGÃO, em alentado estudo sobre as medidas cautelares, seguindo a trilha de FRITZ BAUR, preocupou-se em identificar a *lide* do processo cautelar ou a *lide* sobre a qual a tutela cautelar deve se ocupar. Criticou a posição dos processualistas que sustentavam ser a *lide* no processo cautelar a mesma *lide* do processo principal, no qual seria afinal solucionada, pois fosse assim, o processo cautelar não teria um conteúdo próprio, uma *lide* específica para propiciar uma decisão que lhe desse especificidade. Se a *lide* fosse a mesma, envolvendo as mesmas partes, haveria então tecnicamente, uma situação de litispendência entre a ação cautelar e a ação principal. Se o provimento cautelar não se confunde com os provimentos do processos principais, então necessariamente possuem *lides* diferentes.²⁹²

A especificidade, segundo se depreende das lições do ilustre processualista paranaense, somente poderá ser visualizada nos requisitos específicos da tutela cautelar, tais o *periculum damnum* e o *fumus*, tanto que o juiz, ao apreciar os requisitos do *fumus* e do *periculum*, para conceder o ou repelir o pedido cautelar, estará apreciando o mérito. Daí a impossibilidade desses requisitos

²⁹⁰ CUNHA, Alcides Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*, p. 85.

²⁹¹ A exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973, ao tratar da terminologia do projeto do Código, consignou: "...esforça-se o projeto por aplicar os princípios da técnica legislativa, um dos quais é o rigor da terminologia na linguagem jurídica. Haja vista, por exemplo, o vocábulo "lide". No Código de Processo Civil vigente (de 1939) ora significa processo (art. 96), ora o mérito da causa (arts. 287, 684, IV e 687, § 2º). O projeto só usa a palavra "lide" para designar o mérito da causa (...) A *lide* é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes".

²⁹² ARAGÃO, Egas Moniz de. *Medidas cautelares inominadas*. In: Revista Brasileira de Direito Processual, n. 57, p. 60-61.

serem assimilados simplesmente às condições da ação cautelar (ao interesse processual ou à possibilidade jurídica do pedido),²⁹³ tal como entenderam um dia W. VILLAR e THEODORO JR, pois fosse assim, subsistiria inteiramente a objeção, insuperável, de que não haveria mérito no processo cautelar (conteúdo próprio), posto que uma vez resolvidas as condições da ação, que se incluem entre as preliminares processuais, não haveria nada mais para ser apreciado, donde a afirmação de que assiste inteira razão à crítica de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, quando objetou que se tais requisitos específicos fossem confundidos com as condições da ação a atividade cautelar se desenvolveria, então, incompreensivelmente, no vácuo, por não haver uma *res deducta* própria sobre a qual pudesse incidir o seu provimento.²⁹⁴

Realmente, não há como deixar de reconhecer que a tutela cautelar quando se realiza concretamente incide sobre um objeto peculiar, um pedido cautelar, uma *res deducta* específica, uma lide própria, um mérito, enfim. Esse mérito ou essa lide corresponde, segundo OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, à situação cautelanda, informada pelo *fumus e o periculum*.²⁹⁵

Resta saber entretanto se essa lide cautelar é de natureza essencialmente processual ou se o seu conteúdo é de direito material, vale dizer, se a finalidade precípua é a de proteger a jurisdição ou se é destinada a atender precipuamente interesses das partes, notadamente interesses materiais em conflito. O pensamento tradicional, como é sabido, é no sentido de que se trata de uma lide de direito processual apenas, tanto que a concessão da medida cautelar,

²⁹³ Qualificando o *fumus e periculum* como condições da ação cautelar os seguintes julgados: TJBA, 4ª Cam., Apelação 474, de 07.12.88, Rel. Des. Paulo Furtado (*Adcoas*, 1989, n. 123.181); TJSP, 14ª Cam., Apelação 112.879-2, de 29.12.86, Rel. Des. Marcus Vinicius (*RJTJSP* 106/175); TJSP 9ª Cam., Apelação 142.550, de 23.05.89, Rel. Des. Accioli Freire, (*Adcoas*, 1990, ns. 127.660 e 127.780).

²⁹⁴ ARAGÃO, Egas Moniz de. *Op. Cit.*, p. 62-63.

²⁹⁵ OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, desde a obra *Ações cautelares e o novo processo civil*, de 1974, e em todas as demais que se seguiram sempre se posicionou coerentemente sobre a autonomia funcional da tutela cautelar para atuar sobre o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, que constituem o mérito da causa cautelar, não se confundindo com as condições da ação, fato formalmente reconhecido por EGAS MONIZ DE ARAGÃO. (*Op. Cit.*, p. 63).

através da qual se estaria resolvendo a situação cautelanda (lide cautelar) teria por escopo proteger a própria jurisdição, imprimindo segurança ao processo principal, para preservar a inteireza e utilidade dos provimentos definitivos. A lide de direito material sim haveria de ser resolvida no processo principal, fosse o cognitivo, mediante a sentença definidora de direitos controvertidos, fosse o executivo, eliminando o estado de insatisfação de um direito já reconhecido.

A fidelidade ao pensamento tradicional exige o impossível em sede cautelar, isto é, que se admita a existência de uma constante *inter-relação de lides*, entre a lide da tutela de cautelar (processual) e a lide principal (substancial), donde as afirmações de que cabe ao juiz, em *summaria cognitio*, apreciar o direito (primário) que anima a pretensão na lide principal ou substancial (*fumus*) para afastar a situação de perigo (*periculum*) e, assim, resolver a lide processual, cautelar – estando assim protegendo a jurisdição.²⁹⁶ O argumento sugere que se está cogitando, não de tutela cautelar, mas de antecipatória de cognição sumária, com a ressalva de que se estaria então atuando antecipadamente sobre a mesma lide que poderia se projetar como objeto da cognição exauriente oportuna. Mas a tipicidade e objetividade dos pressupostos da cognição sumária, não se afinam com um lide que se funda na alegação de *fumus* e de *periculum damnum*, exigindo o conhecimento de fatos externos à lide cognitiva.

Essa concepção não satisfaz e padece de vícios insuperáveis, seja porque inexistente um nexo de causalidade entre a solução da lide cautelar e da lide principal, seja porque nem sempre se pode estabelecer a referibilidade da lide cautelar a uma lide principal.

29. Vício da relatividade do fim da tutela cautelar

²⁹⁶ “Naturalmente há uma inter-relação entre a ‘lide’, propriamente dita, objeto do processo tido como principal, e a *res deducta* no processo cautelar (lide cautelar).” (ARAGÃO, Egas Moniz de, *Op. Cit.*, p. 64).

A jurisdição, como se sabe, representa uma das atividades soberanas do Estado apenas no plano conceitual, ou seja, sob o plano estático, posto que a sua dinâmica ou o seu movimento se dá com o surgir do processo. Habitualmente “diz-se que o processo é o instrumento da jurisdição. Na verdade, é a manifestação da jurisdição nos casos concretos. O caráter instrumental do processo, tal como se dá com a instrumentalidade da jurisdição, da qual é mera expressão, estabelece-se em relação ao direito material”.²⁹⁷ Por isso, diz-se com maior precisão que o processo é instrumento do direito material, pois o seu fim será sempre, inexoravelmente, o de atuar, com possibilidade de contraditório, o direito material nos casos concretos, solucionando conflitos, senão com a perspectiva autoritária da oficialidade da concreção do direito (o que animou a ideologia positivista e o dogmatismo jurídico), pela perspectiva da composição, da pacificação social, da realização ética do direito material (o que anima a ideologia instrumentalista).

A concepção tradicional, desde as construções de CARNELUTTI e CALAMANDREI, sempre incluiu no gênero cautelar, as manifestações conservativas e antecipatórias. A jurisdicionalidade da função cautelar se justificaria em face da instrumentalidade indireta em relação ao direito material em situação de conflito. O processo cautelar seria instrumento do direito material apenas mediatamente, reflexamente. A *inter-relação de lides* (lide cautelar e lide principal) haveria que ser uma nota constante, pois resolvendo a lide cautelar (de natureza processual), assegurava condições favoráveis para que os processos tutelados, de conhecimento ou de execução, pudessem solucionar eficazmente suas próprias lides (lides principais), as quais incidiriam então diretamente sobre o direito material. Nesse sentido se explica a idealização do artigo 801, III, do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, exigindo que na demanda cautelar se faça referência à lide principal. Por isso, CALAMANDREI cunhou a expressão *instrumento do instrumento*, visando

²⁹⁷ CUNHA, Alcides Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*, p. 85.

qualificar a medida da instrumentalidade apenas mediata que o processo cautelar poderia exercer sobre os direitos materiais, os quais somente seriam efetivamente instrumentalizados no processo definitivo ou principal.

Tal concepção, contando com a adesão inquestionada, cega até, da grande maioria dos processualistas, não convence²⁹⁸ e, seguramente, pode ser situada como uma das causas principais da confusão que reina em sede cautelar.

FRANCO LANCELOTTI, em crítica cinquentenária a esta concepção tradicional, já advertia que ela incidia no *grave vício da relatividade, pois o provimento cautelar (que resolve a lide cautelar) não tem qualquer compromisso com o resultado do processo definitivo*, não havendo sequer como se identificar uma tutela assim relativa com o escopo da prevenção, se não há uma correlação do provimento cautelar com o conteúdo da eventual e futura providência definitiva, isto é, com a solução da lide principal.²⁹⁹

UGO ROCCO retomou o mesmo argumento, observando que todos os atos

²⁹⁸ CUNHA, Alcides Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*, p. 48.

²⁹⁹ “Già, in via generale, possono sorgere molti dubbi sulla validità ed utilità di fondare una categoria *autonoma* di provvedimenti unicamente sulla base dello scopo, quando questo rimanga indeterminato tanto da trasformarsi in un mero criterio di *relatività*. Quando diciamo che il provvedimento cautelare rimane identificato dallo scopo di ‘immancabile preordinazione alla emanazione di un successivo provvedimento’, in realtà noi non lo identifichiamo sostanzialmente, ma solamente lo mettiamo in relazione con un provvedimento successivo di natura indeterminata. Il sapere che una relazione debba necessariamente esistere costituisce senza dubbio un elemento di chiarificazione, ma molto vi corre dal poter senz’altro su questa relazione fondare l’autonomia del primo termine. Com’è l’affermare che la categoria dei provvedimenti cautelari in tanto esiste in quanto esse costituiscono una anticipazione provvisoria degli effetti di successivi provvedimenti, si nega, anzi implicitamente la loro autonomia, perchè è evidente che la loro natura sarà soggetta a cambiare volta per volta, a seconda della natura del provvedimento principale. E già vedemmo come il criterio di *relatività* abbia escluso che si possa identificare la cautela con la prevenzione, la quale, invece, traendo origine a differenza delle altre forme di tutela giurisdizionale da una non ancora avvenuta violazione del diritto, potrebbe rappresentare un carattere di sufficiente autonomia. Non mi pare che la *relatività* possa supplire all’assoluta mancanza di una omogenea natura, nel fondare una categoria scientificamente autonoma. Autonomia e *relatività* sono antitetiche; una autonomia che si basi su un criterio di *relatività* è per lo meno assai fragile.” (LANCELOTTI, Franco. *Osservazione critiche intorno all’autonomia processuale della tutela cautelare*, In: *Rivista di Diritto Processuale Civile*, n. 16 p. 252).

processuais, praticados pelas partes e pelo juiz, em qualquer processo, sempre se constituem meio, não necessariamente para os atos sucessivos, mas para o atingimento de um fim, de uma finalidade ou de um resultado conceitualmente unitário e conclusivo do processo,³⁰⁰ o que não ocorreria entretanto com o processo cautelar.

Com efeito, um determinado processo pode servir de meio para dinamizar um outro processo, mas sempre naquela perspectiva de se obter concretamente um outro resultado unitariamente conseqüente. Assim, a atividade de mera declaração unitariamente considerada pode servir de meio ou instrumento para se obter a condenação; a atividade de condenação, por sua vez, pode se constituir em meio para se perseguir a execução de sentença. Vale dizer, a resolução de uma lide pode se projetar, coerentemente, como meio para a resolução de outra lide.³⁰¹

Não obstante, *inexiste esta necessária relação de meio e fim entre o resultado da atividade cautelar e o resultado do processo definitivo*, entre a solução da propalada lide processual no processo cautelar (segurança do processo principal) e a solução da lide no processo definitivo ou principal. A função cautelar não estará necessariamente contribuindo para a tutela do processo principal e, mediatamente, para a eficácia proveitosa e constante da providência definitiva e, conseqüentemente, para a instrumentalização, ainda que remota, do direito material em dado conflito, se freqüentemente, a providência cautelar (conservativa ou antecipatória, segundo a concepção tradicional) poderá se revelar como medida *que não teria devido existir*, como referiu, aliás, CHIOVENDA.³⁰²

Realmente, “nem sempre a medida cautelar (conservativa ou antecipatória) porventura deferida estará favorecendo a realização do direito a ser certificado

³⁰⁰ ROCCO, Ugo, *Trattato di diritto processuale civile*, vol. V, Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1959, p. 63.

³⁰¹ CUNHA, Alcides Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*, p. 57

³⁰² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, vol. 1, p. 274.

ou atuado nos processos definitivos, pois inúmeras vezes a providência cautelar culmina por penalizar o interesse que afinal é reconhecido como prevalente ou como autêntico direito subjetivo no processo definitivo. Aliás, o provimento cautelar pode até agravar a situação do processo, sacrificando, total ou parcialmente, o interesse que, no processo definitivo, for declarado digno de toda a proteção, dando ensejo então uma tutela ressarcitória. Pense-se, por exemplo (quando não nos casos sempre possíveis das sentenças de improcedência que cassam as medidas antecipatórias temporárias), na hipótese do seqüestro, uma cautelar conservativa, que priva da posse do bem aquele que, no processo definitivo, é reconhecido (anos depois) como o verdadeiro possuidor ou proprietário deste bem. É de se perguntar então em que medida se operou, com a cautela concedida, a tutela do processo definitivo? Em que medida o processo cautelar pode ser considerado instrumento do instrumento como queria CALAMANDREI?³⁰³ Afinal, a posse ou o direito de propriedade daquele que venceu a ação principal, mediante sentença dotada de certeza jurídica, foi sacrificado, prejudicado ainda que temporariamente, com a providência cautelar que lhe tirou por tempo razoável a possibilidade de usufruir e gozar as utilidades que o bem lhe proporcionava antes do seqüestro.

Enfim, as medidas tradicionalmente conhecidas como cautelares, tanto as conservativas, como arresto ou seqüestro, tanto as antecipatórias, nascidas do pressuposto do *periculum damnum irreparabile*, importam habitualmente, quase sempre, em uma constrição direta ou indireta a um interesse daquele que sofre os efeitos da sua decretação, muito embora, afinal, possa sair-se vitorioso na solução da lide no processo principal. Se o direito material pode ser prejudicado com a tutela cautelar, a locução *instrumento do instrumento* deixa de assumir um valor constante, porque poderá se revelar um *anti-instrumento do instrumento*.

Essa evidente, embora eventual, disfunção da tutela cautelar não pareceu

³⁰³ CUNHA, Alcides Munhoz da. *O direito material de cautela*. In: Revista do Instituto dos Advogados do Paraná n. 23, p. 114.

turbar o pensamento dos clássicos, que continuavam a argumentar que o processo cautelar exercia, não uma relativa, mas uma constante atividade instrumental quanto ao fim de tutelar o processo definitivo, de proteger a atividade jurisdicional nos processos principais, *evitando que se alterassem situações de fato ou jurídicas que pudessem comprometer o equilíbrio inicial de forças entre as partes, em face da demora na solução definitiva.*³⁰⁴ Assim, o seqüestro ou o arresto estariam vocacionados a impedir que mutações no estado de fato (integridade da coisa ou integridade do patrimônio) pudessem tornar praticamente inoperante pretensões, juridicamente plausíveis, de reivindicação ou de crédito. Considerações análogas, dizia CARNELUTTI, poderiam ser feitas em relação às medidas antecipatórias provisórias que, embora inovando a situação de fato ou jurídica, teriam sempre aquele fim constante de preservar o equilíbrio inicial de forças entre as partes, para não frustrar uma pretensão juridicamente plausível. Assim a concessão de alimentos provisionais ou provisórios estaria evitando, com a inovação, a progressiva deterioração (*il peggiorare progressivo*) da situação do alimentando que tem a pretensão plausível.³⁰⁵

Nem assim se desvanece a constatação quanto à existência do apontado vício da relatividade do fim do processo cautelar. E tanto isso é certo, que a locução de CALAMANDREI, de que a medida cautelar exerce uma *instrumentalidade hipotética*³⁰⁶ em relação ao provimento definitivo, é a *prova cabal da relatividade*, pois existe apenas uma expectativa, mais ou menos aleatória, de que a função cautelar esteja hipoteticamente servindo de meio ou instrumento para assegurar o suposto equilíbrio de forças entre as partes na lide que informa ou deverá informar processo principal; existe apenas uma expectativa de que o processo cautelar atinja o fim anunciado de proteger a atividade jurisdicional, pois sempre que for dissonante o provimento definitivo,

³⁰⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Trattato del processo civile – diritto e processo*, p. 357.

³⁰⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Idem*, *ibidem*.

³⁰⁶ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, p. 62.

a atividade terá servido concretamente para penalizar o interesse que afinal foi reputado prevalente no processo principal.

Como se pode querer justificar, de modo absoluto, que a função cautelar se destina a proteger a própria atividade jurisdicional quanto à eficácia e utilidade do futuro provimento definitivo, se este futuro provimento, como se tem insistentemente enfatizado, pode se revelar desvirtuado, em maior ou menor grau, porque a instrumentalidade hipotética não se realizou, surgindo inclusive, a necessidade de se dinamizar uma outra pretensão, a de reparação por danos?

Não se pode conceber que uma função processual, como a cautelar, sob o pretexto de estar vocacionada a exercer uma instrumentalidade hipotética, possa estar preordenada a atuar o mesmo direito contraditoriamente, o que destruiria a noção de direito objetivo como ordem jurídica ou sistema jurídico.³⁰⁷

Note-se que essa situação de contradição entre o resultado do provimento cautelar e o resultado do provimento principal, revela contradição finalística na solução das lides que lhe são próprias, e não tem como ser superada enquanto prevalecer a concepção tradicional sustentando que a decisão que soluciona a lide prévia (cautelar) destina-se a proteger, a favorecer a solução da lide posterior (cognitiva), posto que esse fim nem sempre acontece.

Isso, porém, nada tem a ver com a possível contradição entre uma sentença de procedência ou improcedência que é reformada em instância recursal, porque nesse último caso o que se tem é uma sucessão de decisões sobre a mesma lide, até que prevaleça a decisão última, transitada em julgado, que será considerada então o provimento definitivo de certeza jurídica propriamente dito. Antes disso existem as sentenças de mérito que nascem potencialmente definitivas, adquirindo mesmo a definitividade se não houver recurso ou se este for repellido ou rejeitado, mas que se compadecem realmente com a continuidade do *iter* da cognição em sede revisional, para garantia maior da própria função cognitiva naquela lide. A sucessão de juízos está preordenada ao

³⁰⁷ CUNHA, Alcides Munhoz da. *A lide cautela no processo civil*, p. 58.

fim de buscar a definição da mesma lide e cumprem essa finalidade de modo constante.

Com efeito, o modo de formação do provimento cognitivo, bem como as condições para a produção dos efeitos naturais ou executivos e, ainda, para a aquisição e produção da eficácia declarativa com vistas à definitividade, nem sempre segue o mesmo padrão, podendo o legislador estabelecer modelos diferentes. Assim como admite o fracionamento da cognição na dimensão da sumariedade, permite o exame em sua completude (exauriente) e até mesmo a renovação dos juízos sobre os provimentos sumários ou exaurientes através das vias impugnativas e recursos. Como um único provimento pode eventualmente encerrar todo o ciclo da cognição (sentença de procedência ou improcedência transitada em julgado na primeira instância) pode se dar a previsão ou até a exigência de uma sucessão de provimentos no mesmo procedimento para completar o ciclo reputado ideal da cognição eficaz (v.g. sentenças sujeitas recursos ou ao duplo grau de jurisdição obrigatório).

E, ainda, com vistas a impedir ou possibilitar em maior ou menor medida a renovação de juízos sobre o que já foi decidido com definitividade, pode o legislador estabelecer variantes para a incidência da eficácia da coisa julgada, que tanto poderá ser absoluta, como poderá ser *secundum eventum litis*, ou *secundum eventum probationis*, ou ainda, *secundum eventum defensionis*,³⁰⁸ havendo casos em que a limitação da renovação fica por conta da eficácia preclusiva da coisa julgada.³⁰⁹ Nesse caso de cognição sumária, seguida de cognição exauriente sobre a mesma lide inexistente aquela contradição entre o provimento cautelar e o provimento principal, porque a cognição posterior se exerce no mesmo processo, sobre a mesma lide, mas com maior amplitude na apreciação dos fatos, alegações e defesas.

³⁰⁸ Sobre o assunto, consultar KAZUO WATANABE (*Da cognição no processo civil*, p. 84-91), e MARINONI, Luiz Guilherme (*A antecipação da tutela na reforma do processo civil*, p. 21-31).

³⁰⁹ Sobre eficácia preclusiva da coisa julgada, ver BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Temas de Direito Processual*, primeira série, p. 97 e ss.

Nos casos de decisões em cognição sumária também não ocorre contradição com os provimentos sucessivos, posteriores, no mesmo ou em outro processo. As decisões (interinais) que deferem liminarmente a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente do artigo 3º do Decreto lei 911/69, com base em pressupostos objetivos, independentemente de avaliação discricionária sobre *fumus e periculum* é situada como exemplo de cognição sumária que pode completar o seu ciclo no mesmo processo, com a sentença final de cognição exauriente a que se refere o § 4º do mesmo diploma legal.

Quando se trata de provimento final de cognição sumária, esse enseja o surgimento das ações impugnativas, que terão como objeto cognoscível, para oportunizar a completude do ciclo cognitivo, o próprio provimento sumário que se quer desconstituir. Se ao juízo prévio, de cognição sumária, não se seguir o juízo de cognição exauriente, aquele tende a permanecer³¹⁰ ou a se consolidar como ato definidor da lide. A sucessão de juízos ou provimentos, também, nesses casos, está preordenada ao fim de buscar a definição da mesma lide e também cumprem essa finalidade de modo constante.

Voltando, porém, ao problema da relatividade do provimento cautelar quanto ao fim de proteger o processo principal, sabe-se que autores da envergadura de FREDERICO MARQUES³¹¹ e HUMBERTO THEODORO JUNIOR³¹² minimizaram inadequadamente a objeção. Alegaram que entre o processo cautelar e o processo definitivo se divisa uma relação de autonomia e instrumentalidade similar a que se dá entre um processo condenatório e o de execução de sentença. Ocorre, porém, que estes (o processo condenatório e o de execução de sentença) resolvem de modo suficiente, coerente e definitivo (consoante a dogmática), as porções da lide que lhe são peculiares, ainda que

³¹⁰ PISANI, Andrea Proto. Problemi della c.d. tutela giurisdizionale differenziata. *Apud Appunti sulla Giustizia Civile*, p. 251-258.

³¹¹ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*, 2. ed., vol. IV, Campinas: Millenium, 1998, p. 331-332.

³¹² THEODORO JUNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*, vol. 2, p. 1.111.

decorrentes do mesmo e geral conflito material de interesses, ainda que se possa reputar formalista e contrária à efetividade da jurisdição a imposição de necessária cisão de lides, para o fim de limitar o objeto dos respectivos processos.³¹³

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.

UGO ROCCO já vislumbrava, como se disse, este desvio de finalidade do processo cautelar,³¹⁴ tendo anotado que se tratava de um vício originário ou genético da própria concepção tradicional que vinculava a autonomia funcional do processo cautelar ao fim de tutelar ou servir de instrumento ao processo principal. Então indagava: *“in che cosa precisamente consista la pretesa strumentalità, quando il provvedimento così detto deffinitivo, non sia favorevole, cioè sia contrario a colui che il provvedimento cautelare ha richiesto?”*³¹⁵

Nem mesmo o argumento uma vez insinuado por HUMBERTO THEODORO JUNIOR de que sendo abstrata a ação cautelar, como qualquer outra ação processual, pode afastar a perplexidade,³¹⁶ porquanto o caráter de abstração da ação diz respeito aos fundamentos da pretensão que a ação instrumentaliza para o processo (tanto que o autor para ajuizar a ação sustenta que tem razão, mas a pretensão pode se revelar infundada no momento culminante do processo cognitivo). Todavia, a abstração não diz respeito jamais ao resultado do processo, tanto que a decisão definitiva há que ser conclusiva,

³¹³ CUNHA, Alcides Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*, p. 53.

³¹⁴ CUNHA, Alcides Munhoz da. *Idem*, p. 58.

³¹⁵ ROCCO, Ugo, *Trattato di diritto processuale civile*, vol. V, p. 60.

³¹⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 8. ed., São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, 1986, p. 60.

definindo se o autor tinha ou não razão naquilo que pretendia. *Enfim, se o resultado final de um processo (ou de uma função, como a cautelar) pode também se constituir em meio para animar outro processo, haverá que se projetar necessariamente como meio eficiente para atingir outro resultado logicamente conseqüente.*³¹⁷

O que não se pode admitir é que a ação e o processo cautelar, em face da inafastável relatividade do fim que se atribui à função, possa estar se prestando, indistintamente, para exercer uma tutela ou uma antitutela de interesses juridicamente relevantes (de direitos materiais).³¹⁸ 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. Daí a necessidade de se encontrar os verdadeiros fundamentos da tutela cautelar.

30. Vício da relatividade da acessoriedade e dependência da tutela cautelar

Além do vício quanto à relatividade do fim, que desemboca na relatividade da propalada instrumentalidade, ainda que mediata, que a função cautelar estaria exercendo sobre o *direito material acautelado*, através dos processos definitivos,³¹⁹ o fato é que a concepção tradicional sobre a autonomia e

³¹⁷ CUNHA, Alcides Munhoz da, *Op. Cit.*, p. 58.

³¹⁸ CUNHA, Alcides Munhoz da, *Idem*, *ibidem*.

³¹⁹ Sintetizando o alto grau de receptividade que a concepção tradicional conquistou, HUMBERTO THEODORO JUNIOR, sem cogitar do vício da relatividade, como a maioria dos autores, sustenta ser evidente a lógica dessa concepção, asseverando: "Na realidade, a atividade jurisdicional cautelar dirige-se à segurança e garantia do eficaz desenvolvimento e do proficuo resultado das atividades de cognição e execução, concorrendo, dessa maneira, para o atingimento do escopo geral da jurisdição. Não dando solução à lide, mas criando condições para que essa solução ocorra no plano de maior justiça dentro do processo principal, anota Ronaldo Cunha Campos que 'a função cautelar tem por escopo servir o interesse público na defesa do *instrumento* criado pelo Estado para compor as lides, isto é, a

jurisdicionalidade da função cautelar incide em outro vício igualmente relevante, qual seja, *o da relatividade do suposto vínculo de necessária dependência da atividade cautelar a um processo principal*. Vale dizer, *a suposta inter-relação de lides*, que é projetada como suporte fático e jurídico da dogmática tradicional, nem sempre ocorrerá, porque há casos exemplares em que a função cautelar atua independentemente de litígio ou lide em torno de uma pretensão ideal, isto é, independentemente da existência de um processo principal.

Como se sabe, e vale sempre repetir, toda a dogmática foi construída no pressuposto de que a jurisdição se destina à tutela de direitos ou supostos direitos (um direito afirmado) em conflito nos casos concretos. Vale dizer, se porventura não se estabelecer esse nexos de referibilidade entre acessório e principal, entre a lide processual do processo cautelar e a lide principal do processo definitivo, cujo nexos foi projetado como motivo determinante para explicar a incidência, embora mediata, ao direito material, acaba por perder a consistência a concepção dogmática.

Não obstante, essa referibilidade entre processos não é mesmo uma constante. Há situações em que não se dinamiza o interesse em propor a ação principal, embora possível teoricamente e, não obstante, a existência e a eficácia das medidas cautelares permanecerão intangíveis. Pode se dar também que seja impossível a propositura de uma ação principal, simplesmente porque inexistir a lide ou o interesse processual para motivar um processo definitivo.

Foi também FRANCO LANCELOTTI quem primeiro advertiu, já em 1939,

defesa do processo'. O acerto da tese parece-me evidente, porque, no momento em que o Estado oferece a tutela cautelar à parte, não se tem ainda condições de apurar, com segurança, se seu direito subjetivo material existe e merece a tutela definitiva do processo de mérito. Esse reconhecimento só será possível depois da cognição plena que o processo principal virá ensejar. Assim, ao eliminar uma situação de perigo que envolve apenas um interesse do litigante, o processo cautelar está, acima de tudo, preocupado em assegurar que o resultado do processo principal seja, em qualquer hipótese, útil e consentâneo com a missão que lhe atribuiu. Eliminando o perigo antevisto e que não pode ser impedido provimento do processo principal, em razão de sua natural e necessária demora, o destino do processo cautelar é, em suma, 'fazer possível a atuação posterior e eventual de uma das formas de tutela definitiva', nas palavras de Micheli." (*Curso de direito processual civil*, vol. 2, p. 1.106).

sobre a existência desse vício, que assume uma importância também capital, desde que a dependência se apresenta dogmaticamente como um dado conceitual do fenômeno cautelar. Existe, realmente, entre outros casos, as vistorias e demais medidas de mera produção antecipada de prova (perícias, inquirições),³²⁰ que autorizam tradicionalmente o uso da ação cautelar para a obtenção dos respectivos provimentos, os quais conservam sua eficácia e utilidade independentemente da propositura de uma eventual ação principal. Daí a aguda observação de LANCELOTTI de que diante do estado de coisas, *não há como justificar a autonomia e a jurisdicionalidade da função cautelar, porque fundada ainda em um critério de relatividade, desde que a referibilidade a um provimento principal pode faltar.*³²¹ Sugeriu então o próprio LANCELOTTI que a função cautelar, podendo tantas vezes ser exercida autonomamente, notadamente quando tendente à produção de medidas essencialmente conservativas, que não guardam o nexo de referibilidade a um outro processo ou a um provimento definitivo, que pudesse justificar a sua atuação sobre uma lide processual (segurança do processo principal), talvez pudesse ser enquadrada como uma função administrativa: *“Si tratta di semplice misure conservative, di ordine sostanzialmente amministrativo, che possono non avere nulla com un*

³²⁰ Exemplos mencionados por GALENO LACERDA, *Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, tomo I, p. 20 e 35.

³²¹ “Stando così le cose, come giustificare l' autonomia della tutela cautelare fondata sotto il profilo del provvedimento, sul criterio de una relatività che spesso può mancare? Se il provvedimento cautelare può avere una vita a sè (...), se il provvedimento cautelare molte volte non è seguito dal provvedimento principale, non se può concepirlo come mero termine di una relazione. Si vi è possibilità che il rapporto no se fundi, allora, tutte le volte che l'intervento del provvedimento principale non viene a costituire la condizioni essenziale della natura del provvedimento cautelare, sarà stato questo un nulla, uno zero giuridico, pur rimanendo posto in essere in attuazione de 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 devi ricercarsi solo nella natura e nello scopo intrinseco del provvedimento cautelare.” (LANCELOTTI, Franco. *Osservazione critiche intorno all'autonomia processuale della tutela cautelare*. In: *Rivista de diritto processuale civile*, p. 256).

futuro rapporto processuale".³²²

CALMON DE PASSOS reconhece como verdadeiro o fato de que nem todas as medidas apontadas como cautelares exigem a referibilidade a um processo principal, concluindo que todo o esforço de apontar-se um denominador comum para as várias espécies de pretensão e para os inúmeros tipos de procedimento que constituem objeto do Livro III do Código de Processo Civil resultará inútil, salvo se houver renúncia ao propósito de encontrar-se algo que dê especificidade ao processo e à pretensão propriamente cautelar. A despeito disso, repudia a posição daqueles autores ou processualistas que desistem de tentar imprimir uma classificação e buscar um tratamento sistemático, coerente e operacional para o processo cautelar, qualificando como *nihilista e anárquica* essas posições, que tendem a ser casuístas e a aceitar a qualificação de cautelar tão somente à vista de uma topologia legislativa, possivelmente desprovida de rigor científico.³²³

Diante destas considerações CALMON DE PASSOS propôs-se a isolar as *medidas essencialmente cautelares*, que mantêm aquele nexos de instrumentalidade e referibilidade com outro processo, de outras providências, as quais qualificou como *provisionais e medidas outras*, que não corresponderiam propriamente a provimentos cautelares, fossem por possuir uma natureza administrativa, de polícia processual, decretáveis no curso de um processo pendente (as provisionais), fosse porque não seriam propriamente cautelares as *outras medidas* que estariam vocacionadas a atuar autonomamente e diretamente sobre interesses materiais das partes, em situações de urgência³²⁴.

³²² LANCELOTTI, Franco. *Idem*, p. 255.

³²³ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao código de processo civil*, vol. X, tomo I, p. 56-57.

³²⁴ Na lição de CALMON DE PASSOS, essencialmente cautelares, jurisdicionais, seriam apenas aquelas que guardam o nexos de instrumentalidade hipotética e referibilidade a um processo principal, como arresto e o seqüestro. Outro grupo compreenderia o que qualificou de medidas provisionais, que o juiz decreta incidentalmente, até mesmo *ex-officio*, no curso de um processo para assegurar a sua marcha eficaz, vindo daí que seriam medidas de polícia processual (administrativas), podendo se traduzir em constrições a coisas ou pessoas para assegurar o dever do próprio juiz em zelar pela eficácia do processo. Nesse grupo se incluiriam, entre outras medidas, obras em coisa

GALENO LACERDA, por sua vez, conquanto tenha revisto sua posição originária sobre as técnicas operacionais da função cautelar e sobre os critérios de sistematização dessa tutela no Código de Processo Civil, propôs-se também a salvar a concepção tradicional. Para tanto, reduziu o campo de aplicação do processo ou da tutela cautelar jurisdicional, limitando esse campo às hipóteses em que se verifica o dado da *inter-relação de lides*, isto é, da *referibilidade a um processo principal*, como condição para justificar a sua jurisdicionalidade. Desde logo reconheceu que inúmeras se apresentam as classificações propostas pelos autores para as medidas cautelares, acrescentando que *tão complexa e heterogênea se revela a matéria, tão rica e variada, e tão nova a análise dos doutos, que se pode afirmar sem exagero, que cada processualista possui classificação própria e pessoal do assunto*.³²⁵

Na classificação que realizou, GALENO LACERDA socorreu-se basicamente das lições de CARNELUTTI, sobre a importância da lide para qualificar uma atividade como sendo jurisdicional, e dos ensinamentos de CALAMANDREI, sobre a atividade administrativa que o juiz deve constantemente desempenhar dentro do processo jurisdicional,³²⁶ para então estabelecer a distinção que reputou fundamental, entre as cautelas jurisdicionais e as cautelas administrativas decretadas pelo juiz, incluindo nessas últimas, de um lado, as cautelas que reputou como sendo de jurisdição voluntária, porque

litigiosa, venda antecipada de bens penhorados sujeitos à deterioração. No último grupo situou medidas outras, que qualificou como substanciais e não cautelares, posto que implicariam em provisões de urgência, destinadas a proteger diretamente interesses materiais das partes, independentemente de uma conexão a um processo principal, tais como as interpelações e protestos ou a exigência autônoma de prestação de caução por aquele que se obrigou a tanto (*Comentários ao código de processo civil*, vol. X, tomo I, p. 58-59). As medidas de antecipação provisória da tutela principal por sua vez (isso sem considerar a reforma operada em 1994 nos arts. 273 e 461) assumiriam a feição de medidas essencialmente cautelares, mas teria natureza excepcional, quando não houvesse outra providência capaz de assegurar a utilidade do resultado do processo principal” (*Comentários ao código de processo civil*, vol. X, tomo I, p. 112).

³²⁵ LACERDA, Galeno, *Comentários ao código de processo civil*, vol. X, tomo I, p. 11.

³²⁶ LACERDA, Galeno, *Idem*, p. 14-15.

não pressupõe um processo principal (protestos, notificações, justificações, vistorias, etc.) e, de outro lado, aquelas provisionais de que cogitou CALMON DE PASSOS, ou seja, aquelas medidas incidentes que se limitam a atos de direção e condução de um processo em curso, animando enfim atividade de poder de polícia, de polícia processual desempenhada pelo juiz (medidas *ex-officio*, arresto do art. 653 do CPC, reserva de bens em inventário, condução coativa de testemunha, etc.).³²⁷

A nota característica da jurisdição, afirma GALENO LACERDA, é o *fato da lide*, quer a lide decorra de um efetivo contraste de vontades, ou seja, de um conflito de interesses intersubjetivo, quer a lide decorra de um conflito forjado com os interesses públicos ou de ordem pública (*conceito publicista de lide*), sendo desse último tipo, v.g., a lide que anima os processos cognitivos das chamadas ações constitutivas necessárias (anulação de casamento) ou processos penais. Por isso, o processo cautelar ou a função cautelar jurisdicional pressupõe também uma pretensão à segurança em estado de lide, *uma lide própria, que gravita em torno de uma pretensão principal a ser assegurada, vindo daí que a lide cautelar emerge da lide principal*, ou seja, é derivada de uma lide principal (*inter-relação de lides*).

Com efeito, reconhecendo a importância da lide como nota essencial da jurisdição e que essa suscita no processo a apreciação de questões controvertidas, de direito e de fato, que exigem, todas e cada uma, qualquer que seja o seu objeto e conteúdo, a decisão jurisdicional do juiz, GALENO

³²⁷ Discorrendo sobre esta posição de GALENO LACERDA em *A lide cautelar no processo civil* (p. 49), anotei “O essencial, segundo se depreende da lição de GALENO LACERDA será o discernimento que se deve ter para ‘desvendar a natureza diversa que podem assumir os atos judiciais’, tanto que o juiz, além de atividade tipicamente jurisdicional, desempenha também atividades administrativas no curso de um procedimento. Será jurisdicional a atividade enquanto o juiz estiver operando o direito para resolver um conflito atual ou virtual de interesses, ainda que contrapostos com os interesses de ordem pública (conceito publicista de lide). De outro lado, a atividade será administrativa, quando o juiz atua o direito ou a vontade da lei, imediatamente dirigida a ele, independentemente da existência de conflito ou lide, porque não se pressupõe questão que deva ser dirimida, ou então porque se limita a atos de direção do processo”.

LACERDA já deixa antever a conclusão que, basicamente, é no sentido de que *a lide cautelar, derivada da principal, corresponde a uma das questões que a lide principal suscita, qual seja, a questão quanto à segurança do processo principal, uma questão que se transforma em lide parcial, de natureza processual, pois destinada afinal à garantia da própria jurisdição.*

Sob esse ponto de vista, a função cautelar verdadeiramente processual (tutela cautelar) teria forçosamente como objeto imediato uma *lide parcial*, decorrente da lide principal e consistente na questão quanto à segurança do próprio processo principal, sendo que essa *causa specialis* seria reveladora de que entre a lide principal e a lide cautelar ocorre aquela espécie de conexão que se define como *continência*.³²⁸ Nesse contexto estariam incluídos os procedimentos (cumulados ou não no mesmo processo) relativamente ao arresto, seqüestro, exibição, alimentos provisionais e outras tantas medidas antecipatórias provisórias atípicas, onde o fenômeno da inter-relação de lides³²⁹ (lide cautelar e lide principal) seria uma constante: essas lides poderiam ser solucionadas no mesmo processo, no mesmo organismo processual (cumulação de pedidos - cautelar e principal, o que, em última análise, corresponderia à cumulação de ações, à cumulação de lides, à cumulação objetiva, desde que se entende que a cada pedido, ainda que cumulado, corresponde uma ação processual).

Constata-se, porém, que somente mediante uma redução drástica e em certos pontos conflitante sobre o conceito de processo (tutela) cautelar, é que se tem logrado sustentar a sua autonomia (jurisdicionalidade) baseada na dupla instrumentalidade ou na suposta referibilidade a uma ação ou processo principal.³³⁰ Com efeito, *nem sempre haverá uma lide principal para explicar a existência de uma lide ou de uma questão cautelar*, como queria GALENO LACERDA.

³²⁸ LACERDA, Galeno, *Op. Cit.*, p. 19.

³²⁹ Sobre inter-relação de lides EGAS MONIZ DE ARAGÃO (*Medidas cautelares inominadas*, p.64-66).

³³⁰ CUNHA, Alcides Munhoz da. *Op. Cit.*, p. 51.

E essa demonstração pode ser facilmente obtida através dos seguintes exemplos. Um deles refere-se ao arresto, uma das medidas cautelares mais típicas e exemplares, cuja hipótese já foi também figurada por LANCELOTTI.³³¹ Assim o credor com um título executivo extrajudicial, v.g., uma nota promissória sujeita a termo, cujo vencimento ainda demanda o prazo de alguns meses, tem a pretensão ideal de receber oportunamente o pagamento correspondente ao crédito que o título ostenta; o devedor não contesta a dívida, todavia passa a alienar ou onerar bens que possui, criando para o credor uma situação de perigo ao pressentir que poderá ser frustrada no final a responsabilidade patrimonial do devedor e, com isso, ocorrer uma situação de inadimplemento. Pode ele requerer e obter imediatamente o arresto de bens. No tempo do vencimento do título, o devedor promove o pronto pagamento. Houve ação e pedido cautelar, mas o pedido (lide cautelar) não se apresenta como uma questão derivada da lide principal que sequer chegou a se constituir, pois jamais houve contestação da dívida e tampouco havia possibilidade de promover, antes do vencimento, a ação principal de execução.

Outro exemplo sugestivo³³² é o da exibição cautelar de documento ou coisa. Tome-se por figuração o caso do proprietário de um veículo, de uma peça valiosa, de uma jóia ou obra de arte, que tem sérios motivos para desconfiar que aquele objeto, que lhe foi subtraído, esteja em poder de terceiro, o qual está se propondo a reformar o objeto. Em face da urgência e visando coligir maiores fundamentos para ajuizar uma ação reivindicatória sobre a coisa, formula o pedido de exibição judicial, cautelar, anunciando que oportunamente ajuizará a ação principal. A exibição é deferida e realizada pelo requerido. O requerente da medida examinando a coisa pode convencer-se que a coisa é realmente sua ou, então, que o objeto exibido é outro, não o seu. Na primeira hipótese, em face do auto circunstanciado sobre as características da coisa exibida, poderá então mover com maior eficácia, com maior probabilidade de êxito, a ação

³³¹ LANCELOTTI, Franco. *Op. Cit.*, p. 255-256.

³³² Exemplo referido por ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA em *A lide cautelar processo civil*, p. 122.

principal, reivindicatória. Dir-se-á então que a ação ou o procedimento da exibição cumpriu a finalidade essencialmente cautelar, imprimindo maior segurança para a solução da lide principal no processo definitivo. A inter-relação de lides mostrou-se evidente. Todavia, na segunda hipótese, o requerente da exibição não ajuizará qualquer ação reivindicatória sobre o objeto exibido. Se ajuizar eventualmente uma ação reivindicatória seguramente será sobre outro objeto e em confronto de outra pessoa, porque convenceu-se, na sua intimidade, de que a coisa exibida não era a sua. A inter-relação de lides não chegou a ocorrer; não houve relação de acessório ao principal. Teria então se desnaturado a ação cautelar, para converter-se em mero procedimento de jurisdição voluntária ou, então, em ação definitiva, satisfativa da pretensão de exibição, em face de um fenômeno psíquico, ocorrido na mente do requerente?

GALENO LACERDA, levando em conta essas situações em que não ocorre concretamente a relação de dependência do processo cautelar ao principal, não sendo também possível o enquadramento como jurisdição voluntária, porque não há conflito intersubjetivo, observa que essa relação não precisa se estabelecer necessariamente de modo atual, tanto que a relação de dependência (*inter-relação de lides*) pode ser apenas teleológica, virtual, potencial. Essa observação até poderia justificar a jurisdicionalidade da função cautelar nas hipóteses em que, ou porque foi negada a medida cautelar ou porque as partes dirimiram o conflito espontaneamente após a concessão da medida cautelar, desapareceu o interesse em perseguir um provimento definitivo em relação àquele conflito³³³ que, embora tenha existido e eventualmente ainda subsista, e embora tenha adquirido a potencialidade de se converter em lide principal (mérito), ainda assim não foi situada como objeto de um processo. Aí, como disse GALENO LACERDA, não se estará cogitando da existência ou não da

³³³ “O fato de poderem elas (as partes) dirimir o conflito diretamente, depois da concessão da cautela, de modo a dispensarem a existência da ação principal futura, não retira da ação cautelar a dependência lógica e potencial (nem sempre ontológica) com essa última, que ficou *in fieri*.” (LACERDA, Galeno, *Op. Cit.*, p. 35).

função cautelar, mas da eventual eficácia do provimento.³³⁴ A perplexidade, entretanto, subsiste em relação às situações em que o processo principal deixou de existir não em face de mera opção do sujeito que deixou de dinamizar a ação processual definitiva, mas porque não havia mesmo lide que pudesse se constituir em objeto de um processo principal.

É certo que se for considerar, como sugeriu GALENO LACERDA, a simples perspectiva de uma lide principal, virtual, remota que seja, então não haveria necessidade sequer de estabelecer a classificação, que ele mesmo reputou de fundamental importância, entre as medidas cautelares jurisdicionais e as medidas administrativas (de jurisdição voluntária), pois uma lide principal remota sempre seria possível idealizar ou forjar. Apesar disso, GALENO LACERDA acentuou que a nota distintiva das medidas cautelares de jurisdição voluntária estaria precisamente no dado da ausência de referibilidade a uma lide principal, conquanto em comum com as cautelares jurisdicionais tivessem a necessidade de segurança.³³⁵ Mas qual o interesse que necessitaria então de mera segurança na produção das medidas de jurisdição voluntária? Será um interesse material da parte ou um seria algum interesse processual oculto? Ainda que se admita, para argumentar apenas,³³⁶ que as cautelas desacompanhadas de lide principal seriam medidas de jurisdição voluntária e, por isso, de natureza administrativa, não se pode ignorar que a atividade administrativa atua também sobre direitos, embora independentemente de situação conflituosa. Qual o direito que estaria sendo então atuado na via administrativa?

Como se pode notar, a concepção dogmática não resiste à crítica, baseando-se em fundamentos falsos e inconsistentes.

31. Vício da relatividade do próprio processo cautelar

³³⁴ “Uma coisa é a função, a pretensão, a ação (cautelar). Outra, a eficácia do processo. O artigo em exame (796 do CPC) cogita da eficácia, e essa mesmo comporta distinções.” (LACERDA, Galeno, *Idem*, p. 34).

³³⁵ LACERDA, Galeno, *Idem*, p. 20.

³³⁶ Sobre a lide na jurisdição voluntária, vide *supra*, item 20 da Parte I.

Tem-se insistido no dado de que a concepção tradicional, sustentando a autonomia da função cautelar jurisdicional pela peculiaridade do fim - tutela do processo definitivo – e pela dependência ou acessoriedade ao processo principal, bate de frente nas objeções de que nem sempre a função estará contribuindo para a segurança ou utilidade do processo definitivo, além do que o próprio processo definitivo pode faltar por ausência de lide principal. Daí os vícios da relatividade quanto ao fim e quanto à suposta dependência ou acessoriedade da função.

Cogita-se agora de uma terceira espécie de vício a contaminar a concepção tradicional. Trata-se da relatividade do próprio objeto, da lide cautelar, na perspectiva de que essa lide que a dogmática estigmatiza como sendo uma lide de natureza essencialmente processual, derivada da principal, correlativa a uma pretensão de segurança que informa a questão da segurança do processo principal, *trata-se na verdade de uma lide forjada, artificial, que assume uma conotação meramente formal, não se podendo, por isso, justificar a sua aceitação como objeto de um processo, de uma relação processual essencialmente cautelar, tanto que, no máximo, poderia ser admitida como uma questão incidente do processo principal*, isto é, uma parte do processo principal a exigir procedimento para a sua solução intercorrente, mas jamais um autêntico processo.

Nesse sentido, de que não se poderia estar confundido a parte com o todo, também já se manifestara LANCELOTTI.³³⁷ Com efeito, *autonomia e*

³³⁷ Na monografia *Osservazione critiche intorno all' autonomia processuale della tutela cautelare* (In: Rivista di Diritto Processuale Civile, n. 16, p. 258), de 1939, FRANCO LANCELOTTI já criticava as concepções de CALAMANDREI e de CARNELUTTI, sob esse aspecto, “aduzindo que as noções de provisoriedade e dependência das providências cautelares em relação às providências do processo definitivo seriam suficientes para levar à constatação de que as providências provisórias não teriam aptidão para por fim a um processo, o qual, na sua inteireza haveria de ter sempre o escopo de definir a lide ou resolver um conflito de interesses. Poder-se-ia falar, então, se muito, de ‘uma providência cautelar que põe fim não ao processo, mas a uma determinada fase do processo’; neste caso, o mais apropriado seria falar em procedimento cautelar, mas não em processo cautelar, como

dependência são expressões antitéticas e não favorecem a compreensão de que as medidas cautelares possam ser o resultado suficiente de um processo, como quer a doutrina tradicional.

Ainda assim, tem-se sustentado a existência da lide processual de natureza cautelar, mediante afirmações como a de THEODORO JUNIOR, no sentido de que *o que se aprecia na ação cautelar é o interesse processual pela segurança e eficácia do processo principal, sendo que a solução da lide (principal) fica inteiramente reservada para a função jurisdicional de cognição ou execução.*³³⁸ Vale dizer, naquele examina-se a pretensão meramente processual de segurança, nesse último a pretensão substancial, de fundo.

Ora, aceitando-se essa proposição estar-se-á admitindo que a dependência do processo cautelar quer significar que o mesmo se apresenta como parte integrante do processo definitivo, revelando-se como uma fase procedimental, destacada e eventual do mesmo. E mais, que apenas formalmente assume a feição de processo, quando, por motivos circunstanciais, o legislador exige a instauração de uma relação processual independente e paralela, de modo antecedente ou incidente, à relação processual que dá projeção ao processo definitivo.³³⁹

A lição de GALENO LACERDA no sentido de que o processo cautelar tem objeto próprio, representado pela *questão processual atinente à pretensão de mera segurança do processo principal*, deixa sem explicação o motivo pelo qual o processo definitivo não tem condições de se dinamizar para assegurar a própria segurança, contornando, com providências cautelares, os riscos decorrentes da *dilatatio temporis*.³⁴⁰

Aliás, medidas cautelares existem como o arresto dos artigos 653 e 654 e o

que se sugere que não se deve confundir a parte com o todo.” (CUNHA, Alcides Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*, p. 52).

³³⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2, p. 1.105-1.106.

³³⁹ CUNHA, Alcides Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*, p. 53-54.

³⁴⁰ CUNHA, Alcides Munhoz da. *Idem*, p. 54.

seqüestro do artigo 1016, § 1º, a caução do artigo 588, II, todos do Código de Processo Civil, além de uma infinidade de medidas inominadas que podem ser decretadas até mesmo de ofício pelo juiz, no curso do processo de conhecimento ou de execução e que, a despeito de não dependerem de ação cautelar ou relação processual diversa, resolvem eficazmente a questão da segurança da função definitiva no único processo em que se inserem.

Não obstante, tem-se negado que haja a manifestação do fenômeno tipicamente cautelar, jurisdicional, com a produção *incidenter tantum* dessas medidas. Argumenta-se, como foi referido, que essas medidas provisionais não assumem natureza propriamente jurisdicional, mas sim, que possuem natureza administrativa e que emanam do poder judicial de direção do processo,³⁴¹ porque nelas não haveria propriamente ação, pretensão (de mera segurança), pedido.

Como anotou OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, essa distinção difundida pelos fiéis seguidores de CALAMANDREI e de CARNELUTTI não convence, porquanto, segundo o discurso da dogmática, as chamadas *medidas provisionais*, tanto quanto aquelas que se afirma serem jurisdicionais por possuírem procedimentos próprios e assumirem a dependência ou acessoriedade em relação a um processo principal, estariam assentadas, na verdade, na mesma ordem de motivos, como a defesa da jurisdição ou a tutela do processo definitivo ou da função definitiva.³⁴² Todavia, incoerentemente, tem-se sustentado que as provisionais denotam apenas uma fase cautelar do processo definitivo³⁴³ ou, em outras palavras, que permanecem como meros atos do processo principal,

³⁴¹ LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, tomo I, p. 32.

³⁴² SILVA, Ovidio Baptista da. *Comentários ao código de processo civil*, vol. XI, p. 108.

³⁴³ Como se extrai da seguinte assertiva de CARNELUTTI: "Senza dubbio si può in tutti questi casi parlare di provvedimenti istruttori cautelari (...), peraltro vi è piuttosto una fase cautelare del processo che non un processo cautelare consistente nella composizione provvisoria della lite mentre qui si tratta di regolamento provvisorio del processo e non mi par corretto pensare a uno sdoppiamento del processo piuttosto che alla inserzione nel processo unico de un provvedimento o comunque de una attività cautelare". (*Sistema di diritto processuale civile*, vol. I, p. 208).

enquadrando-se no conceito de *officium iudicis*.³⁴⁴

Se tivesse o legislador exigido uma ação e um processo distinto para a obtenção das chamadas provisionais, de modo que não pudessem mais ser requeridas ou decretadas no curso do próprio processo definitivo, passariam a assumir automaticamente a natureza jurisdicional, porque a questão da segurança do processo definitivo se situaria como a lide do processo cautelar, inter-dependente do processo principal. Está evidente que essa concepção tradicional se ampara em um mero tecnicismo, em um formalismo arcaico, tanto que, como observou inclusive SALVATORE SATTA, *a função cautelar poderia ter sido concebida em sua plenitude como um poder do juiz, coordenado ao exercício da jurisdição, sem a necessidade de se cogitar de ação, pretensão e lide cautelar que viesse a integrar um organismo processual peculiar, com o que a função cautelar perderia, entretanto, qualquer justificativa para a sua autonomia*.³⁴⁵

Interessantíssima é a crítica que os autores espanhóis MIGUEL SERRA DOMINGUEZ e FRANCISCO RAMOS MENDEZ formularam contra a idealização artificial dessa pretensão de mera segurança da jurisdição que estaria a informar a lide cautelar, derivada da lide principal.³⁴⁶ Segundo o entendimento desses processualistas pode-se admitir a *autonomia meramente procedimental* de algumas medidas cautelares, quando por motivos circunstanciais devem ser requeridas e tramitar em autos apartados, em relação aos autos principais, quer já tenha sido deduzido o pedido da ação de cognição ou de execução (procedimento cautelar incidental e não processo incidental), quer o pedido cognitivo ou executivo ainda esteja para ser deduzido oportunamente (procedimento cautelar preparatório e não processo cautelar

³⁴⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio, *Unità del procedimento cautelare*, In: Rivista di diritto processuale civile, n. 9, p. 250, nota 2.

³⁴⁵ SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile*, Padova: Cedam, 1957, p. 575.

³⁴⁶ DOMINGUEZ, Miguel Serra, MENDEZ, Francisco Ramos. *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona: Industrias Graficas M. Pereja, 1974, p. 28.

anterior). Mas tal característica, dizem eles, não é suficiente para construir um novo tipo de processo, tendo-se em vista a forçosa dependência e subordinação do procedimento cautelar em relação ao processo definitivo, do qual é, tão somente, um simples incidente, destacado, ainda que antecedente. E ironizam a equiparação da autonomia meramente procedimental da cautela com uma suposta autonomia de processo, *sugerindo que tal entendimento equivaleria a atribuir autonomia processual às exceções dilatórias*, como as exceções de impedimento, suspeição ou incompetência relativa do juiz. Realmente, essas exceções, apesar de dotadas de procedimentos próprios, apartados, envolvendo questões processuais destinadas a garantir a efetividade da jurisdição nos autos principais, nem por isso assumem a natureza de processo cautelar ou de processo de impedimento ou processo de suspeição do juiz. E mais, essas exceções, ao contrário das ações cautelares que padecem do vício da relatividade do fim, tendem a influir de modo constante e proveitoso para a utilidade do provimento definitivo, evitando nulidade por parcialidade ou incompetência. Ademais, O legislador bem poderia idealizar hipóteses em que essas questões sobre impedimento, suspeição e incompetência poderiam ser deduzidas de modo antecedente à demanda propriamente dita, da qual o autor faria apenas um anúncio ao arguir as exceções ou questões processuais referidas. Nem por isso se converteriam aqueles procedimentos instrumentais das exceções em processos; nem por isso essas questões processuais se converteriam em lide parcial de um processo acessório, uma vez que conservariam a qualidade de incidentes processuais antecedentes ou preparatórios da demanda.³⁴⁷

Os vícios apontados recomendam, senão exigem, que se identifique outro fundamento para explicar a jurisdicionalidade da função cautelar, bem como para explicar o fim a que ela realmente se destina e, ainda, os pressupostos que lhe dão especificidade. Há que se identificar ainda a real natureza da pretensão ou lide que possa servir de objeto a esse tipo de tutela de urgência, seja a cautelar

³⁴⁷ CUNHA, Alcides Munhoz da. *A lide cautelar do processo civil*, p. 55.

conservativa, seja a antecipatória, posto que subsistem as objeções de que nem sempre haverá um processo ou um provimento definitivo a dar sustentação a tutela cautelar.

32. Tutela cautelar e atuação autônoma sobre o *fumus boni iuris*: a concepção substancialista de CHIOVENDA

A importância de CHIOVENDA na formação da ciência do direito processual civil é indiscutível. No que se refere à tutela cautelar, pode-se dizer, com amparo na autoridade de PROTO PISANI, que a obra de CHIOVENDA constituiu-se praticamente na primeira tentativa de enquadramento geral e sistemático da tutela cautelar no âmbito da jurisdição, posto que a experiência alemã e austríaca, assim como os estudos de AGOSTINO DIANA, PISANELLI, MORTARA e MATTIROLO, do início do século XX, revestiam-se de natureza mais pragmática e descritiva do que sistemática.³⁴⁸

CHIOVENDA jamais condicionou a jurisdicionalidade da função cautelar de urgência, compreensiva das manifestações conservativas, como o arresto, o seqüestro, a caução nas ações de dano infecto, e mesmo antecipatórias, como o embargo de obra nova, as medidas de reparação ou até demolição para prevenção urgente nas ações de dano infecto, ao fim proteger a própria atividade jurisdicional ou ao fim de tutelar o processo definitivo. Por isso mesmo, jamais cogitou da acessoriedade ou dependência do processo cautelar em relação a um processo principal; jamais insinuou que o processo cautelar tivesse por objeto uma pretensão ou uma lide de natureza essencialmente processual, cuja pretensão fosse animada pelo propósito de assegurar a inteira eficácia do provimento definitivo. Apenas anunciou a possibilidade de se certificar em cognição aprofundada, em sucessivo processo, a existência ou não do *direito acautelado*.³⁴⁹

³⁴⁸ PISANI, Andrea Proto. *Chiovenda e la tutela cautelare*. In: Rivista di Diritto Processuale, n. 43, p.16-34.

³⁴⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, vol. 1, p. 279.

Realmente, para CHIOVENDA a tutela cautelar assume uma autonomia funcional completa, porque se compraz com a tutela do direito plausível (*fumus boni iuris*) enquanto *fumus*, em situações particulares de perigo a um interesse da parte (*periculum*), qualificando-se assim como tutela de urgência (em face do *periculum*) e provisória, porque atua sobre uma relação jurídica de direito material que garante apenas temporariamente um bem de vida, cuja apropriação somente se consolidará juridicamente ou se tornará efetiva com as funções primárias de cognição ou execução. Tanto é assim que refere que o arresto, o seqüestro, ou o embargo e, assim, outras medidas cautelares *visam garantir pretensões que ainda não foram certificadas*,³⁵⁰ sem estabelecer relação de instrumentalidade necessária a um processo definitivo para justificar a jurisdicionalidade da cautela.

Extraí-se, realmente, de suas lições que o *fumus* é por si só um interesse juridicamente protegido pelo direito objetivo (*vontade geral e abstrata da lei*) e que a parte tem a seu favor o direito material (*vontade concreta da lei*) à proteção cautelar, que no caso se qualifica como um *direito potestativo* e não propriamente um direito subjetivo à obtenção de providências cautelares, posto que a segurança cautelar não decorreria de uma relação obrigacional ou de uma prestação que pudesse ser exigida da contraparte fora do processo, mas decorre de um *poder geral de requerer judicialmente a cautela, o qual emana diretamente do direito objetivo e que não teria sequer necessidade de ser explicitado*.³⁵¹ Essa atipicidade do poder cautelar é apontada como uma vertente

³⁵⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, vol. 1, p. 275-281.

³⁵¹ Para bem se entender essa qualificação, é preciso conhecer o significado de direito potestativo consoante a peculiar terminologia de CHIOVENDA. O direito objetivo, dizia ele, corresponde a uma vontade geral da lei ou, seja, a toda norma geral, abstrata e hipotética, condicionada à verificação de certos fatos, para o fim de regular a atribuição dos bens de vida aos diferentes sujeitos jurídicos. Por outro lado, o direito subjetivo, tanto quanto o direito potestativo, resolvem-se em uma vontade concreta da lei, notadamente no plano material, nascida da verificação do fato ou fatos previstos na norma. O direito subjetivo tende a realizar-se, preferencialmente, de modo espontâneo, através do cumprimento de uma prestação, seja em face de relações obrigacionais ou reais, seja em face de direitos absolutos ou relativos. Se há risco de não se efetivar espontaneamente a prestação ou se esta falha, surge o risco de

da premissa de que o temor de dano jurídico não pode ser descurado pelo ordenamento, que por isso atua diretamente sobre o *fumus*, cuja tutela encontra respaldo em dois princípios basilares do direito processual, o da *máxima instrumentalidade do processo* e o da *máxima instrumentalidade dos procedimentos*, este contido no enunciado de que *todo modo de atuação da lei (e qualquer meio executivo) que seja praticamente possível e não seja contrário a uma norma geral ou especial de direito, deve considerar-se admissível*.³⁵²

A referibilidade da tutela cautelar para com a tutela cognitiva e executiva não é estabelecida por CHIOVENDA na relação acessório-principal, mas simplesmente na *relação provisório-definitivo* e isso para enfatizar que a tutela cautelar, que tende a garantir apenas provisoriamente bens de vida, *não inibe a tutela definitiva*, que tende a garantir a apropriação duradoura desses bens. Nem por isso a tutela cautelar incide sobre a mesma relação jurídica que anima a tutela definitiva. Não, para CHIOVENDA, a *tutela cautelar tem um conteúdo próprio*, que na terminologia *chiovendiana* é denominado de *ação cautelar*, pois para CHIOVENDA ação tem um significado correlativo à *pretensão em lide*, designando o *objeto de um processo*, donde a afirmação de que a *ação cautelar (pretensão cautelar) não se confunde com a ação (objeto) ou pretensão das*

lesão ou então a lesão propriamente dita, sendo que o efeito pretendido (de direito material normalmente) deverá ser buscado, alternativamente, no processo onde, independentemente do cumprimento da prestação, através da *ação (ação de direito material, para CHIOVENDA)*, que se compraz com qualquer meio juridicamente admissível para obter o resultado, será possível obter o efeito querido pelo direito material. O direito potestativo, por sua vez, que não tem por pressuposto a existência de prestação ou obrigação para a obtenção de determinado efeito jurídico, tende a realizar-se nos casos concretos pelo simples exercício do poder jurídico de que é investido um sujeito pelo direito objetivo, para influir com sua manifestação de vontade sobre a condição jurídica de outro, independentemente do concurso de vontade deste. Trata-se de um poder de sujeição, que não depende de prestação e que por isso não comporta tecnicamente lesão. Assim o poder do contraente em denunciar um contrato, o poder de revogar um mandato, o poder do sócio em requerer a dissolução de uma sociedade, do condômino em requerer a divisão da coisa comum. Embora não dependente de prestação, o direito potestativo também tende a se realizar diretamente fora do processo. Casos há entretanto em que, pela natureza das coisas, ou porque o direito assim quis, que o efeito somente pode ser buscado através do processo. (CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. Cit.*, vol. 1, p. 10-20).

³⁵² CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. Cit.*, vol. 1, p. 46-48.

*tutelas definitivas.*³⁵³

Realmente, na terminologia de CHIOVENDA ação não se confunde com o conceito dogmático e meramente processual da ação, como sendo o direito de exigir a tutela jurisdicional do Estado. A essa ação processual, que se resolveria com o simples requerimento da parte na demanda ou na petição inicial, CHIOVENDA não deu maior atenção. A verdadeira ação, para CHIOVENDA, corresponde à relação jurídica deduzida em juízo como objeto do processo. Tanto é assim que, para CHIOVENDA, o processo não nasce das ações, mas da petição inicial ou demanda, sendo o processo, isto sim, fonte de todas as ações (lides) praticamente possíveis no plano jurídico.³⁵⁴

Em outras palavras, adaptando a terminologia *chiovendiana*, poder-se-ia dizer que ação corresponderia à pretensão inserida no objeto litigioso, à lide ou, ainda, ao mérito, que normalmente aspira uma solução de direito substancial.³⁵⁵ Sob essa perspectiva a ação não é um direito exercido contra o Estado, mas contra o adversário, pois corresponderia a um direito potestativo de situar uma *res deducta* no processo, o que confere ao seu titular o poder de sujeitar o adversário como réu para o conseguimento de determinado efeito jurídico que não foi possível obter pela ação humana, física, pela ação material, fora do processo.

Se a ação (pretensão) tem por fundamento a afirmação de direito subjetivo que não foi possível satisfazer pela via da prestação, a ação é encarada como um sucedâneo da prestação para o conseguimento daquele efeito. Todavia, se a ação (que já é qualificada em si mesmo como um direito potestativo por corresponder ao poder de sujeitar o réu ao processo em face de um pedido ou pretensão) tem, ainda, por fundamento um outro direito potestativo, cujo efeito jurídico somente pode ser perseguido através do processo, porque não tem por pressuposto uma prestação que pudesse ser

³⁵³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. Cit.*, vol. 1, p. 20-29.

³⁵⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. Cit.*, vol. 1, p. 46/47.

³⁵⁵ CUNHA, Alcides Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*, p. 34-38 e 118.

cumprida espontaneamente fora do processo, está-se defronte da mera ação, que não é sucedâneo de prestação – e nem por isso significa que se trate de uma pretensão ou lide de natureza meramente processual, pois simplesmente aspira efeitos de direitos materiais através do processo. E sob essa perspectiva, CHIOVENDA qualifica a ação cautelar, assim como a ação meramente declaratória de certeza jurídica, como meras ações, porque fora do processo não haveria ação ou pretensão apta a exigir do adversário uma prestação para obter o efeito material com segurança urgente (ações cautelares) ou o efeito material com certeza (ações meramente declaratórias).

Pois bem, se o *fumus* é projetado, autonomamente, como um interesse juridicamente protegido para ser atuado em situações de perigo de dano irreparável a interesses da partes, normalmente interesses materiais e, por outro lado, se a tutela cautelar se destina à atuação do *fumus*, então a tutela cautelar tende a realizar uma instrumentalidade direta e imediata dos interesses de direito material, à semelhança do que ocorre com as tutelas cognitiva e executiva.³⁵⁶

Na verdade, a concepção de CHIOVENDA sobre a função cautelar, como anotou PROTO PISANI, foi decapitada na sua parte mais criativa pela construção de CALAMANDREI e seus seguidores, os quais, apenas formalmente, externamente, pareceram aderir ao sistema *chiovendiano*, posto que, pelo menos em sede cautelar, deixaram de compartilhar do elemento vital que deu impulso ao pensamento de CHIOVENDA.³⁵⁷

Esse elemento vital que foi descuidado correspondia exatamente à sua afirmação quanto à *existência da ação cautelar como figura geral, o que*

³⁵⁶ EGAS MONIZ DE ARAGÃO, ao discorrer sobre a concepção de CHIOVENDA em sede cautelar, mais especificamente sobre a afirmação de que *a ação cautelar é mera ação, e que existe como poder atual quando não se sabe se o direito acautelado existe*, traz a seguinte ponderação: “É conveniente estar bem atento a essa lição, que não desprende a cautela de uma base de apoio no próprio direito material (de cuja proteção, ou realização, é instrumento) e, sim, de sua prévia declaração por sentença (‘não se sabe se o direito acautelado existe’).” (*Medidas cautelares inominadas*. In: Revista Brasileira de Direito Processual Civil, n. 57, p. 34).

³⁵⁷ PISANI, Andrea Proto. *Chiovenda e la tutela cautelare*. In: Rivista di diritto processuale, p. 27-28.

*equivale à afirmação quanto à existência de uma pretensão material à mera segurança como figura geral.*³⁵⁸

Guardadas essas premissas, torna-se fácil e clara a leitura de CHIOVENDA sobre medidas cautelares. Para justificar a existência da tutela cautelar autônoma, diz ele que “a medida provisória corresponde à necessidade efetiva e atual de afastar o temor de um dano jurídico; essa é a sua justificação atual, isto é, em vista das aparências do momento, o que não se confunde com a justificação final (quanto à garantia duradoura de um bem vida) que será apurada na verificação definitiva”.

E para evidenciar que a tutela cautelar visa atuar autonomamente sobre o *fumus boni iuris*, acrescenta: “a medida provisória atua uma efetiva vontade da lei, mas uma vontade consistente em garantir outra suposta vontade da lei (i.é. o *fumus*): se, em seguida, v.g., se demonstra a inexistência de outra vontade, a vontade que se atuou com a medida provisória manifesta-se igualmente como uma vontade que não teria devido existir”.

Essa ressalva – quanto à vontade que não teria devido existir - há que ser compreendida na perspectiva da tutela definitiva, não da tutela provisória, pois como se viu, CHIOVENDA enfatizou a importância de se distinguir a justificação atual da tutela cautelar com base no *fumus*, da justificação final da tutela definitiva, com base na certeza, porém incidente sob outra relação destinada a garantir com definitividade um bem de vida. Por isso, diante da absoluta juridicidade da medida cautelar, arremata enfatizando a existência da responsabilidade objetiva: “a ação assecuratória (lide cautelar) é por

³⁵⁸ “É singolare infatti che Calamandrei, in base al richiamo dei valori della sovranità della volontà individuale nei limite della sfera giuridica ad essa pertinente’ e della impossibilità di interpretare estensivamente norme (quali quelle sulle misure cautelari) che consentano di invadere o menomare la libertà altrui “prima che sia certa l’esistenza del diritto vantato dal richiedente” decapitò il sistema chiovendiano proprio delle sue parti più innovative (e cioè della azione assicurativa generale). Così che l’adesione di Calamandrei al sistema di Chiovenda appare esteriore e formale, e non è comprensione e compartecipazione alle forze vitali intrinseche ad esso.” (PISANI, Andrea Proto. *Op. Cit.*, p. 27).

conseqüência ela própria uma ação provisória (lide provisória); e daí importa que se exerça, em regra, a risco e perigo do autor, quer dizer, que o autor, em caso de revogação ou desistência, seja responsável pelos danos causados pelo despacho, tenha ou não culpa”.³⁵⁹

Em suma, parece perfeitamente possível afirmar que CHIOVENDA admitiu a existência de *um direito de cautela*, que anima a pretensão ou ação à segurança fundada no *fumus* (ação acautelar), tanto que ainda afirmou: “Existe, pois (...) a figura geral da provisão provisória preventiva; ao juiz o arbítrio (i. é. *discricionarietà judicial*) de estabelecer-lhe a oportunidade e a natureza. O fim é sempre o de evitar que a atuação de uma possível vontade da lei (i. é. *fumus*) se veja impedida ou dificultada, no tempo próprio, por um fato ocorrido antes de sua certificação, quer dizer, por uma mudança no estado de coisas atual; ou o de prover ainda durante um processo, em caso de uma possível vontade da lei (i. é. *fumus*) cuja atuação não permita retardamento”.³⁶⁰

O *direito de cautela*, para atuar, inclusive e principalmente, sobre interesses materiais das partes, assume pois o viés de fundamento da ação cautelar, enquanto entendida essa como o objeto, pretensão ou pedido tipicamente cautelar, que justifica a existência da função provisória de urgência. Aliás, comentando sobre os ensinamentos de CHIOVENDA, por ocasião da terceira edição brasileira de *Instituições*, LIEBMAN deixa transparecer que reconhece, na sua doutrina sobre o processo cautelar, a característica da autonomia funcional completa, sem nexo de referibilidade necessária a outro processo, pois faz o seguinte registro: “o processo acautelatório, tem, de fato, como organismo processual, uma individualidade própria: uma demanda, uma relação processual, um provimento final. Um objeto próprio que é a ação acautelatória.”³⁶¹

³⁵⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. Cit.*, vol. 1, p. 274.

³⁶⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. Cit.*, vol. 1, p. 281.

³⁶¹ Cfr. nota n.º 1, p. 274, da terceira edição brasileira de *Instituições de direito processual civil*, de CHIOVENDA, anotada por LIEBMAN.

LIEBMAN, todavia, à semelhança da maioria dos processualistas clássicos, não se deteve na perspectiva do fundamento de direito material da ação cautelar, seguindo a trilha alternativa de CALAMANDREI quanto à natureza essencialmente processual do objeto da função cautelar, que estaria atrelado inelutavelmente ao fim de proteger, na relação de acessoriedade, o processo principal.

Ao enfatizar a atipicidade da ação cautelar CHIOVENDA quis demonstrar certamente que o conteúdo cautelar (“ação”, pretensão, objeto) poderia assumir natureza diversa, fosse de direito processual, fosse de direito material, fosse de direito público ou privado, tanto que a sua teoria parte do pressuposto de que “constituindo a ação um poder coordenado à tutela de um interesse, adquire (...) a natureza deste, e é, por isso, pública ou privada, patrimonial ou não patrimonial.”³⁶² Vale dizer, para CHIOVENDA o objeto da função cautelar pode até assumir uma natureza essencialmente processual, quando coordenado a assegurar um interesse de direito processual apenas, assumindo todavia uma conotação substancial quando o efeito jurídico buscado é o de garantir, ainda que provisoriamente, um interesse material da parte, com base no *fumus*, diante de em situação especial de *periculum* aos interesses relevantes.³⁶³

Resumindo, a grande importância da doutrina de CHIOVENDA está em revelar que a função cautelar decorre autonomamente de uma vontade particular da lei (direito) para proteger em situações de perigo interesses das partes – mormente interesses materiais plausíveis juridicamente. Vale dizer, pressupõe uma tutela que tem autonomia para instrumentalizar um particular direito, *uma particular vontade da lei* para os fins anunciados. Essa vontade da lei que se instrumentaliza pode muito bem ser denominado *direito de cautela*! Se o interesse acautelado existe ou não existe no plano cognitivo, isto pertence a outra lide e a outro processo, em relação ao qual a função cautelar não guarda aquela suposta relação de instrumentalidade, pois atua sobre o *fumus* enquanto

³⁶² CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. Cit.*, vol. 1, p. 29.

³⁶³ CUNHA, Alcides Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*, p. 37.

fumus por ser esse um interesse juridicamente protegido contra situações emergenciais de perigo – e nada mais.

33. Tutela cautelar e a atuação autônoma sobre o *fumus boni iuris*: a concepção substancialista de CALVOSA

A inconsistência da concepção tradicional, forjada depois de CHIOVENDA, foi detectada por outros processualistas, além de LANCELOTTI, os quais procuraram desenvolver alternativamente suas próprias teorias, imprimindo à tutela cautelar uma autonomia completa, à semelhança do próprio CHIOVENDA.

Deixando de lado a posição substancialista de ENRICO ALLORIO, divulgada em 1936, a qual resultou frustrada diante da sua tentativa mal sucedida de identificar um direito substancial de cautela que seria acessório do direito acautelado³⁶⁴ (cujo nexó não poderia mesmo ser considerado constante, posto que o direito acautelado em via provisória poderá sempre se revelar inexistente no momento da atuação definitiva), ainda assim cabe referir às concepções de CARLO CALVOSA e UGO ROCCO na Itália, bem como as respeitáveis posições de PONTES DE MIRANDA, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA e KAZUO WATANABE no Brasil.

Curiosa é a posição de CARLO CALVOSA. Formalmente ele nega a existência de uma categoria de direito que pudesse ser qualificada como direito substancial de cautela, talvez movido pela preocupação de desvincular desde logo sua doutrina da concepção fracassada de ALLORIO.³⁶⁵ Não obstante isso,

³⁶⁴ “Atualmente está-se rompendo aquela inibição que se havia generalizado quanto à afirmação do direito material de cautela, após o insucesso da teoria de ALLORIO, em que se pretendeu vincular o direito de cautela ao direito acautelado, em uma suposta relação de acessório-principal, quando se tem conhecimento, entretanto, que a cautela atua em momento que ainda não se sabe se o direito acautelado existe.” (CUNHA, Alcides Munhoz da. *O direito material de cautela*. In: Revista do IAP, n. 23, p. 111-121).

³⁶⁵ Sobre a teoria de ALLORIO, vide *supra*, item 9 da Parte I.

culminou por imprimir um conteúdo substancial à tutela cautelar, desvinculando-a da suposta instrumentalidade a um provimento definitivo e vinculando-a diretamente à proteção ou segurança de interesses materiais. Sustenta que *a tutela cautelar, tanto quanto a tutela cognitiva ou executiva se prestam imediatamente à tutela jurisdicional dos interesses que podem se afirmar fundados em direitos subjetivos*, ressalvando que, no tocante à tutela cautelar, essa tutela incide sobre os mesmos interesses materiais que poderão ser atuados na tutela cognitiva ou executiva, porém em situações especiais.

Essas situações especiais seriam as *situações de urgência, não normatizadas* para receber uma disciplina ou um tratamento específico em face da impossibilidade do ordenamento prever todas as hipóteses de perigo ou todas as possibilidades de ocorrência de conflitos, os quais, apesar da insuficiência normativa, são carecedores e merecedores de uma tutela de concreção do direito. Essas situações reclamam então, *subsidiariamente*, por uma disciplina, por um regramento ou por uma *tutela complementar ou integrativa do ordenamento jurídico, no plano material e jurisdicional*. E essa tutela que responderia subsidiariamente pela insuficiência do sistema normativo seria então a tutela cautelar, que em sede jurisdicional atuaria em via provisória o mesmo direito que poderia atuar oportunamente em via definitiva, privilegiando, nessa via provisória, os interesses que momentaneamente se apresentassem em uma situação de vantagem jurídica (*plausibilidade*).³⁶⁶

O direito que se atua em via cautelar, segundo CALVOSA, seria realmente o mesmo direito material que se atua pela via definitiva, inserido porém em uma relação jurídica provisória, de urgência, que momentaneamente confere

³⁶⁶ "...la tutela cautelare giurisdizionale non è affatto un mezzo di tutela strumental rispetto al processo, nè tanto meno che i procedimenti ed i provvedimento cautelari, per loro specifica natura, debbano essere considerati in rapporto di strumentalità com il giudizio definitivo di merito. La tutela cautelare giurisdizionale, non diversamente da ogni altra espressioni della tutela giurisdizionale, è volta ad assicurare a proteggersi le situazioni soggettive favorevoli che l'interesse ritenuto normativamente rilevante e prevalente sarà, in concreto, soddisfatto." (CALVOSA, Carlo. *La tutela cautelare* (Perfil sistemático), Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1963, p.141).

vantagem àquele que detém o *fumus*. Sob esse argumento não admite o direito de cautela como uma entidade estranha ou subsidiária ao próprio direito subjetivo primário que passa a ser atuado em situações privilegiadas no momento da urgência. As providências cautelares teriam comprometimento com as situações subjetivas substanciais que, em dado momento, favorecem uma parte em dada relação, legitimando-a a pleitear a segurança da sua posição jurídica momentaneamente privilegiada em confronto da outra parte contra as deteriorações ou degradações que possam afetar essa posição circunstancialmente vantajosa.³⁶⁷ Assim, por exemplo, como se atua o direito de propriedade para se obter, em via definitiva, a reivindicação da coisa, atuar-se-ia em via provisória o mesmo direito de propriedade em uma relação informada pela urgência, para se requerer a medida de seqüestro. Atuar-se-ia o mesmo direito de propriedade na relação provisória e na relação definitiva consoante o variar das posições subjetivas de vantagem que podem se apresentar mais ou menos acentuadas naquela ou nessa relação, nada impedindo que na via provisória se atue o direito diferentemente da via definitiva.³⁶⁸

³⁶⁷ CALVOSA, Carlo. *Provvedimenti d'urgenza*, In: *Novissimo digesto italiano*, Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, v. XIV, 1957, p. 448.

³⁶⁸ “Al punto cui si è giunti, sembra d'avere, indirettamente, dimostrato che la teoria, che vorrebbe ipotizzare l'esistenza di un diritto sostanziale di cautela (ALLORIO), non può trovar consenso. Invero, non può ammettersi che il provvedimento cautelare e il processo cautelare presuppongano un diritto sostanziale di cautela, come il provvedimento sull'azione di rivendicazione e il relativo processo presuppongano un diritto di proprietà. Vero è che, nel giudizio di rivendicazione, può iscriversi, io direi, complementariamente, un giudizio cautelare, un provvedimento di seqüestro giudiziario, ma proprio da ciò vorrei trarre argomento per dimostrare che il provvedimento cautelare e il correlativo procedimento non hanno riscontro in un diritto diverso da quello, alla tutela del quale è preordinato il giudizio di rivendicazione (...) Per rimanere infatti alla specie ipotizzata, il seqüestro giudiziario, inscrivendo-sc nel giudizio di rivendicazione, permetterà la conservazione del bene, oggetto della vantata situazione soggettiva favorevole-diritto di proprietà, consentendo e assicurando che detto bene, sottratto alla disponibilità e al godimento di colui che inevitabilmente lo possiede, possa essere consegnato integro e nelle migliori condizioni al titolare della situazione soggettiva favorevole, il cui interesse è protetto appunto dalla norma o più esattamente dal collegamento norma -soggetto (nel che se esprime la situazione soggettiva).” (CALVOSA, Carlo. *La tutela cautelare* (Profilo sistematico), p. 226-228).

Daí a sua enfática afirmação de que a *vinculação da tutela cautelar à tutela definitiva é apenas aparente, formal, tanto que o fundamento da existência da função cautelar e das medidas cautelares reside precisamente na constatação de que a incerteza da situação subjetiva cautelanda decorre de uma incompletude da própria tutela normativa (e da tutela jurisdicional comum), que a função cautelar busca suprir, complementar.*³⁶⁹

Admite, pois, uma relação jurídica provisória e material de urgência que qualifica a situação cautelanda e que legitima a função cautelar,³⁷⁰ que se apresenta como uma função jurisdicional residual, porque tende a suprir a insuficiência insuperável da tutela normativa, até mesmo nas hipóteses em que as demais funções jurisdicionais, cognição e execução, não podem lograr esse suprimento através de certificação do direito ou de realização prática e definitiva do direito.³⁷¹

Enfim, a despeito das peculiaridades da concepção de CALVOSA, parece possível concluir que a mesma se afina com a concepção de CHIOVENDA, no que diz com a atribuição de um conteúdo substancial à função cautelar. Para CHIOVENDA há ação (lide) cautelar essencialmente provisória, sem nexo de necessária dependência a um processo principal. Para CALVOSA há situação

³⁶⁹ CALVOSA, Carlo, *Idem*, p. 223.

³⁷⁰ “Uma vez que se está investigando o conteúdo ou a lide (mérito) do processo cautelar, parece que, parodiando CARNELUTTI, seria possível enquadrar a concepção de CALVOSA como a que vincula a função cautelar ao fim de obter a composição (solução) de uma *lide provisória*. A lide provisória configurar-se-ia pelo conflito de situações jurídicas subjetivas em torno de um estado de perigo, em que sobressai a pretensão à segurança de um interesse substancial que se afirma, pelo menos provisoriamente, como prevalente, à luz do direito objetivo, o qual recebe uma força integrativa mediante o processo cautelar, no momento em que este cmito o provimento assecuratório, conservativo ou inovativo”. (CUNHA, Alcides Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*, p.62).

³⁷¹ “La tutela giurisdizionale cautelare è concessa ancorchè non sai assolutamente certa la vigenza della situazione giuridica soggetiva che si vuol protetta. Quest’ incertezza della situazione giuridica qualifica la situazione cautelante come provvisoria e ipotetica, mentre giustifica la definitività della della tutela giurisdizionale (*tout court*) attraverso il fondamentale principio della cosa giudicata”. (CALVOSA, Carlo. *La tutela cautelare* (Perfil sistemático), p. 141).

cautelanda (lide) essencialmente provisória, também desvinculada de acessoriedade a um processo principal. Uma e outra (*ação cautelar e situação cautelanda*) são expressões que convergem para designar o objeto da tutela cautelar, que, lá e cá, surge animado por uma pretensão ou pedido que aspira conferir proteção autônoma a interesses materiais momentaneamente privilegiados à luz do ordenamento, contra o *periculum damnum* à luz do direito objetivo.

Realmente, a afirmação de CALVOSA de que em sede cautelar se atua o mesmo direito que se pode atuar oportunamente em via definitiva há que ser entendida na perspectiva de que esse mesmo direito atuado na via provisória é na verdade o *fumus* do direito primário, isto é, o *fumus* do direito que pode oportunamente ser objeto de certificação e execução na via definitiva. Identificar esse direito atuado momentaneamente com o *direito material subsidiário* de cautela reduz-se a uma questão meramente conceitual, porque as justificativas são exatamente as mesmas. A insuficiência da tutela normativa se manifesta tanto no plano material como no plano jurisdicional, donde a correspondência de uma pretensão de direito material subsidiário à cautela de interesses materiais exercendo a pretensão processual à tutela jurisdicional residual cautelar.

As situações jurídicas substanciais momentaneamente privilegiadas e reputadas dignas de proteção autônoma por CALVOSA coincidem pois com as situações referidas por CHIOVENDA, para quem, à vista das aparências do momento (*fumus*), justifica-se o exercício da tutela cautelar para afastar o temor de um dano jurídico iminente. Em ambos os casos, a despeito das especificidades da terminologia, pode-se perceber que se apregoa a tutela autônoma sobre o *fumus boni iuris* para garantir ou mesmo resgatar a inteireza de interesses ameaçados de lesão ou de agravamento de lesão irreparável ou de difícil reparação. O grande mérito de CALVOSA foi o de apontar a característica essencial, ontológica da tutela cautelar, correspondente à *subsidiariedade*, não à acessoriedade, porquanto deve atuar para reger conflitos em situações de urgência, quando as demais tutelas não têm condições de atuar, seja porque

inexiste lide em torno do direito primário, a ensejar tutela cognitiva ou executiva, seja porque não dispõe essas tutelas jurisdicionais normais de mecanismos para enfrentar com prontidão a situação de urgência.

34. Tutela cautelar e a atuação autônoma sobre o *fumus boni iuris*: a concepção substancialista de UGO ROCCO

UGO ROCCO, como já foi referido, sempre combateu a concepção tradicional em matéria cautelar, porque não podia compactuar com a suposta instrumentalidade que a função cautelar exerceria em relação a um processo definitivo, advertindo que entre o provimento cautelar e o provimento definitivo não ocorreria de modo constante aquela correlação de meio e fim que pudesse justificar a tal instrumentalidade.³⁷²

Admitiu expressamente a existência de um processo cautelar autônomo ou de uma tutela cautelar independente, cuja função teria por fim verificar e eliminar os perigos que comprometessem interesses processuais ou materiais tutelados pelo direito objetivo, sem que isso importasse obviamente naquele nexo de instrumentalidade destinado a vincular a medida cautelar à providência definitiva.³⁷³

É de se notar que UGO ROCCO, à semelhança de CALVOSA, embora tenha negado a existência de um direito subjetivo substancial de cautela, movidos possivelmente pelo efeito negativo das posições de ALLORIO, culminou por imprimir um conteúdo substancial à pretensão ou ao objeto da tutela cautelar (lide cautelar). Na realidade, negou a existência do direito de cautela preconizado por ALLORIO (direito subjetivo de cautela que seria acessório do direito acautelado), cuja teoria combateu com veemência.³⁷⁴ Ainda assim, admitiu que o direito objetivo dá sustentação à pretensão cautelar *para a*

³⁷² Vide *supra*, item 29 da Parte I.

³⁷³ ROCCO, Ugo. *Trattato di diritto processuale civile*, p. 56-60.

³⁷⁴ ROCCO, Ugo. *Idem*, p. 28-33.

proteção provisória de interesses materiais plausíveis juridicamente, quando há risco contra a integridade desses interesses.

Em síntese, a posição de UGO ROCCO é a seguinte.³⁷⁵ O processo cautelar não se distinguiria dos demais tipos de processo quanto à estrutura ou quanto à natureza da atividade desenvolvida pelos órgãos jurisdicionais, tanto que nele o juiz haveria que exercer sempre uma atividade teórica (ato de inteligência), bem como uma atividade prática (ato de vontade). A característica especial do processo cautelar estaria na peculiaridade do fim buscado pela providência cautelar.³⁷⁶

E o fim do processo cautelar, segundo essa concepção, seria o de *atuar o direito objetivo nos casos concretos para proteger interesses plausíveis, notadamente interesses materiais (verossímeis, mas ainda dependentes de oportuna certificação), dos perigos de dano, em situações de urgência.* Com efeito, anota que o processo cautelar não se destina à definição de direitos ou à satisfação de um direito. O processo cautelar não atua aquela mesma tutela que o direito objetivo presta aos interesses, substanciais ou processuais, incertos ou controvertidos, porquanto se limita a exercer uma forma diversa de atuação do direito. “ A providência cautelar atua o direito certificando, em, via sumária e deliberatória, a existência de uma situação de fato ou jurídica ainda incerta e a existência de um perigo, emitindo ordens e injunções que sejam aptas a eliminar o perigo, conservando o estado de fato e de direito incerto e controvertido”.³⁷⁷ A locução certificação sumária e deliberatória de uma situação de fato ou jurídica ainda incerta quer designar seguramente a tutela do *fumus boni iuris*.

O processo cautelar, portanto, tem um fim em si mesmo; não está necessariamente ligado a um processo ou a uma providência definitiva sucessiva.³⁷⁸ O perigo que visa eliminar não se limita aos riscos de demora do

³⁷⁵ CUNHA, Alcides Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*, p. 62-64.

³⁷⁶ ROCCO, Ugo. *Op. Cit.*, p. 157.

³⁷⁷ ROCCO, Ugo. *Op. Cit.*, p. 89.

³⁷⁸ ROCCO, Ugo. *Op. Cit.*, p. 59.

processo definitivo, mas a qualquer evento natural ou voluntário capaz de gerar danos aos interesses tutelados pelo direito,³⁷⁹ tanto que os efeitos da providência cautelar devem durar até que cesse o perigo, o que se pode verificar através de fatos naturais ou voluntários do mundo extra-processual.³⁸⁰

Depreende-se, pois, que o conteúdo do processo cautelar corresponde ao conflito que se estabelece em torno da situação de perigo que ameaça a integridade de interesses materiais ou processuais, ainda incertos, mas plausíveis (*fumus*), e que, nem por isso, deixam de merecer a tutela do direito objetivo, que reclama pela conservação desses interesses plausíveis até o momento em que se verifique a eliminação do perigo.

Tendo em vista a diversidade de escopo do processo cautelar, UGO ROCCO conclui que a atividade teórica ou cognitiva nele desenvolvida é menos ampla do que no processo de cognição, sendo pois uma *atividade sumária em comparação ao processo de conhecimento, porque se compraz com o juízo de aparência quanto à existência do direito ameaçado e quanto à probabilidade de dano*. Quanto à atividade prática desenvolvida no processo cautelar pelo juiz, também não se confunde com a atividade executiva propriamente dita que visa exercer a realização coativa de um direito, pois em sede cautelar o juiz expede ordens e injunções, de fazer e não fazer, que devem se limitar à conservar o estado de fato e de direito, embora incerto.³⁸¹

Admite UGO ROCCO que as providências cautelares têm um *conteúdo conservativo e, simultaneamente, um conteúdo inovativo* que emerge naturalmente do próprio provimento cautelar, pois a imposição de uma ordem, ainda que seja para conservar um estado de fato ou jurídico, sempre implica uma inovação no plano jurídico, ainda que não corresponda propriamente a uma inovação no plano material. Sob essa ótica, a própria ordem de seqüestro assume

³⁷⁹ ROCCO, Ugo. *Op. Cit.*, p. 75.

³⁸⁰ ROCCO, Ugo. *Op. Cit.*, p. 67-68.

³⁸¹ ROCCO, Ugo. *Op. Cit.*, p. 93-98.

um caráter jurídico inovativo a par do caráter materialmente conservativo.³⁸²

Por outro lado, admite que as denominadas medidas atípicas ou os provimentos de urgência do artigo 700 do Código de Processo Civil da Itália possuem natureza cautelar, combatendo porém a expressão, utilizada inclusive na técnica legislativa, que visa qualificar essas medidas como antecipatórias dos efeitos do provimento definitivo de cognição. E isto porque, além de não compactuar com a teoria da instrumentalidade hipotética do provimento cautelar para com o provimento definitivo, entende que o objeto da tutela provisória, cautelar, seja típica ou atípica, não se confunde jamais com o objeto da tutela cognitiva, não se podendo por isso cogitar de eventual antecipação, pela via provisória (cautelar), dos efeitos da sentença de cognição, porque a *antecipação cautelar não tem nada a ver com o fim de eliminar uma situação de incerteza, mas de, conservando o estado de incerteza, eliminar uma situação de perigo de dano a um interesse da parte.*³⁸³ São pois inconfundíveis os objetos ou as lides

³⁸² ROCCO, Ugo. *Op. Cit.*, p. 107-113 e 395.

³⁸³ “La verità è che nessun provvedimento cautelare, sia specifico e determinato, sia generico ed indeterminato (atipico) costituisce mai una *antecipazione provvisoria* della risoluzione del conflitto di interessi. Ed, infatti, tanto nell’un caso, como nell’altro, pur esistendo incertezza sui rapporti giuridici sostanziali, che si vogliono sottrarre al pericolo di abolizione o menomazione, dalla cui incertezza sorge il conflitto di interessi, non si verificherà mai una *antecipazione provvisoria* della risoluzione di tale conflitto, attuale o eventuale, qualunque sia il provvedimento cautelare. Già abbiamo ampiamente illustrato come nella loro intima essenza i provvedimenti cautelari, non hanno carattere strumentale e non sono preordinati al provvedimento così detto definitivo ed in particolare al provvedimento di merito, che solo a traverso l’accertamento della esistenza, o inesistenza, degli interessi sostanziali, incerti ed opposti, importa la eliminazione del conflitto di interessi. Ed abbiamo inoltre, dimostrato come i provvedimenti cautelari, data appunto la loro essenza, non costituiscono affatto la *antecipazione* di quel provvedimento di merito, al quale sono, attraverso l’accertamento, è riservato il compito di eliminare il conflitto di interessi. Il giudizio con piena e completa cognizione della questione sostanziale di merito, nulla ha a che vedere col giudizio con cognizione del tutto sommaria della probabile esistenza del diritto sostanziale e del pericolo che lo minaccia, al fin di giustificare ed aprir la via al provvedimento cautelare. Li primo accertando *funditus* la esistenza o inesistenza del diritto, incerto o controverso elimina il conflitto dei relativi interessi; il secondo, accertando con cognizione sommaria e deliberativa la esistenza probabile del diritto e la probabile esistenza del pericolo che lo minaccia, non ha nè la funzione di eliminare il conflitto di interessi, che resta in vita, tanto che normalmente si darà

que animam distintamente a tutela cautelar e a tutela de cognição.

Enfim, anota UGO ROCCO que “não há dúvida de que a pretensão destinada a obter dos órgãos jurisdicionais uma providência cautelar funciona como uma pretensão autônoma e independente no confronto das outras pretensões destinadas a obter providências de declaração, de condenação ou de realização coativa, muito embora possa aparecer conexa ou correlativa a tais providências”.³⁸⁴

Respeitadas as peculiaridades das concepções de CHIOVENDA, CALVOSA e UGO ROCCO pode-se dizer que as mesmas são convergentes pelo menos na aceitação de que o direito objetivo confere proteção autônoma ao *fumus*, isto é, às pretensões que incidem sobre interesses juridicamente plausíveis ou verossímeis, quando ameaçadas de perigo de dano iminente. Essa autonomia da pretensão cautelar implica seguramente na afirmação da *autonomia da sua causa de pedir*. Problema menor é saber se o fundamento dessa causa de pedir pode ser qualificado ou não como um direito de cautela, posto que, pelo menos no plano pelo ideológico, essas concepções são substancialistas e não opõem resistência a um fundamento de direito material para a pretensão cautelar, sendo que a ausência de referência declarada ou expressa a esse direito de cautela se deve seguramente a opções de ordem terminológica.

Enfim, UGO ROCCO extraiu do direito objetivo um direito à certificação e proteção *fumus*, com vistas a proteger autonomamente interesses plausíveis das partes em situação de perigo.

luogo al giudizio sostanziale di merito. Da ciò risulta, che avendo i due provvedimenti (cautelare e di merito) natura, contenuto e funzione del tutto diversa, non può il provvedimento cautelare in nessun caso considerarsi una anticipazione del provvedimento di merito, che ha natura, contenuto, e funzione del tutto diversa, non risolvendo affatto il primo, neanche provvisoriamente, il conflitto che permane e dovrà essere risolto.” (ROCCO, Ugo. *Op. Cit.*, p. 397-399).

³⁸⁴ ROCCO, Ugo. *Op. Cit.*, p. 71-72.

35. Tutela cautelar e a atuação autônoma sobre o *fumus boni iuris*: as concepções substancialistas de PONTES DE MIRANDA e de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA

No Brasil, são conhecidas as posições de PONTES DE MIRANDA e de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, que imprimem também um conteúdo substancial ao processo cautelar.

PONTES DE MIRANDA repele desde logo a noção, consolidada pela doutrina tradicional, de que há uma indispensável dependência do processo cautelar para com os demais processos, de cognição ou de execução, atribuindo a essa malfadada orientação doutrinária a causa de alguns *erros legislativos, interpretativos e de prática judicial*.³⁸⁵ Adverte que inexistente a necessidade de uma relação de preparatoriedade ou de incidentalidade do processo cautelar para com outros processos, admitindo apenas que possa haver uma referibilidade virtual a outras ações ou processos, diante do escopo de prevenção que anima a ação cautelar. Por isso mesmo afirma que “é erro dizer que as medidas cautelares são instrumentos a serviço da providência final, ou que preparam pura eficácia de decisão definitiva”, arrematando que “a confusão em juristas que dizem isso, repetindo processualistas italianos, é de lamentar-se profundamente, porque se toma por preparatório (ou incidental) o que previne”.³⁸⁶

No mesmo sentido é a orientação de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA para quem a suposta relação de acessoriedade ou dependência do processo cautelar a outro processo inutiliza a concepção da autonomia que os próprios processualistas tradicionalistas quiseram afirmar.³⁸⁷

³⁸⁵ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*, tomo XII, p. 6.

³⁸⁶ MIRANDA, Pontes de, *Idem*, p. 7-8.

³⁸⁷ Discorrendo sobre a sistematização do Código de Processo Civil de 1973 e, mais especificamente sobre o artigo 796 do CPC, que estabelece o nexo de dependência entre o processo cautelar a um processo principal, afirma OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA que “a interpretação literal do art. 796 destruiria a única coisa importante

Negando a relação de dependência ou de instrumentalidade das medidas cautelares em relação a outro provimento, tanto PONTES quanto OVÍDIO passam a demonstrar que a tutela cautelar goza efetivamente de uma autonomia funcional absoluta, em face da autonomia da própria pretensão à segurança e da respectiva ação cautelar, cuja ação é encarada por esses juristas *na perspectiva da ação de direito material (que seria o sentido próprio ou adequado)*³⁸⁸ e que corresponde à face dinâmica da pretensão material, consistente, pois, não apenas no exigir, mas no agir em confronto do adversário para buscar determinado efeito jurídico que satisfaça seu direito, cuja ação material, em face da proibição da autotutela, é remetida para o Estado, que deve então se substituir na atividade material do autor para buscar precisamente aquele efeito do modo mais adequado e expedito.³⁸⁹ Trata-se, neste particular, de uma

acolhida pelo Código, que é a aceitação da autonomia cautelar.” (*As ações cautelares e o novo processo civil*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 25).

³⁸⁸ “As ações exercem-se em juízo ou fora dele. Quem fala de ações, no sentido de direito material, que é o próprio, somente por *associação* (fato psíquico, extrajurídico) alude à justiça estatal ou à própria autotutela.” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*, tomo I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 78-79).

³⁸⁹ A compreensão do conceito de ação de direito material decorre da compreensão dos conceitos prévios de direito subjetivo e pretensão. O direito subjetivo, como afirma OVÍDIO, constitui-se em uma técnica de que se vale o legislador para atribuir a determinado sujeito “o *poder* de, através de sua *conduta voluntária*, tornar efetivo o enunciado contido na norma”, que lhe confere determinada utilidade; assim visualizado o direito subjetivo corresponderia a um *status* ou a uma categoria jurídica estática, mesmo porque o não exercício dessa poder ou dessa faculdade não implicaria em violação ao direito objetivo. Há casos, porém, em que se permite que terceiros, que não o titular do direito subjetivo (daquele *status*) possa defender o direito subjetivo de outrem (SILVA, Ovídio Baptista, *Curso de Processo Civil*, vol. 1, p. 74-75). A pretensão, por sua vez, corresponderia a um segundo momento do direito subjetivo e o seu conceito poderia ser reduzido ao de faculdade de exigir uma proteção - *facultas exigendi*-. (MIRANDA, Pontes de, *Tratado das ações*, vol. I, p. 104-105). Considerando que a idéia de direito subjetivo não implica necessariamente na idéia do seu exercício, tem-se que a pretensão é uma nova potência que se empresta ao direito subjetivo, enquanto é “faculdade de se poder exigir a satisfação do direito” mediante o cumprimento de uma prestação, de natureza pessoal ou real. Todavia, se o exercício da pretensão torna-se infrutífero, porque o sujeito passivo não cumpre a prestação, nasce para o titular da pretensão a ação de direito material que é o agir - não mais o simples exigir - por meio do qual o titular do direito propõe-se a realizar por seus próprios meios, ou seja, independentemente da vontade ou de qualquer conduta positiva ou negativa da

concepção similar à da ação formulada por CHIOVENDA, porém mais operacional e vinculativa para exigir tutela adequada ou diferenciada às diferentes ações materiais.

A aceitação de uma ação cautelar autônoma implica, para esses ilustres juristas, na aceitação, sem constrangimentos,³⁹⁰ de um *direito material de cautela, que fundamenta a pretensão cautelar e informa o conteúdo substancial, isto é, o objeto, da tutela cautelar que, assim, à semelhança das demais formas de tutela jurisdicional, passa a exercer uma instrumentalidade direta sobre o direito material, no caso, o direito de cautela.*³⁹¹

contraparte (SILVA, Ovídio Baptista da. *Op. Cit.*, vol. 1, p. 77-82). Mas se o Estado suprimiu a defesa privada e consequentemente a possibilidade do titular do direito e da pretensão e da ação exercer, ele próprio, a ação de direito material em confronto da contraparte, não havia como deixar de prever um sucedâneo para a realização daquela ação. Surge assim a ação processual, que todavia não suprimiu como se pensa a ação de direito material, dando ensejo, isso sim, à duplicação de ações; de um lado a ação processual que é dirigida contra o Estado, que devido ao seu compromisso, primeiro com o direito objetivo, há de proceder à operação de certificação quanto à existência não do direito invocado pela parte autora; certificado o direito nas hipóteses em que se reconhece ao autor a titularidade do direito afirmado, o Estado realiza então a ação de direito material, “praticando a mesma atividade de que fora impedido o seu titular” (SILVA, Ovídio Baptista da. *Op. Cit.*, vol. 1, p. 67-68). Há que se notar que a ação processual é abstrata, sendo destinatário o Estado e cabendo a todos que afirmem ter ação de direito material. A segunda ação, ação de direito material, é concreta, só cabendo ao autor cuja ação processual foi acolhida; essa segunda ação se constitui num prolongamento da atividade jurisdicional para o Estado realizar pelo autor a ação material que ele tem contra o adversário – por ela substitui-se a atividade originária e privada de realização do direito por uma forma de atividade estatal correspondente (SILVA, Ovídio Baptista da. *Op. Cit.*, vol. I, p. 83-91).

³⁹⁰ “A facilidade com que a doutrina repele a tese que sustenta a existência de um direito material à segurança, procurando sempre comprometer-lá com as teorias defendidas por WACH e ALLORIO, sugere que esses dois escritores hajam amaldiçoado o tema, de modo que a simples alusão a essa suposta origem espúria de tal ponto de vista bastasse para condená-lo, definitivamente, à rejeição pura e simples.” (SILVA, Ovídio Baptista da. *Do processo cautelar*, p. 64).

³⁹¹ OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA é o autor que mais se notabilizou pela defesa intransigente que faz de um processo cautelar verdadeiramente autônomo e que não guarda nota de acessoriedade com outro processo dito principal, visto que tem por pressupostos e por objeto uma situação de perigo em que o interesse que legitima a pretensão à segurança deve estar ligado a uma relação de direito material e tem por fundamento um direito

PONTES DE MIRANDA, com sua notória autoridade de jurista que desfruta de largo prestígio à custa de sua própria independência intelectual e científica, admitiu que o substrato da cautela era um *direito subjetivo à segurança*, correlativo a uma obrigação à segurança. Nesse passo, foi mais longe do que CHIOVENDA, que não contemplava essa relação obrigacional quanto à cautela, cujo substrato seria um direito potestativo material à segurança, exercitável apenas no processo e emanado diretamente do direito objetivo (um direito judiciário material e não interesse subjetivo material).³⁹² PONTES afirmou a existência do direito subjetivo de cautela e não hesitou sequer em apontar os seus fundamentos: o *fumus* e o *periculum damnum*. Tanto é assim, que afirmou serem regras de direito material aquelas dos artigos 798 e 799 do Código de Processo Civil que autorizam pedido cautelar em medida cautelar até mesmo em situações atípicas, em face do *fumus* e do *periculum*, cujas regras estariam todavia heterotopicamente metidas na legislação processual.³⁹³

Tem-se na retaguarda os firmes posicionamentos do próprio OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, quanto à *existência da pretensão material à segurança, como elemento inerente ao fenômeno jurídico*³⁹⁴ e que se destina a proteger uma situação reconhecida como digna de proteção pela ordem jurídica, seja ela um direito subjetivo, uma pretensão ou uma ação,³⁹⁵ *quicá até mesmo uma eventual*

substancial de cautela, com o que a função cautelar entra, sem dificuldades, na finalidade da jurisdição (*Comentários ao código de processo civil*, vol. XI, p. 79-81).

³⁹² MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*, tomo XII, p. 500.

³⁹³ “As ações cautelares são ações, por si sós; não fazem parte das ações principais, ainda quando tenham função preparatória (problema de política legislativa). Há direito, pretensão e ações cautelares. Basta que leiamos os arts. 798 e 799 do Código de Processo Civil para que disso nos convençamos. As regras jurídicas contidas nos arts. 798, 813, 822, 826, 839, 844, 846, 852, 855, 861, 874, 877, e 822 não são regras jurídicas processuais, mas sim regras jurídicas de direito material heterotopicamente metidas na legislação processual.” (MIRANDA, Pontes de. *Op. Cit.*, tomo XII, p. 499).

³⁹⁴ SILVA, Ovídio Baptista da. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 153.

³⁹⁵ SILVA, Ovídio Baptista da. *Idem*, p. 99.

*exceção da parte que postula a tutela cautelar.*³⁹⁶ Na verdade, como adverte o próprio OVÍDIO, *a tutela cautelar tem por fim proteger não apenas direitos subjetivos, mas igualmente e, até, preponderantemente, proteger pretensões de direito material, ações e exceções, quando seus respectivos titulares aleguem que tais interesses, reconhecidos e protegidos pelo direito material, encontrem-se sob ameaça de um dano irreparável.*³⁹⁷

Concluindo essa parte sobre a gênese, evolução e consolidação da tutela cautelar no sistema processual brasileiro, sob a inspiração da dogmática, cabe pois advertir que se apresenta insustentável a noção de que a função cautelar é ontologicamente acessória de um processo principal e que se destina a assegurar a utilidade ou eficácia de um provimento definitivo (cognitivo ou executivo), muito embora possa exercer, eventualmente, no caso concreto essa função, a qual, todavia, não se revela constante, nem necessária.

A única justificação possível para o enquadramento da função cautelar no quadro das tutelas jurisdicionais de direitos reside na aceitação de que efetivamente existe um direito material de cautela, com fundamento constitucional, que legitima a parte a obter subsidiariamente medidas conservativas ou antecipatórias do *fumus* para o fim de salvar do perigo de dano irreparável, finalisticamente, os interesses correlativos ao próprio *fumus* (v.g. suspensão de um contrato para salvaguardar os interesses do contratante em face do contratado), quando não, que legitima a parte a atuar instrumentalmente o *fumus* para salvar do perigo outros interesses relevantes e periclitantes (v.g. liberação de parte de suposto direito de crédito contra “X”, para custear uma cirurgia inadiável, quando o requerente não dispõe de outros meios para preservar esse interesse periclitante, vital).

Essa especialidade do fundamento e do fim já evidencia que existe uma lide cautelar, distinta das lides que podem informar as demais tutelas, ditas

³⁹⁶ SILVA, Ovídio Baptista da. *Comentários ao código de processo civil*, vol. XI, p. 89-90.

³⁹⁷ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*, vol. 3, p. 17.

primárias, que aspiram a definição e realização de interesses na dimensão de direitos subjetivos.

A situação de urgência qualificada, que não foi expressamente tipificada pelo legislador para permitir antecipação, de modo objetivo, não se situa como motivo eficiente para autorizar uma atuação sobre o *fumus* na perspectiva de satisfazê-lo como um direito presumido como certo (cognição sumária com inversão ou incompletude do contraditório), pois além de se constituir em dado que objetivamente agrava as condições para a definição de direitos, ainda que pela via da presunção, a situação do perigo é elemento que integra uma outra lide, a lide cautelar, não interessando à cognição com vistas à definição de direitos subjetivos.

Na Parte II, procurar-se-á definir o regime da cautelaridade e sua adequação ao sistema processual brasileiro sob a ótica das concepções substancialistas e instrumentalistas.

PARTE II

Identificação do regime jurídico da tutela cautelar em face das tutelas de cognição sumária dos direitos

1. Ordinarização, sumarização e cautela: a tutela de direitos certos, presumidos e aparentes

Tomando como ponto de partida o sistema normativo processual, que é a base jurídica mais concreta que se tem para a análise dos fenômenos processuais, notadamente para a análise das tutelas diferenciadas, torna-se possível identificar com maior clareza quais foram os critérios que o ordenamento situou como relevantes para distinguir as diferentes formas de tutela jurisdicional dos direitos. A dogmática, como já foi dito, conquanto possa ser criticada pelo influxo conservador e individualista que imprimiu ao processo civil, não pode ser desprezada enquanto se situa também como premissa metodológica de um sistema que se está tentando aperfeiçoar, sem rupturas estruturais e funcionais drásticas com os postulados da mesma dogmática.

O sistema processual brasileiro contemplou desde a sua feição originária, em 1973, duas funções jurisdicionais básicas: a *cognitiva* e a *executiva*, vocacionadas à definição e realização dos direitos subjetivos ou primários. Essas funções básicas foram estruturadas para compor o *modelo da ordinarização*.

Esse modelo da ordinarização seguiu dois critérios. Um dos critérios referiu-se, como se viu na Parte I, ao total *isolamento das funções processuais*, para privilegiar a tutela cognitiva pura, de definição dos direitos subjetivos, através do chamado procedimento comum do *Processo de Conhecimento* do Livro I. O outro critério, que será apreciado detalhadamente no decorrer da Parte II, correspondeu ao *modo de formação do provimento cognitivo*, com o

máximo de segurança jurídica, através da chamada *cognição plena e exauriente*: plena porque admite o conhecimento de todas as questões que porventura possam dar sustentação às pretensões em lide, e exauriente, porque admite o conhecimento dessas questões em amplo contraditório, desde a fase postulatória até a eventual fase recursal.

Considerando o primeiro critério, a atividade cognitiva padrão foi idealizada para se conter em um único organismo processual, para buscar sentenças cujos efeitos naturais, meramente declaratórios, constitutivos ou condenatórios se esgotassem no próprio conteúdo declaratório das sentenças, tanto que o juiz não devia exercer nenhuma função executiva para perseguir efeitos práticos no mundo fático. Até mesmo os efeitos da sentença condenatória, enquanto ato do processo de conhecimento puro, manifestam-se no conteúdo declaratório da condenação, porque os efeitos práticos, executivos, materiais, são buscados através de outra tutela, de outra ação, em outro organismo processual, o *Processo de Execução* do Livro II, do Código,³⁹⁸ donde a máxima: *Nulla executio sine titulo*.³⁹⁹

Em casos expressamente previstos pelo legislador, admitiu o ordenamento, excepcionalmente, uma certa flexibilização ou relativização da ordinarização quanto a esse critério do *isolamento das funções processuais*, através da disciplina dos *procedimentos especiais*, fossem esses previstos no próprio Código ou em leis extravagantes. Admitiu então cognição exauriente seguida de imediata execução através de provimentos finais, isto é, sentenças, que a par da eficácia da certificação que permitia a incidência da coisa julgada material, recebiam também as eficácias mandamentais ou executivas *lato sensu*.

Havia também a noção, quase generalizada, na doutrina e na jurisprudência, de que as liminares que se imiscuíam no curso dos

³⁹⁸ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, 4. ed., vol. 2, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 19-27.

³⁹⁹ MARINONI refere-se ao “mito da *nulla executio sine titulo*”. (*A antecipação da tutela na reforma do processo civil*, São Paulo: Malheiros, 1995, p.47-49).

procedimentos especiais eram cautelares, fundadas invariavelmente nos pressupostos de *fumus boni iuris* e de *periculum in mora* (*periculum damnum irreparabile*) independentemente do conteúdo meramente conservativo ou satisfativo dos interesses. Se a liminar estava prevista em procedimento para veicular pretensão de conteúdo predeterminado (v.g. pretensão possessória, embargos de terceiro), era considerada cautelar típica. Por outro lado, se a liminar incluía-se em procedimentos que permitiam pedidos de conteúdo variáveis, como se dava nos procedimentos do mandado de segurança, era considerada cautelar atípica. Prevalencia o entendimento de que a autorização para produção antecipada de provimentos interinais, que excepcionavam a regra do isolamento das funções processuais, era indicativo de urgência ou de *periculum*, independentemente de haver ou não, no caso concreto, a necessidade de se avaliar uma situação de perigo de dano irreparável. Quanto ao *fumus boni iuris* entendia-se que estava presente tanto nas hipóteses valoradas objetivamente pelo legislador para autorizar a medida liminar, como nas hipóteses em que cabia ao juiz, mediante sua investigação crítica ou discricionariedade, avaliar se os fatos indicados pelas partes tinham aptidão de fazer transparecer uma aparência de direito. Subsistiam obviamente perplexidades sobre as liminares, se podiam ou não em dadas situações, ser a qualquer tempo modificadas, pelo menos naquelas hipóteses em que os pressupostos da liminar antecipatória eram regradados pelo legislador.

Não havia praticamente, até as reformas desencadeadas a partir de 1994, uma preocupação em identificar no âmbito das tutelas diferenciadas, os procedimentos de cognição sumária, tendo em vista que o modo de formação do provimento, com subversão de contraditório, era considerado peculiar à função cautelar, que sempre comportou liminares *inaudita altera parte*, quando não medidas após um contraditório que se reputava apenas suficiente para os fins da cautelaridade.

Não se contrapunha à ordinarização, enquanto modo de formação do provimento pela técnica da cognição exauriente, em amplo contraditório, as

tutelas de cognição sumária, cuja entidade era confundida com a tutela cautelar. Ordinarização era sinônimo de certificação e eficácia da coisa julgada material pelo rito comum do processo de conhecimento. Sumarização podia corresponder a um rito sumário que ainda assim podia se compadecer com a cognição exauriente para certificar direitos e receber a eficácia da coisa julgada material. Fora isso, havia função executiva e cautelar.

Em face da ordinarização quase absoluta contemplada no ordenamento processual brasileiro de 1973, difundiu-se o entendimento de que a atividade cognitiva se reduzia praticamente à cognição exauriente na perspectiva da eficácia da coisa julgada material, através de sentenças meramente declaratórias, constitutivas e condenatórias. Mandamentalidade e executividade das decisões seriam características da relativização da ordinarização quanto ao isolamento das funções processuais, porque se admitia atividade material satisfativa pós-sentencial. Bastava conferir o conceito de coisa julgada material, através do artigo 467 do Código, para concluir que essa especial eficácia pressupunha uma sentença de mérito precedida de oportunidades de amplo contraditório, que transitava em julgado quando não mais caiba qualquer recurso ordinário ou extraordinário.⁴⁰⁰

Com a onda instrumentalista que introduziu as reformas no Código para propiciar tutelas realmente diferenciadas do padrão da ordinarização, quanto ao modo abreviado de formação dos provimentos, é que se destacou as virtudes da chamada cognição sumária, para valorizar a potencialidade das antecipações, embora poucas, que já existiam no Código, quando eram entretanto praticamente confundidas com as medidas cautelares e, ainda, para exaltar as novas modalidades de antecipação sumária que estavam sendo introduzidas no sistema, como variantes da tutela cognitiva, inconfundíveis com a tutela cautelar.

Surgiram então as perplexidades e, em contrapartida, o interesse em se distinguir as antecipações sumárias da tutela cautelar. Para que se torne

⁴⁰⁰ Art. 467 do CPC: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

possível essa distinção torna-se necessário observar os seguintes aspectos. Há que se ter como ponto de referência, inicial, que, a despeito das modificações introduzidas no Código, notadamente a partir de 1994, o padrão de tutela jurisdicional dos direitos subjetivos ou primários continua sendo o da *ordinarização*, quanto ao isolamento das funções e quanto ao modo de formação do provimento, em cognição ampla e exauriente, que atuando sobre direitos tende a ser estável, cuja estabilidade se prenuncia com a eficácia da declaração de certeza dos direitos atuados e se consolida com a eficácia da coisa julgada material.

Se há um padrão para a definição de direitos em lide, em sintonia com princípio constitucional da ampla defesa (segurança jurídica), as formas alternativas ou as variantes dessa definição de direitos devem decorrer de expressa previsão legal. Daí se extrai que as hipóteses de cognição sumária serão necessariamente típicas, como reconhece aliás pacificamente a doutrina, tanto que o Código não prevê e nem pode prever um poder geral de antecipar sumariamente direitos, porque a definição de direitos exige minimamente condições objetivas para a sua presunção e posteriores garantias para a integração do contraditório, sob pena de se implantar um sistema de insegurança jurídica, sem qualquer garantia para a efetividade da jurisdição.

Já a tutela cautelar não transpõe no sistema como variante de uma tutela cognitiva, mas como uma tutela residual, que deve atuar em situações de extrema urgência, atuando o *fumus* para salvar do perigo de dano irreparável interesses relevantes, quando as demais tutelas cognitivas (e suas variantes) ou executivas não tem condições objetivas, diante dos pressupostos que as normatizam, para definir e realizar os interesses como direitos subjetivos.

Trata-se de uma tutela essencialmente temporária, pois não define direitos. Os pressupostos genéricos da tutela cautelar correspondem ao *fumus boni iuris* e ao *periculum damnum irreparabile*, que caracterizam a sua natureza residual, ineliminável, em perfeita sintonia com a característica da atipicidade, inerente a um poder geral de cautela. ressalvada a possibilidade, obviamente, do legislador

indicar algumas situações típicas reveladas pela experiência, quando se evidencia que o fim não é o de definir direitos. A temporariedade, a natural variabilidade das condições de *fumus* e de *periculum* diante do variar das circunstâncias, já indicam que os provimentos cautelares são essencialmente instáveis, o que torna esses provimentos conciliáveis com o princípio da segurança jurídica.

Dessas premissas se extrai que a tutela de cognição sumária há de ocupar uma posição intermediária. Não é padrão de tutela para a certificação de direitos subjetivos, nem é tutela residual que se compraz com a atipicidade das situações cautelandas para atuar apenas o direito aparente. *É modalidade típica, de direito estrito,*⁴⁰¹ de aplicação limitada e regrada, que não certifica o direito em lide, mas pelo menos presume existente o direito nas situações tipificadas para o fim de satisfazê-los com objetividade, na extensão em que se opera a presunção, através de provimentos que obviamente aspiram a estabilidade, pelo menos até surja um provimento de cognição exauriente que elida a presunção, pois sobre os provimentos sumários não pode incidir a eficácia da coisa julgada material.

As inovações trazidas com a onda reformista, entretanto, assumiram diversos matizes e como ainda não estão bem definidos os contornos entre tutela de cognição sumária e tutela cautelar, subsistem as perplexidades que exigem elucidação quanto aos pressupostos, objeto e fim dessas espécies de tutela. Há que se identificar, enfim, *qual o regime jurídico a que se submetem essas tutelas*, notadamente quando divergem entre si os autores e processualistas

⁴⁰¹ “Entendemos, portanto, que a questão atual com que a ciência processual se depara, a exigir solução, diz respeito à necessidade de estabelecer-se a distinção entre os provimentos antecipatórios, de cunho satisfativo - por meio dos quais o Direito encontra realização, ainda que provisória - e os verdadeiros provimentos cautelares, de modo que se possa controlar o emprego de ambas as categorias, evitando que os primeiros invadam o campo peculiar aos últimos, mesmo porque, como pondera *Rosemberg* (Tratado, vol. 3º, § 214. I.2) as provisionais satisfativas deveriam ser outorgadas como solução de direito estrito, nos limites em que o ordenamento jurídico as prevêem e autorizam”. (SILVA, Ovídio Baptista da. *Do processo cautelar*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 14).

exponenciais nas propostas de distinção.

Há situações que podem ser facilmente assimiláveis. Pode-se admitir como antecipações sumárias, excepcionais ao modo de formação do provimento em cognição exauriente, todas as situações que se encontram tipificadas em procedimentos especiais do Código ou em leis extravagantes, quando o próprio legislador, independentemente da necessidade de avaliar a existência de *fumus e periculum damnum irreparabile* nos casos concretos, autoriza a antecipação com base em dados objetivos da lide cognitiva, que uma vez demonstrados, dispensam o juiz de exercer qualquer avaliação discricionária sobre a adequação dos fatos para emitir o provimento antecipatório, que tende a satisfazer com estabilidade os interesses correlativos ao direito que então é presumido como certo, até que a presunção seja elidida com provimentos de cognição exauriente no tempo e modos previstos pelo ordenamento.

Mais comuns são os provimentos interinais de cognição sumária, que se incluem no curso de um procedimento especial que tende a prosseguir buscando o provimento de cognição exauriente no mesmo processo. Já existiam alguns desses provimentos antecipatórios sumários antes da reforma, mas não obstante permaneceram obscurecidos pela indevida absorção dos mesmos no âmbito da cautelaridade. São exemplos de antecipações sumárias interinais as liminares possessórias nas ações de força nova, a liminares nos embargos de terceiro, nas ações de despejo, na busca e apreensão pertinente a contratos de alienação fiduciária, porque nesses casos o legislador descreve o fato motivador da antecipação, não havendo que se perquerir de uma situação emergencial de perigo de dano, tanto que a decisão antecipada deve se manter, ressalvados os casos de recursos, até a superveniência da decisão final.

A reforma trouxe também uma modalidade especialíssima de antecipação sumária, através de provimento final em procedimento especial absolutamente sumarizado, tal como se deu com a previsão da ação monitória do novo artigo 1.102, do Código de Processo Civil. Trata-se de provimento sumário, produzido na fase inaugural do processo, com base em pressupostos valorados pelo

legislador (prova escrita reputada idônea para um convencimento preliminar quanto a uma obrigação do réu em pagar soma em dinheiro, entregar coisa fungível ou de bens móveis). A integração do contraditório, que é uma exigência constitucional, em face do princípio da ampla defesa, é remetida para outro processo, através do qual o réu deve assumir os ônus da posição de autor visando desconstituir o provimento sumário (embargos). Também não se cogita da aferição de *periculum damnum*, o que exclui a hipótese de ser cautelar o provimento, muito embora o juiz deva atuar com certa discricionariedade na avaliação da obrigação estampada no documento para transudá-lo em título executivo judicial, com presunção de certeza, que somente poderá se dar através dos referido embargos.

As dúvidas entretanto subsistem porque o legislador previu a possibilidade de liminares interinais, em determinadas situações que especificou, no âmbito do próprio procedimento comum do processo de conhecimento, como ocorreu com as novas redações dos artigos 273 e 461 do Código. A enunciação dos pressupostos tem gerado controvérsias sobre a natureza cautelar ou de antecipação sumária dos provimentos interinais que forem emitidos nas situações referidas, cujos pressupostos se referem a *prova inequívoca da verossimilhança da alegação*, quando houver *perigo de dano irreparável* (inciso I, do artigo 273) ou, então, quando houver *abuso de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu* (inciso II, do artigo 273). No § 3º do artigo 461 são enunciados pressupostos equivalentes aos do inciso I do artigo 273, pois se reporta a *fundamento relevante (fumus)* e justificado receio da ineficácia do provimento final (*periculum damnum irreparabile*).

Tem-se sustentado que esses casos correspondem a antecipações sumárias *tout court*, levando-se em conta, dentre outras, as seguintes considerações: que o fato do legislador ter incluído essas antecipações no Livro I, que trata do Processo de Conhecimento, revela a opção legislativa em considerar tais provimentos como variante sumarizada da cognição ordinarizada; que todas as medidas formadas antecipadamente (interinais) permitem o adiantamento da

satisfação fática dos interesses na lide cognitiva, o que revela que se trata de tutela antecipada de direitos subjetivos presumidos como certos, tanto que as medidas cautelares devem ficar confinadas à produção de medidas meramente conservativas e às técnicas do Livro III do Código que preconizam a ação cautelar antecedente ou incidente, jamais a cumulativa; que a exigência de prova inequívoca da verossimilhança indica mais do que atuação sobre *fumus*, insinuando uma quase certeza, ou seja, uma presunção de certeza sobre a correspondência dos interesses atuados a direitos subjetivos; que as medidas antecipatórias incidem sobre a mesma lide, inexistindo uma lide cautelar.

Por outro lado, pode-se contrapor as seguintes objeções: que a relativização da ordinarização, inclusive quanto ao isolamento das funções processuais cognitivas e executivas, não se compadece com posturas radicais em plena fase instrumentalista e que visam confinar o fenômeno cautelar à disciplina do Livro III do Código, em prejuízo da efetividade da tutela de urgência; que a fungibilidade de conteúdo das medidas conservativas e antecipatórias cautelares é ineliminável, pois seu compromisso é com medidas adequadas para preservar ou resgatar a inteireza de interesses relevantes em situação de perigo de dano irreparável, o que excluiria pelo menos a hipótese do inciso I, do âmbito das cognições sumárias; que prova inequívoca da verossimilhança não significa outra coisa senão convencimento sobre a existência do *fumus boni iuris* e não de direitos presumidos; que a situação de perigo de dano irreparável configura elemento que integra a causa de pedir da lide cautelar, cuja existência não interessa aos fins da cognição, configurando um compilador à cognição sumária para definir direitos subjetivos, notadamente, quando o perigo se reporta a outros interesses relevantes fora da lide cognitiva que dependem da atuação instrumental do *fumus* para salvar-se do perigo iminente de lesão; que o regime de instabilidade das medidas que podem ser as qualquer tempo modificadas, revogadas, substituídas, como prevêm o § 4º do artigo 273 e o § 3º do artigo 464 relevam a existência do regime da cautelaridade.

Antes que se passe a discorrer sobre os critérios que se pode reputar idôneos à distinção, vale notar que, seja como for, essas previsões têm dupla virtude. De um lado, seguramente, relativizaram de vez a ordinarização (seja pela eliminação do isolamento das funções processuais para admitir a incoação de medidas cautelar; seja ruptura do critério de formação do provimento apenas em cognição exauriente para admitir medidas de antecipação sumária). A segunda virtude refere-se a amplitude dessas medidas, considerando a potencialidade genérica que têm de permitir as antecipações de efeitos, mediante medidas internas, em qualquer outro procedimento, nas situações especificadas, desde que as previsões peculiares ao procedimento comum são aplicáveis subsidiariamente aos procedimentos especiais (artigos 271 e 272 do Código).

Para bem se compreender o sistema das tutelas no sistema do Código e, particularmente, o regime jurídico das diferentes modalidades de antecipação, há que se ter em mente os critérios formais de que se vale o direito para distinguir entre certeza, presunção de certeza e aparência ou mera verossimilhança.

A despeito da relativização que existe, no plano filosófico e mesmo no plano histórico, entre juízos de verossimilhança (*fumus*) e de certeza, procura-se eliminar essa relativização no campo jurídico. Vale dizer, enquanto, nos planos filosófico e histórico é possível reduzir todos os juízos aos planos da probabilidade, em face da falibilidade inerente aos juízos humanos na valoração de fatos e provas, no plano jurídico o ordenamento pode estabelecer nítida distinção, como de fato estabelece, à vista das condições objetivas a que submete esses juízos, seus efeitos e em razão das eficácias que lhes imprime, de modo a qualificá-los ora como juízos de mera verossimilhança (pertinente à tutela cautelar, residual), ora como juízos que contêm presunção de certeza (pertinente às tutelas de sumarização dos direitos subjetivos primários) ou, então, como juízos de declaração jurídica de certeza (quando há cognição plena e exauriente precedendo o provimento potencialmente definitivo). Tudo isso,

independentemente da circunstância de, subjetivamente, esses juízos corresponderem de fato a um convencimento de simples aparência, de probabilidade ou de certeza.

Os atributos quanto a esses diferentes graus de certeza decorrem de eficácias jurídicas que a lei prevê autonomamente, segundo critérios preestabelecidos e faz incidir (de fora para dentro) sobre o conteúdo e efeitos naturais do provimento. Vale dizer, essas eficácias, quanto aos graus de certeza, não se referem a um efeito ou a uma virtude intrínseca do provimento, que nesse passo, como disse BABOSA MOREIRA, *não produzem essas eficácias, mas recebem essas eficácias, pois o que produzem são simplesmente conteúdos e efeitos naturais.*⁴⁰²

CALAMANDREI já havia observado agudamente que todo juízo de verdade é, na essência, um juízo de verossimilhança, o qual não se distingue com precisão dos juízos de aparência, possibilidade ou dos juízos de probabilidade, sendo que, para o direito, os conceitos de verossimilhança e de certeza jurídica não têm fundamento psicológico nem sociológico, decorrendo de política processual.⁴⁰³ Sob essa inspiração política, *juízos de mera verossimilhança, juízos com presunção de certeza e juízos de certeza jurídica são juízos formais*, destinados a harmonizar os princípios da segurança jurídica (ampla defesa e contraditório) aos princípios da efetividade da jurisdição (tutela

⁴⁰² “Bem consideradas as coisas, não é difícil compreender quão inadequadamente se descreve a realidade dos fatos, quando se diz que a sentença, ao transitar em julgado, *produz* o efeito de tornar-se indiscutível. Tal é, no fundo, muito ao contrário, um efeito que a sentença *recebe*, um efeito que *sobre ela se produz*. A sentença é, aí, *mais paciente que agente*. Preclusas que ficam as vias recursais, passa ela a viver em nova situação, em novo *status*, e sofre o impacto de semelhante transição, que a põe – salvo casos excepcionais, taxativamente enumerados na lei – fora do alcance de ulteriores impugnações.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*, 2. ed., primeira série, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 88).

⁴⁰³ CALAMANDREI, Piero. Verdade e Verossimilhança no processo civil. In: *Direito Processual Civil*, vol. 3, p. 268-309.

adequada às diferentes situações em conflito).⁴⁰⁴

A aparência do direito só tem relevância finalística para a função cautelar, residual, porque para as tutelas jurisdicionais primárias, inclusive para as tutelas sumárias que se propõem a satisfazer direitos subjetivos presumidos como certos, a aparência do direito só interessa enquanto se presta para o exame preambular das condições da ação. O mérito, nas cognições sumárias, corresponde ao pedido cognitivo que aspira definição de direitos, ainda que por presunção e satisfação.

Nas cognições sumárias o provimento antecipatório depende ainda de pressupostos objetivamente vinculativos para a decisão antecipanda, selecionados pelo legislador *por razões de política processual*, que leva em conta necessariamente fatos vinculados à relação material deduzida em juízo ou fatos do processo que indiquem suficiência do conhecimento sobre as questões de fato e de direito da lide.⁴⁰⁵ Afinal, a *avaliação regrada dos pressupostos da antecipação, já se situa como um indicativo para autorizar a presunção de certeza do direito subjetivo, primário.*⁴⁰⁶

⁴⁰⁴ Citando VOLTAIRE, diz CALAMANDREI que mesmo se louvando o juiz nos depoimentos concordes de mil testemunhas, toma por verdadeiro o fato que tem mil chances de verossimilitude, sendo que é a lei que contrapõe os conceitos de verossimilhança e verdade formal. (*Op. Cit.*, p. 270-273).

⁴⁰⁵ É ainda ANDREA PROTO PISANI quem se ocupa de indicar as condições em que se pode admitir tutela de cognição sumária, anotando que se tratam de condições objetivas, que podem levar em conta o custo eventualmente desnecessário de um processo de cognição plena, o interesse em privilegiar direitos personalíssimos e ainda o interesse de evitar abuso de defesa, observando que não há margem para liberdade nessas antecipações, que encontram seus pressupostos predeterminados pela lei, de modo a não se constituir em uma variante de tutela que possa comprometer o princípio da igualdade entre as partes, não podendo se constituir aleatoriamente, discricionariamente, em motivo de privilégio ou repressão aos direitos do autor ou do réu (*La Tutela Sommaria*. In: *Appunti sulla giustizia civile*, p. 314-317).

⁴⁰⁶ É ainda ANDREA PROTO PISANI quem se ocupa de indicar as condições em que se pode admitir tutela de cognição sumária, anotando que se tratam de condições objetivas, que podem levar em conta o custo eventualmente desnecessário de um processo de cognição plena, o interesse em privilegiar direitos personalíssimos e ainda o interesse de evitar abuso de defesa, observando que não há margem para liberdade nessas antecipações, que encontram seus pressupostos predeterminados pela lei, de modo a não se constituir em uma variante de tutela que

Com a técnica da sumarização, vinculada, salva-se os interesses assim tutelados, como *diritti subjetivos ou primários presumidos como certos*, dos chamados riscos de *tardività*,⁴⁰⁷ isto é, do eventuais riscos decorrentes da demora normal do processo ordinarizado. Referindo-se às técnicas de sumarização disse PROTO PISANI, que nesses casos há uma urgência relativa, ou, mais precisamente, situações de urgência *lato sensu*,⁴⁰⁸ porque previstas pelo legislador em um plano apenas ideal, em face da potencialidade intrínseca da aceleração do resultado, em atenção àqueles dados de diversificada natureza que induzem à sumarização para uma determinada classe ou categoria de lides, consoante específica.

Nos casos das antecipações possessórias, das antecipações nas ações de despejo e nas antecipações de busca e apreensão de bens sujeitos aos contratos de alienação fiduciária, torna-se evidente que se tem antecipações sumarizadas, porque os fatos descritos pelo legislador como motivadores da antecipação dos provimentos, referem-se a fatos da lide, não se limitando a motivações genéricas sobre perigo de dano irreparável, perigo de ineficácia do provimento final ou expressões eqüivalentes. Realmente são apontados como fatos motivadores das antecipações: prova sumária da posse, da data do esbulho ou turbacão, a continuidade ou perda da posse; ou ainda, a permanência do sublocatário no imóvel, extinta a locação, celebrada com o locatário; ou ainda, a mora ou inadimplemento do devedor em relação ao bem alienado

possa comprometer o princípio da igualdade entre as partes, não podendo se constituir aleatoriamente, discricionariamente, em motivo de privilégio ou repressão aos direitos do autor ou do réu (*La Tutela Sommaria*. In: *Appunti sulla giustizia civile*, p. 314-317).

⁴⁰⁷ O *periculum in mora*, anota CALAMANDREI, pode ser visualizado sob o prisma do risco de *tardività* correlativo a eventuais riscos em face da demora co-natural dos procedimentos de cognição exauriente que autorizam uma antecipação de cognição sumária na definição de direitos, enquanto que, por outro lado, o *periculum in mora* pode ser visualizado sob o prisma do risco de *infrutuosità*, que supõe um perigo qualificado, de dano irreparável, que autoriza a tutela cautelar, de urgência, sem eliminar qualquer estado de incerteza sobre os direitos que porventura dão sustentação aos interesses em lide (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, p. 55-58)

⁴⁰⁸ PISANI, Andrea Proto. *Problemi della c.d. tutela giurisdizionale differenziata*, p. 249-250.

fiduciariamente.

Essa motivação do *periculum in mora* equiparável ao risco de mera *tardività*, por razões de política processual, não se confunde mesmo com outra motivação, qual seja, aquela fundada no *periculum in mora* qualificado pela perspectiva do perigo de *infrutuosità* ou, em outras palavras, ao *periculum damnum irreparabile*, porque essa sumarização não decorreria mais de razões de política processual para acelerar com critérios preestabelecidos provimentos e efeitos pertinentes a interesses primários, mas decorreria, isso sim, de razões ditadas pela absoluta necessidade de resolver conflitos em situações imprevistas, residuais, emergenciais, o que torna *imprescindível* uma tutela cautelar em qualquer ordenamento dos estados democráticos.

E essa *imprescindibilidade da tutela cautelar* deve ser encarada tanto sob o ponto de vista dos jurisdicionados que temem o perecimento de um possível direito, como sob o ponto de vista oficial, posto que o Estado não pode negar tutela a uma situação que tende à exasperação dos conflitos mormente se incidentes sobre interesses juridicamente relevantes. Por isso terá que predispor de uma tutela especial, subsidiária, diante da impossibilidade jurídica de se definir direitos subjetivos primários para afastar a situação de perigo, pois não há tempo compatível para a ordinarização e tampouco há uma situação expressamente reservada por lei para a sumarização, pela falta de descrição dos fatos ou dados objetivos que possam servir de base para uma antecipação regrada, para autorizar a presunção de certeza de que o interesse corresponde a direito subjetivo primário.

Além, do mais, essas situações de urgência urgentíssima forjam outra lide, a lide cautelar, que apesar de envolver os mesmos interesses que podem ensejar a tutela cognitiva, pressupõe uma causa de pedir peculiar, com alegação de um fato perigoso que exige valoração do juiz, não quanto à prova do fato apenas, mas sobre a adequação do próprio fato a se posicionar como situação de perigo e a motivar a tutela de urgência, na medida da necessidade, além do que normalmente esse fato perigoso se reporta a fatos absolutamente externos à lide

cognitiva, A providência adequada, temporária, suficiente a ser deferida leva em conta a plausibilidade da veracidade dos fatos e da relevância jurídica das questões contidas na causa de pedir, independentemente do pedido do autor quanto a essa ou aquela providência. A medida, ainda que possa ter conteúdo antecipatório, em face da fungibilidade inerente às medidas cautelares, antecipa na medida das necessidade - que é balizada pelo *periculum damnum* -, não antecipando a satisfação do interesse como direito subjetivo na medida do *fumus* (como se dá nos casos de sumarização da tutela cognitiva, primária).

Resumindo, os fatos alegados para a antecipação de urgência, com base em *fumus e periculum*, são circunstancialmente irrelevantes quando não absolutamente estranhos para a função declarativa-executiva das tutelas primárias, ainda que sumárias. Não obstante, são precisamente esses os fatos que determinam a antecipação cautelar, dando especial configuração à causa de pedir que define os limites e condições da antecipação na tutela cautelar.⁴⁰⁹

Como já enfatizava UGO ROCCO, o fim da tutela cautelar não é o de eliminar um estado de incerteza quanto à existência ou não de um direito subjetivo a legitimar o interesse de um sujeito sobre esse o aquele bem, sobre essa ou aquela utilidade, mas o fim de, mantendo o estado de incerteza sobre os direitos subjetivos ou primários, preservar (e mesmo antecipar) a realização dos interesses, desde que plausíveis juridicamente, para evitar a deterioração ou degradação desses interesses em face de uma situação grave de perigo que já se prenuncia iminente ou que prenuncia tornar ainda mais gravosa uma situação em torno dos interesses apenas plausíveis.⁴¹⁰

Em face dessas considerações, pode-se afirmar com segurança que no

⁴⁰⁹ JOEL DIAS FIGUEIRA partilha dessa posição, atribuindo o pressuposto do perigo de dano à tutela cautelar, enquanto que as medidas antecipatórias, de cognição sumária, dispensam a prova desse perigo, tal como ocorre nas liminares possessórias, tanto que seguem outro regime, aspirando a estabilidade até a sentença definitiva na ação possessória. (*Liminares nas ações possessórias*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 235).

⁴¹⁰ ROCCO, Ugo. *Trattato di diritto processuale civile*. Vol. V, Torino: Unione Editrice Tipografico Torinese, 1959, p. 89.

sistema do Código de Processo Civil existem *antecipações e antecipações*.

O dispositivo correspondente ao inciso II, do artigo 273, é polivalente e comporta várias modalidades de antecipação, menos a cautelar, porque tem como pressupostos situações absolutamente inversas àquelas que autorizam a produção de medidas cautelares. A despeito da fluidez dos conceitos, o conceito mínimo de abuso de defesa, independentemente de uma situação de perigo de dano irreparável (perigo de *infrutuosità*) já revela que objetivamente deve ter havido cognição suficiente para definir, satisfazer ou autorizar execução provisória com base em provimentos sumários interinais ou até mesmo de cognição exauriente (situações alternativas de julgamento antecipado da lide e até mesmo julgamento parcial da lide),⁴¹¹ tudo dependendo das condições e do momento em que ocorre o abuso, ensejando considerações sobre a necessidade ou não de integração do contraditório.

O dispositivo concernente ao inciso I do artigo 273 e aquele pertinente ao § 3º do artigo 461, entretanto, prevêm todos os pressupostos para medidas cautelares, porque os fundamentos genéricos quanto ao *fumus boni iuris* e ao *periculum damnum irreparabile*, evidenciam os elementos que podem dar configuração à lide cautelar, inconfundível com a lide cognitiva, cujas lides podem agora ser cumuladas no mesmo processo, ressalvada a possibilidade ainda de se utilizar das técnicas do Livro III, tudo dependendo do interesse processual a ser aferido nos casos concretos. E a resposta à lide cautelar comporta tanto medidas conservativas como antecipatórias. Suprimir a possibilidade de medida antecipatória do âmbito da cautelaridade significa

⁴¹¹ Essa previsão de antecipação alternativa do julgamento antecipado da lide foi defendida por J.J. CALMON DE PASSOS como sendo aplicável tanto nas hipóteses do inciso I, como do inciso II, do art. 273, do CPC. Quanto às hipóteses do inciso I não será possível a aplicação, porque se está diante de pressupostos que autorizam provimentos cautelares. Quanto à hipótese do inciso II, do art. 273, essa é realmente abrangente, pois além de admitir provimentos interinais de cognição sumária, pode também admitir provimentos finais de cognição exauriente fora daquelas situações do art. 330 do CPC. (*Inovações o Código de Processo Civil*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, pp. 5-38).

mutillar o direito processual, porque mutila a tutela residual, que perdendo a característica da fungibilidade,⁴¹² perde a potencial aptidão para conceder a medida adequada, no momento adequado e para responder com efetividade nos casos concretos às insuficiências das tutelas normativas e jurisdicionais. Ademais, se o juiz pode conceder o mais (satisfação), pode conceder o menos (mera conservação).⁴¹³

Com efeito, a tutela cautelar existe de modo imprescindível em qualquer ordenamento jurídico de um Estado democrático.⁴¹⁴ Seu fundamento é um direito

⁴¹² “Si è già detto che la atipicità dei provvedimenti d’urgenza riguarda anche il contenuto del procedimento, a differenza di quasi tutte le altre misure cautelari (tipiche) con la parziale eccezione dei provvedimenti in tema di denuncia di danno tenuto. Il contenuto del procedimento d’urgenza è individuato unicamente sulla base della sua idoneità, secondo le circostanze, ed assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito neutralizzando in tal modo il pregiudizio imminente ed irreparabile che il diritto potrebbe subire durante il tempo, (anche fisiologico) necessario per lo svolgimento del processo di cognizione piena”. (PISANI, Andrea Proto. *I provvedimenti d’urgenza ex art. 700 C.P.C.* In: Appunti sulla giustizia civile, p. 391).

⁴¹³ É ainda ANDREA PROTO PISANI, com sua notória autoridade, quem admite que a par das antecipações formadas em processos de cognição sumária, através de provimentos que aspiram à estabilidade (imutabilidade dos efeitos executivos), para a tutela de direitos subjetivos, em face dos chamados perigos de *tardività* (*periculum in mora* na perspectiva de danos eventuais e marginais) existem os provimentos cautelares antecipatórios, porque não se pode negar, em face do poder geral de cautela, a atipicidade de situações de perigo de dano irreparável, que correspondem ao perigo de *infrutuosità* cujos provimentos, ao contrário dos provimentos de cognição sumária propriamente ditos, promovem uma disciplina apenas temporária ou provisória dos interesses em conflito. Discorrendo sobre os provimentos de urgência do Código de Processo Civil italiano, mais precisamente sobre o artigo 700, que constitui uma projeção do artigo 798 do CPC brasileiro, que admite o poder geral de cautela, admitindo medidas cautelares atípicas ou inominadas, observa que enquanto as medidas cautelares típicas previstas em outras disposições do Código italiano assumem geralmente uma feição conservativa, o artigo 700, admitindo a atipicidade dessas providências de urgência, que devem ser emanadas para afastar o perigo de dano irreparável a interesses relevantes (perigo de *infrutuosità*) funciona como uma norma que fecha o sistema da cautelaridade, admitindo inclusive medidas cautelares antecipatórias: “I provvedimenti d’urgenza pertanto possono assolvere sia una funzione conservativa anche anticipatoria.” (*I provvedimenti d’urgenza ex art. 700 C.P.C.* In: Appunti sulla giustizia civile, p. 391-393).

⁴¹⁴ CHIOVENDA já anotava que não havia sequer necessidade de o ordenamento explicitar a necessidade de se conferir um poder geral de cautela para fazer frente às necessidades de tutela em casos extremos de perigo de dano a interesses plausíveis (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 1, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1969, p. 272-274).

de cautela, subsidiário, que visa superar autonomamente a insuficiência da tutela normativa e das tutelas jurisdicionais primárias, para preservar a integridade ou idealidade possível de interesses juridicamente relevantes, diante de uma situação emergencial de perigo de dano irreparável a esses interesses, produzindo por isso medidas adequadas, conservativas ou antecipatórias do *fumus*, para afastar o perigo e manter a idealidade dos interesses periclitantes quer esses coincidam ou não com o *fumus*.⁴¹⁵

O perigo de dano irreparável ou expressões outras, igualmente vagas, com o mesmo significado, como perigo de ineficácia do provimento final, traduzem de modo genérico os pressupostos da tutela cautelar, que são livremente indicados pelas partes e discricionariamente valorados pelo juiz, segundo os princípios da necessidade e adequação da medida ao caso concreto.

A subsidiariedade do direito de cautela e a natureza residual da função cautelar ditam o regime da cautelaridade, que reclama por medidas urgentes, temporárias, instáveis, fungíveis, adequadas, variáveis e suficientes para conservar ou satisfazer os interesses plausíveis (*fumus*) na medida da necessidade, para afastar o *periculum* em torno de interesses relevantes e não simplesmente para antecipar satisfação na medida do *fumus*.⁴¹⁶

Com efeito, os princípios da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição não podem dispensar a existência de uma tutela de urgência, residual, como a cautelar. Nesse sentido já se manifestava também CALAMANDREI: “I provvedimenti cautelari rappresentano una conciliazione tra le due esigenze, spesso contrastanti, della giustizia, quella della celerità e quella della ponderatezza.” (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova: Cedam, 1936, p. 20). E mais recentemente, na doutrina brasileira, enfatizando esses princípios constitucionais, pode-se reportar à obra de TEORI ALBINO ZAVASCKI, que discorrendo sobre o fundamento constitucional da tutela provisória conclui: “por ser inerente à função jurisdicional decidir conflitos, é poder que decorre, não da lei, mas da Constituição. Dele estaria investido o juiz mesmo que não existisse na lei ordinária, autorização semelhante a dos arts. 273 e 798 do Código de Processo Civil, até pela singela razão de que ‘o juiz não exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei - CPC art. 126’.” (*Antecipação da Tutela*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 68).

⁴¹⁵ Vide *infra*, item 16 da Parte II, sobre interesses plausíveis e periclitantes.

⁴¹⁶ JOÃO BATISTA LOPES, discorrendo sobre a tutela antecipada e o poder geral de cautela admite o caráter residual da função cautelar, inclusive para medidas satisfativas, nas situações do artigo 798 do CPC, que permaneceu

A diversidade de regime já evidencia que na tutela cautelar se atua outro direito, que não os direitos subjetivos, primários. KAZUO WATANABE e todos os demais processualistas que se ocuparam de classificar as diferentes modalidades de cognição para definição e satisfação dos direitos subjetivos, sempre incluíram como modalidade de cognição sumária o provimento cautelar.⁴¹⁷

Todavia, é de se considerar imprópria essa inclusão diante da consideração de que o provimento cautelar não atua sobre o mesmo direito que haverá de ser atuado na lide de cognição exauriente ou de cognição sumária. Atua o direito de cautela através de uma lide específica. Os critérios de ordinarização e sumarização tem que ser aplicados no âmbito interno da categoria dos direitos subjetivos primários.

Considerando que o provimento cautelar instrumentaliza o direito subsidiário de cautela, até se poderia imaginar uma possibilidade de se estabelecer uma peculiar distinção, por analogia, entre os provimentos cautelares de *cognição cautelar exauriente* e os provimentos cautelares de *cognição cautelar sumária*, consoante o provimento cautelar decorresse de prévio contraditório reputado suficiente para a decretação e execução do *fumus*, ou, então, decorresse de uma liminar antecipatória da cautela (conservativa ou satisfativa dos interesses plausíveis) consoante as regras do Livro III do Código de Processo Civil,⁴¹⁸ ou ainda consoante técnicas previstas em outros Livros do mesmo Código, cuja liminar fica na dependência de contradição no mesmo

intangível para legitimar antecipações fora das situações típicas de tutela antecipada de cognição sumária (A tutela antecipada e o art. 273 do CPC, In: *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, obra coletiva, coord. TERESA CELINA ARRUDA ALVIM WAMBIER, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 213).

⁴¹⁷ "...a técnica da cognição sumária é utilizada nos processos sumários em geral, de que são espécies os processos cautelares...Relativamente aos processos sumários, cuja característica é a *sumariedade da cognição*, a dificuldade doutrinária está em diferenciar os *processos sumários cautelares* dos *processos sumários 'tout court'*." (KAZUO WATANABE. *Da cognição no processo civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 100-101).

⁴¹⁸ CALAMANDREI, sob esse aspecto, admitiu a existência de procedimento cautelar sumário e procedimento cautelar ordinário. (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, p. 5).

processo cautelar ou no curso do processo *misto* em que foi interinamente inserida, com vistas à convalidação.⁴¹⁹

2. Antecipação mediante cognição parcial: limitações do objeto litigioso, do direito certificado e da coisa julgada

Quando se fala em tutela de sumária normalmente quer-se referir às tutelas de cognição sumária, cujas técnicas importam em subversão do contraditório quanto ao modo de formação do provimento que incide sobre os direitos subjetivos presumidos como certos, combinando normalmente atividades cognitivas e executivas que comportam também sumarização ou redução de rito, para o fim de adiantar provimentos ou efeitos processuais em relação ao padrão da ordinarização. Por isso se diz que as tutelas sumárias em geral correspondem às chamadas *ações sincréticas*, predispostas à pronta definição e realização dos direitos subjetivos, primários, presumidos como certos.

No âmbito das técnicas diferenciadas da ordinarização, quanto ao modo de formação do provimento, situa-se a técnica da cognição parcial, que é bastante peculiar, distinguindo-se estruturalmente e mesmo funcionalmente das demais formas de tutela sumária. Na verdade, sua estrutura e sua função mais se afinam com a técnica da ordinarização, pelo menos no aspecto ritual e pela preservação formal das regras do contraditório.

Consiste essa técnica na redução, *por razões de política processual*, do próprio objeto litigioso sobre o qual o juiz poderá propiciar o amplo debate,

⁴¹⁹ Mesmo os autores que procuram confinar o fenômeno cautelar às medidas meramente conservativas, reconhecem a dificuldade de se estabelecer limites precisos entre as medidas de cognição sumária antecipatórias e as cautelares e por isso, levando ainda em conta a situação de urgência e a impossibilidade de negar tutela, têm admitido a fungibilidade de técnicas, ou seja, combinações entre técnicas do Livro III e técnicas do art. 273 do CPC, tal como HUMBERTO TEHODORO JUNIOR (*Tutela de segurança*. In: Revista de Processo, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 88, p. 27-30).

decidindo pois com a chamada cognição exauriente sobre os limites reduzidos, artificialmente, processualmente, da *res deducta*. Vale dizer, a lide, enquanto objeto litigioso, seria necessariamente uma lide parcial se posta em confronto com a amplitude do litígio pré-processual.

Mediante essa técnica, desde que se está reduzindo horizontalmente o próprio objeto da cognição do juiz e, assim, a amplitude da lide, suprimindo-se do debate em contraditório fundamentos, defesas, exceções ou provas, tem-se, em contrapartida, que o conteúdo e os efeitos do próprio provimento serão reduzidos, circunscrevendo-se aos limites objetivos da eficácia da declaração de certeza e, com isso, aos limites objetivos da coisa julgada.

Essa técnica admite pelo menos três variantes, pois a redução do objeto litigioso poderá ser determinada pela imposição legal quanto à redução da própria pretensão (pedido do autor), quando não pela limitação às possíveis defesas ou exceções que o réu poderia opor ao pedido e, finalmente, pela chamada sumarização documental, mediante a qual se limita a cognição dos fatos em contraditório, ainda que amplo, apenas à prova documental permitida.⁴²⁰

Na primeira hipótese, a sumarização parcial já se evidencia na própria demanda, uma demanda parcial,⁴²¹ pela veiculação de uma pretensão tipificada pela impositiva redução dos fundamentos, do objeto e dos efeitos que busca se comparada à totalidade do conflito fático e jurídico que dela se depreende, mas que nela não se pode considerar. Mediante essa técnica, que reduz

⁴²⁰ Tratando das várias técnicas que o legislador pode se socorrer para forjar a tutela da cognição sumária, KAZUO WATANABE (*Da cognição no processo civil*, p. 83-94) e MARINONI (*A antecipação da tutela*, p. 28-38) comentam sobre a limitação da coisa julgada à porção da lide, cujo conhecimento o ordenamento autorizou, donde as diferentes eficácias sobre o julgamento dessas lides parciais, de modo a não prejudicar a cognição exauriente sobre a porção da lide que não foi possível deduzir. Daí que cogitam esses autores das diferentes eficácias, tais como *secundum eventum assertionis* (levando em conta a limitação à causa de pedir); *secundum eventum defensionis* (levando em conta as restrições à defesa do réu); *secundum eventum probationis* (levando em conta a limitação do julgamento à prova pré-constituída como se dá no mandado de segurança).

⁴²¹ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v. 1, p. 115-116.

artificialmente o pedido do autor, reduz-se horizontalmente a cognição e, com isso, o conteúdo possível e os efeitos do julgado, donde a redução da eficácia da declaração de certeza e dos limites objetivos da coisa julgada, posto que essas eficácias só podem incidir estritamente sobre o que foi possível ao ator pedir. Nesses casos, diz-se que há coisa julgada *secundum eventum assertionis*.

É o que ocorre, v.g., com os embargos de terceiro, em que o pedido do embargante, embora fundado no direito de propriedade ou na posse, tem o pedido limitado a requerer, com esses possíveis fundamentos, apenas o efeito da exclusão do bem da constrição judicial que está sofrendo em processo pendente entre terceiros, sendo que o julgado, embora considerado suficiente para produzir efeitos e receber a eficácia declarativa de certeza, apenas relativamente à questão da exclusão, não certifica o direito de propriedade ou a posse, cujas questões poderão ser debatidas em outro processo.

A segunda variante da sumarização parcial corresponde à técnica inversa, pela qual ao invés de se estabelecer limitações ao objeto litigioso pela redução objetiva e impositiva do pedido do autor, chega-se ao mesmo resultado definindo quais as defesas ou exceções que de que o réu pode se valer no caso, ou inibindo que se utilize de determinadas exceções que ficam então reservadas para conhecimento em eventual processo ulterior. Limitando-se os efeitos do provimento e seu conteúdo aos fatos e alegações passíveis de controvérsia, obviamente advirá também a redução objetiva da declaração de certeza e com ela a limitação objetiva da coisa julgada, a qual, nesse caso, diz-se que se opera *secundum eventum defensionis*.

Como exemplo desse tipo de sumarização, é possível referir às ações possessórias, em que o ordenamento veda as discussões sobre o domínio.⁴²² É possível ainda referir à ação de desapropriação, em que o expropriado, em defesa, somente pode discutir o preço, devendo se reportar a outras ações ordinárias para discutir possíveis nulidades do decreto expropriatório e argüir

⁴²² SILVA, Ovidio Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 1, p. 118.

outras exceções. Pode ser referido como exemplo ainda processo de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, no qual são reduzidas as possibilidades de defesas do réu (ressalvando que nesse caso, além de sumarização parcial, ocorre sumarização da cognição em sentido vertical). Até mesmo os embargos de terceiro, além de se inserir na técnica da cognição parcial pela limitação do pedido ao efeito da exclusão do bem da constrição judicial, culmina por se submeter, de modo concomitante, a essa segunda variante, posto que o embargado somente pode se utilizar das defesas enunciadas no Código de Processo Civil.

Quanto à técnica da sumarização documental pode-se dizer que se constitui-se em uma variante da sumarização parcial ou horizontal, na medida em que, como anota OVÍDIO, permite a redução da área de cognição em uma determinada demanda, impedindo que as partes se valham de outras provas que não as documentais, pre-constituídas, sendo que se a parte necessitar de outras provas deverá se socorrer das vias ordinárias. Assim, confere-se efeitos, eficácia de declaração de certeza e de coisa julgada material apenas enquanto for possível emitir juízo conclusivo com base nas provas produzidas. A improcedência por insuficiência de provas significa que não havia *direito líquido e certo*, como se dá no mandado de segurança, tendo em vista o conceito processual dessa expressão que quer designar precisamente essa insuficiência probatória pre-constituída, vindo daí que o ordenamento expressamente confere ao impetrante a prerrogativa de buscar o direito denegado através das vias ordinárias da jurisdição. Nesse caso, diz-se que a coisa julgada se operou *secundum eventum probationis* ou, então, genericamente, *secundum eventum litis*, como nos demais casos em que a eficácia da coisa julgada fica restrita às hipóteses de procedência. Situação similar ocorre na ação popular e nas ações coletivas.

Comparando-se a técnica da sumarização parcial ao fenômeno cautelar, poder-se-ia ser levado a pensar em um primeiro momento que a pretensão cautelar, tendo conteúdo reduzido em relação à pretensão ideal ou principal

(quando houver inter-relação de lides), submeter-se-ia a esse técnica, correspondendo a uma lide parcial. Todavia, não é isso o que ocorre. Na tutela cautelar há outra lide, com fundamento em direito subsidiário de cautela, cuja pretensão se funda nas concretas razões de *fumus* e de *periculum damnum*. Não se trata, pois, a pretensão cautelar de uma pretensão sumarizada, mas de pretensão autônoma. Os seus procedimentos, que comportam uma *sumarização ritual*, são adequados ou suficientes para cognição especial e peculiar à tutela cautelar, ressalvada a possibilidade de fungibilidade de técnicas, em face das inovações ocorridas com o inciso I, do artigo 273, e § 3º do art. 461, do CPC.

3. Antecipação mediante cognição sumária: objetividade para a presunção dos direitos subjetivos e estabilidade dos provimentos

Paralelamente às técnicas de sumarização parcial, surge a técnica da cognição sumária vertical, designada normalmente por cognição sumária apenas, pois que se trata da cognição sumária propriamente dita. Caracteriza-se pelo corte vertical na cognição, mediante a prévia eliminação ou redução do contraditório, com o que se limita as oportunidades do juiz de se aprofundar no exame das alegações, dos fatos constitutivos de direitos, defesas e exceções, permitindo-se, entretanto, apesar dessa inversão do contraditório, a produção de provimentos antecipados ou sumários para a regulação dos direitos primários em lide, muito embora se deva assegurar a possibilidade ulterior de incoação, integração ou complementação de defesas que possam confirmar ou elidir os conteúdos das medidas ou dos provimentos sumários, em homenagem ao princípio constitucional da segurança jurídica.

É realmente possível ocorrer, até mesmo, a prévia eliminação de um juízo (ou da prévia cognição sobre fatos tidos como constitutivos de um direito) para se permitir desde logo a execução em casos de autotutela judicializada de que

fala OVÍDIO,⁴²³ tal como pode se dar com o antecipação do depósito extrajudicial em ação de consignação⁴²⁴ ou com a venda extrajudicial do bem apreendido segundo as disposições do Decreto-lei n.º 911/69 que disciplinam as relações materiais e processuais pertinentes ao regime da alienação fiduciária.⁴²⁵ Essa modalidade de autotutela judicializada pode ser extensível também à produção de certas medidas cautelares, como o embargo urgente e extrajudicial na nunciação de obra nova.⁴²⁶

Há também prévia eliminação de um juízo cognitivo nos títulos executivos extrajudiciais que, de pronto, autorizam a função de execução forçada.

Como essa inversão ou subversão do contraditório atenta contra os princípios constitucionais pertinentes à segurança jurídica, do qual é corolário o princípio da ampla defesa ou do amplo contraditório, o ordenamento deve assegurar formalmente as oportunidades para a sua integração, no mesmo ou em outro processo. Isso indica que essa técnica da cognição sumária (vertical) na verdade estabelece, quando não uma total subversão, pelo menos uma cisão no *iter* da cognição padrão, exauriente.

Tanto é assim que, em um primeiro momento, tem-se o provimento sumário, antecipatório, permitindo execução dos seus efeitos naturais, na perspectiva da estabilidade, ainda que eventualmente seja provisório ou interinal o ato processual que encerra o provimento, pois os efeitos naturais nascem *perseguindo geneticamente a estabilidade* quanto à regulação e até mesmo a satisfação antecipada do direito em lide, prevendo-se, para um segundo

⁴²³ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 1, p. 146-147.

⁴²⁴ O § 1º do art. 890 legitima o autor a proceder extrajudicialmente a consignação da importância em dinheiro, sendo que em caso de recusa do credor, terá então o prazo do § 3º para propor a ação de consignação em pagamento propriamente dita.

⁴²⁵ Do § 5º do art. 3º do Decreto-lei n.º 911 extrai-se que a pendência do processo não impede o credor de alienar extrajudicialmente o bem apreendido, independentemente até mesmo de prévia avaliação.

⁴²⁶ O art. 935 do CPC prevê em casos de urgência a possibilidade do prejudicado embargar extrajudicialmente a obra em imóvel vizinho, requerendo dentro de três dias a ratificação em juízo, o que equivale a afirmar que tem três dias para requerer medida liminar que ratifique o embargo cautelar, procedido extrajudicialmente.

momento (após as oportunidades para integração do contraditório) a possibilidade do provimento sucessivo ou ulterior, de cognição exauriente, no mesmo ou em outro processo.

O provimento sumário interinal, correspondendo tecnicamente a uma decisão interlocutória (art. 162 do CPC). Ressalvada a possibilidade de recursos, ele deve permanecer estável até a superveniência do provimento sucessivo, de cognição exauriente (sentença), no mesmo processo e que incide sobre a mesma lide, havendo naturalmente a expectativa de esse provimento, sendo de procedência, transmude a *presunção de certeza relativa*, endoprocessual do provimento sumário, em *declaração de certeza positiva*, pan-processual, para poder aspirar a definitividade mediante a coisa julgada material.

O provimento sumário final, correspondendo desde logo a sentença extintiva de um procedimento absolutamente sumarizado, com *presunção de certeza absoluta*, endoprocessual (provimento monitório), aspira igualmente a estabilidade e pode receber desde logo a eficácia da coisa julgada formal ou da preclusão *pro judicato*,⁴²⁷ mas não pode dispensar a possibilidade de ação impugnativa, de cognição exauriente, incidente sobre uma lide conseqüente, sobre os mesmos interesse. E surgindo a ação impugnativa e com ela o provimento de cognição exauriente, se esse for de improcedência, confirma o provimento sumário antecedente. E como o provimento de cognição exauriente pode receber a eficácia da declaração de certeza e, por causa dela, a eficácia da coisa julgada material, pode imprimir ao provimento sumário a chamada *eficácia preclusiva da coisa julgada*.⁴²⁸

⁴²⁷ Sobre as diferentes espécies de preclusão consultar a obra de MANOEL CAETANO FERRREIRA FILHO, *A preclusão no direito processual civil*, Curitiba: Juruá Editora, 1991.

⁴²⁸ “Se a decisão é das que só produzem coisa julgada formal (v.g. os provimentos finais de procedimentos absolutamente sumarizados), o efeito preclusivo restringe-se ao interior do processo em que foi proferida; se é das que geram coisa julgada material, como a sentença definitiva, o efeito preclusivo projeta-se *ad extra*, fazendo-se sentir-se nos eventuais processos subsequentes. Daí qualificar-se de *pan-processual* a eficácia preclusiva da coisa julgada material (MOREIRA, José Carlos Barbosa. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema processual brasileiro. In: *Temas de processo civil*, primeira série, p. 100-101). Pela mesma ordem de motivos é de

Esses tipos de sumarização decorrem de razões de política processual e o ordenamento pode levar em conta, objetivamente, as mais variadas circunstâncias de natureza processual ou material para valorar os motivos que, revelando objetivamente uma situação de vantagem para o autor, podem então autorizar as antecipações, valendo sempre notar, como anotou OVÍDIO, que tratando-se de exceções ao padrão da ordinarização, as sumarizações somente ocorrem em situações expressamente previstas em lei – sendo pois de *direito estrito*.⁴²⁹

Com efeito, tal como se dá com a previsão das antecipações mediante os provimentos sumários parciais, essas outras antecipações sumárias propriamente ditas são também motivadas por peculiaridades circunstanciais das lides tipificadas pelo legislador, *independentemente de uma situação inesperada de perigo de dano irreparável*, pois esse é o campo residual da cautela que atua sobre um direito subsidiário de cautela.

As hipóteses de antecipação, mediante cognição sumária, são *normatizadas*, porquanto importam na necessidade de estabelecer um sistema de equilíbrio entre a relativização formal das garantias processuais de segurança jurídica e a contrapartida que o ordenamento pode oferecer para assegurar o equilíbrio de forças entre as partes litigantes.

É importante frisar, para bem compreender a função das diferentes técnicas de sumarização do direito primário em lide, que entre a aparência jurídica (*fumus*) e a certeza jurídica (declaração de certeza), a despeito da relatividade

se admitir a eficácia preclusiva da coisa julgada material ocorrida no processo de cognição exauriente subsequente em relação à decisão sumária do processo antecedente, pertinente aos mesmos interesses.

⁴²⁹ Em nota ao item 1, *supra*, observou-se, segundo ensinamento de OVÍDIO (*Do Processo cautelar*, p. 14), que os procedimentos e provimentos de cognição sumária dependem de prévia previsão legal, mesmo porque são excepcionais ao padrão da cognição exauriente, sem assumir feição residual, decorrente da extrema urgência, como peculiar aos provimentos cautelares. PROTO PISANI discorrendo sobre a tutela diferenciada, notadamente a de cognição sumária, em várias passagens deixa antever que somente é possível servir-se dessa especial modalidade nos casos tipificados pelo legislador e ainda sugere quais as hipóteses que legitimariam essa tutela para não se ferir o princípio da isonomia e da segurança jurídica (*Problemi della c.d. tutela giurisdizionale differenziata*, p. 244-259).

desses conceitos, o ordenamento idealiza situações intermediárias, de *presunção de certeza do direito*, que tanto podem ser *presunções relativas*, como *presunções absolutas*, para acelerar a produção do provimento cognitivo, quando não para propiciar desde logo a imediata realização dos efeitos desses provimentos judiciais ou mesmo de atos ou títulos extrajudiciais reputados idôneos pela lei para desencadear atividades executivas sem dispensar as atividades cognitivas ulteriores.

A aparência de um direito, como *germe da certeza*, associada a certas *situações tipificadas pelo ordenamento*, corresponde ao parâmetro do qual se vale o legislador para estabelecer objetivamente, taxativamente, técnicas de sumarização.

Enfim, em todos os casos de provimentos sumários antecipados tem-se que, a despeito da estrutura do ato decisório sumário, se interinal ou final, esses provimentos tendem a produzir desde logo efeitos naturais estáveis, sendo que essa estabilidade genética, oriunda das declarações de *presunção de certeza* que sobre eles repercute, aspira consolidações, devendo perdurar até ser eventualmente desconstituída, com decisão de mérito em cognição exauriente plenamente eficaz no mesmo ou em outro processo.⁴³⁰

⁴³⁰ Tomando como parâmetro as medidas interinais nas ações possessórias, que independem da demonstração de perigo de dano irreparável, tanto que os seus pressupostos são traçados objetivamente pela lei (art. 927 do CPC) a jurisprudência tem reconhecido que, aí, não há medida cautelar, mas medida satisfativa do direito subjetivo definido em cognição sumária e que por isso a liminar deve perdurar até que sobrevenha o provimento definitivo de cognição exauriente, não mais sujeito a recurso com efeito suspensivo. Nesse sentido são os seguintes julgados do STJ referidos no Código de Processo Civil anotado (art. 927) de SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEXEIRA, São Paulo, Saraiva, 1996: “Concedida a liminar em ação possessória o juiz só a poderá revogar, em juízo de reatuação, se interposto agravo. Trata-se de providência que visa adiantar a prestação pleiteada, não se confundindo com aquelas de natureza cautelar, a cujo respeito existe norma específica” (Resp 29311-3 –MG, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 14.02.92); “Concedida a proteção possessória da posse, através de mandado liminar, a sentença de procedência confirma tal mandado. A atribuição de efeito suspensivo à apelação manifestada pelo demandado apenas mantém a proteção possessória no mesmo caráter de tutela provisional” (RMS 2541-0 SP, Rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, DJ de 2.8.93).

Diversamente são as coisas em sede cautelar, porque nessa a tipicidade é exceção, diante da natureza subsidiária do direito de cautela, da natureza residual da função cautelar e da existência de um poder geral de cautela que se afina com infinitas situações cautelandas, sobre as quais gravitam as lides cautelares.

4. Antecipação mediante cognição sumária interinal dos direitos subjetivos: presunção relativa de certeza

Os provimentos antecipatórios sumários interinais são dotados de presunção relativa endoprocessual sobre os direitos subjetivos ou primários que atuam finalisticamente, com estabilidade, nas condições objetivamente favoráveis à antecipação, em casos taxativos, expressamente previstos em lei, quando a emissão do provimento não decorre da avaliação discricionária⁴³¹ do juiz sobre alegações de *periculum damnum irreparabile*. A presunção prevalece até que seja eventualmente elidida no mesmo processo.

O provimento interinal sumário corresponde tecnicamente a uma decisão interlocutória, seja ele emitido liminarmente, *inaudita altera parte*, após justificação prévia ou em outra fase do processo, antes de ser emitido o provimento de mérito conclusivo, em cognição exauriente, *sobre a mesma lide*, o qual poderá então transmudar aquela eficácia da presunção relativa em declaração de certeza.

Desde que é emitido aspira geneticamente a estabilidade, devendo então permanecer íntegro, ressalvadas as situações de recursos, até que se complete o inteiro ciclo da cognição, isto é, até que se torne eficaz o provimento sucessivo de cognição exauriente, não mais sujeito a recurso com efeito suspensivo.

⁴³¹ Sobre o autêntico sentido da chamada discricionariedade judicial recomenda-se a leitura dos comentários da ilustre professora TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER contido às páginas 239-266 em *Os agravos no CPC brasileiro* (3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000). Mais adiante, no item sobre discricionariedade judicial procurou-se enfatizar essas características.

Por isso afirma MARINONI, com toda a razão, reportando-se a OVÍDIO e à doutrina italiana, que sentença de cognição exauriente de improcedência, enquanto não transitada em julgado, não inibe os efeitos da antecipação,⁴³² o que confirma a existência da presunção de certeza até que seja elidida no mesmo processo.⁴³³

Ressalvada a possibilidade de revisão do provimento sumário através de recurso (agravo, desde que tecnicamente constitui decisão interlocutória – art. 162 do CPC), subsiste apenas a possibilidade *residual* de suspensão dos efeitos executivos (positivos ou negativos) do provimento antecipatório em face de uma eventual *medida cautelar* requerida pela contraparte ou terceiros juridicamente interessados, em situação de extrema urgência, na consideração do *fumus* sob a perspectiva do possível e plausível conteúdo do provimento de cognição exauriente que se espera venha elidir eficazmente a presunção que o provimento sumário encerra.

A medida cautelar assim obtida, essa sim é temporária, instável, e sujeita à variabilidade, consoante variem as condições de *periculum* e *fumus* e, cessando a eficácia dessas, restabelece-se na inteireza os efeitos do provimento sumário interinal, que não foram e nem podem ser desconstituídos pela medida cautelar, a qual apenas pode tornar inoperantes os efeitos do provimento impugnado. Afinal, se a medida cautelar, em face de situações extremas de perigo de dano irreparável é admissível (e nem poderia deixar de ser, em face de sua natureza residual) até mesmo para suspender os efeitos de provimentos cobertos pela eficácia da coisa julgada material, em atenção ao *fumus* que se

⁴³² MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação de tutela*, p. 162-164.

⁴³³ Nesse sentido, a seguinte decisão: “Efeito suspensivo da apelação. Implica sustação de qualquer repercussão prática da sentença impugnada, portanto, a permanência em pleno vigor da medida liminar deferida no curso do processo. Assim, mesmo julgada improcedente a ação, ou extinto o processo, a decorrente cessação de efeitos da liminar só se dará com o trânsito em julgado. Segurança deferida. (TJRS – MS 591.080.734, 6ª C., Rel. Des. Adroaldo Furado Fabricio, j. 04.02.92), *RJ 176/87*.”

projeta em face de um pedido rescisório,⁴³⁴ pode muito bem ser utilizada para se contrapor aos efeitos do provimento interinal sumário.

Se essa medida deve ser instaurada de modo incidental, segundo as técnicas do Livro III, ou ainda, segundo as técnicas do art. 273,I, do CPC, isso é de menos importância em face da possibilidade sempre presente da fungibilidade e adequação, até mesmo *ex-officio*, de técnicas para operar a tutela de urgência urgentíssima, sob pena de negar jurisdição ao caso concreto.⁴³⁵ Tratando-se porém de medida cautelar que não é interposta pelo autor da ação cognitiva, o recomendável é a utilização da técnica do Livro III.

É de se enfatizar que nesses casos de medida cautelar para suspender os efeitos do provimento não cautelar e eventualmente produzir outros efeitos que emanam diretamente do provimento cautelar, o *fumus* é considerado sempre na perspectiva de que o provimento definitivo e eficaz que ainda se espera, seja no juízo recursal ou rescisório, tenha a potencial e provável aptidão (plausibilidade) de elidir as eficácias de presunção de certeza do provimento impugnado.

Os provimentos *sumários interinais* ou não jamais dependem de alegação inovadora de fatos que dependam de avaliação judicial sobre sua idoneidade ou aptidão para configurar *periculum damnum*. Possivelmente certos casos de antecipação pressupõe naturalmente essa situação de perigo iminente de dano, mas quando os pressupostos são normatizados especificamente pelo legislador, levando em conta possivelmente essa situação de perigo, não há mais que se cogitar de discricção judicial para avaliar os fundamentos do provimento que são

⁴³⁴ Contrariando inclusive a Súmula 234 do TFR (Não cabe medida cautelar em ação rescisória para obstar os efeitos da coisa julgada), a jurisprudência já admitia a possibilidade de medida cautelar para suspender os efeitos da decisão rescindenda. Hoje, essa possibilidade vem expressa no art. 4º-A da Lei 8.437/92, introduzido pela MP 1.798-1/99: “Nas ações rescisórias propostas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como pelas autarquias e fundações instituídas pelo Poder Público, caracterizada a plausibilidade jurídica da pretensão, poderá o tribunal, a qualquer tempo, conceder medida cautelar para suspender os efeitos da sentença rescindenda.”

⁴³⁵ Sobre a fungibilidade de técnicas, vide *infra*, item 20 da Parte II.

tipificados objetivamente, tal como se dá com aqueles casos já referidos das liminares possessórias, liminares em embargos de terceiro, liminares de despejo, liminares até de busca e apreensão com base nos contratos de alienação fiduciária do Decreto lei n.º 911.69. E desde a reforma de 1994, contempla-se a hipótese de provimentos sumários e interinais nas hipóteses do inciso II, do artigo 273, sob os pressupostos do abuso de defesa ou o propósito manifestamente protelatório do réu, o que já revela que se trata de pressuposto que nada tem a ver com eventual antecipação cautelar, pois se trata de uma antecipação para fins de repressão a delongas eventualmente desnecessárias.

Pode-se até afirmar que a maioria das hipóteses que hoje admitem, com pressupostos objetivos, medidas antecipatórias de cognição sumária, foram um dia passíveis de permitir antecipações apenas com base no regime da cautelaridade, diante das alegações de *fumus* e de *periculum damnum irreparabile* (ressalvada obviamente a situação do inciso II do artigo 273 do Código de Processo Civil).

As liminares possessórias, por exemplo, atualmente tem seus pressupostos fixados objetivamente pelo legislador para fins de satisfação antecipada do direito presumido como certo. Todavia, antes dessa regulamentação objetiva, considerando que historicamente os conflitos possessórios sempre foram fonte de graves inquietações da ordem social e causa de prejuízos irreparáveis, as liminares podiam ser obtidas pela via residual da cautela. Ainda hoje é possível admitir antecipações possessórias cautelares fora das situações tipificadas pelo legislador.⁴³⁶

⁴³⁶ A maioria da doutrina e, bem assim, a jurisprudência, têm se posicionado no sentido de admitir que a previsão de uma medida típica não impede a sua concessão em situações atípicas ou, mesmo, que diante de pressupostos que autorizam uma medida típica, seja concedida uma medida atípica, se adequada e menos gravosa. Tal prática se afina com a natureza subsidiária do direito de cautela e com a natureza residual da função cautelar e mais se legitima quando as inovações ocorridas no âmbito do CPC consagram a tutela do equivalente (art. 461). Como anotou EGAS MONIZ DE ARAGÃO, será possível essa fungibilidade ou variabilidade entre medidas típicas e atípicas (*Medidas cautelares inominadas*. In: Revista Brasileira de Direito Processual, Rio de Janeiro: Forensc, n. 57, p. 56).

O mesmo pode-se dizer sobre as liminares de despejo e daquelas peculiares aos embargos de terceiro, que hoje dispensam alegação e prova de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, porque a situação fática de possível perigo de dano, quiçá até mesmo irreparável, vinculada a uma pretensão específica, já foi valorada, normatizada pelo legislador. Quanto aos embargos de terceiro vale ainda notar que comportam duas modalidades de sumarização, de um lado a da cognição parcial, em face das limitações que se impõe ao pedido do autor e às defesas do réu, além da antecipação interinal (liminar) de cognição sumária.

Para bem se compreender o regime da presunção relativa sobre o direito subjetivo, atuado por antecipação, através dos provimentos interinais de cognição sumária, há que se considerar dois aspectos, um pertinente à estrutura do provimento, outro pertinente à sua funcionalidade no sistema.

Pelo aspecto da estrutura o provimento sumário é, como visto, interinal e provisório, porque tende a ser substituído pela sentença ou provimento definitivo de cognição exauriente plenamente eficaz. Todavia, pelo aspeto funcional, quanto aos efeitos naturais que produz, tende a realizar o direito primário presumido como certo com estabilidade, tal como já foi referido, inclusive com base na autoridade da manifestação de PROTO PISANI,⁴³⁷ na expectativa, reforçada pelos elementos objetivos dos seus pressupostos vinculativos, de que o provimento sucessivo confirme e consolide os efeitos naturais, executivos.

Por isso mesmo, os provimentos sumários interinais não se compadecem com certas características peculiares às medidas cautelares, como a da temporariedade, instabilidade, variabilidade de conteúdo e efeitos e muito menos com a antecipação apenas na medida da necessidade fixada pelo *periculum* (como ocorre com as cautelares), porque nas antecipações que gozam

⁴³⁷ Consoante já foi referido anteriormente ANDREA PROTO PISANI sustenta que os provimentos sumários ocorrem em hipóteses tipificadas pelo legislador, que encerram dados objetivos que favorecem as antecipações em homenagem ao princípio da isonomia e da segurança jurídica e ainda que esses provimentos tendem à estabilidade (*Problemi della c.d. tutela giurisdizionale differenziata*, p. 244-251).

de presunção de certeza, a antecipação se dá na medida das utilidades buscadas naturalmente pelo interesse presumido como direito subjetivo.

Quando o ordenamento prevê medidas temporárias, instáveis, fungíveis, está-se diante do regime da cautelaridade. Por isso há que se distinguir no artigo 273 do Código de Processo Civil, as regras que se aplicam às medidas cautelares do inciso I, das regras que se aplicam às antecipações de cognição sumária do inciso II. Esse discernimento é essencial e evita as perplexidades que tantos processualistas têm manifestado sobre a instabilidade de provimentos interinais no âmbito do artigo 273. Essa instabilidade somente se aplica às medidas cautelares do inciso I.

Quanto aos efeitos naturais dos provimentos antecipatórios, esses devem se produzir, normalmente, de modo imediato, salvo se houver disposição em contrário, irradiando seus efeitos através das eficácias da mandamentalidade ou executiva *lato sensu*, pois não podem receber nem imprimir aos seus efeitos naturais a eficácia da declaração da certeza, que só advirá com o provimento definitivo, após cognição exauriente. Adotando-se as concepções de PONTES DE MIRANDA e de OVÍDIO, poder-se-á afirmar que existe materialmente uma carga de declaratividade decorrente da presunção, cuja carga de declaratividade, que induz até mesmo à estabilidade dos efeitos enquanto perdura a presunção, mas que formalmente não poderá ser equiparada à *declaração de certeza jurídica*.

Tem-se discutido se a extinção do processo, após a concessão do provimento interinal, sem julgamento do mérito em cognição exauriente, mantém a sobrevida ou os efeitos executivos do provimento sumário (dependendo ou não de manifestação expressa do juiz) ou se o provimento se torna automaticamente insubsistente e com isso ineficaz.

A questão somente se põe, obviamente, quando a extinção do processo não decorre de nulidade absoluta *ab-initio* do processo, que fulminará de nulidade

também o provimento interinal,⁴³⁸ como se dará, por exemplo, nos casos de carência de ação, litispendência e coisa julgada. Basicamente a questão assume relevância nas eventuais hipóteses em que a extinção do processo se dá em face de compromisso arbitral ou então da desídia das partes (Art. 267, incisos II e III, do CPC). Se o provimento interinal for atingido pela nulidade absoluta, não haverá como dar-lhe sustentação e ainda que se admita que nesses casos cessação da eficácia ocorre *iure et iure*, sempre haverá casos em que o juiz deverá determinar a prática de atos para desfazer os efeitos positivos da antecipação, quando reversíveis faticamente.

ANDREA PROTO PISANI, enfatizando sempre o dado de que os provimentos sumários aspiram à estabilidade, culmina por sustentar a posição de que, não havendo disposições em contrário no ordenamento, impõe-se a manutenção do provimento sumário interinal, sem prejuízo de se restabelecer a cognição exauriente sobre a mesma lide oportunamente. E assim se posiciona porque os provimentos sumários, a despeito da eventual opção pela técnica da incoação interinal em um processo de cognição exauriente, podem assumir excepcionalmente uma autonomia estrutural, como ocorre com os provimentos sumários finais, do tipo injuncional ou monitorio.⁴³⁹

⁴³⁸ JOEL DIAS FIGUERIA não abordou diretamente essa questão da subsistência ou não do provimento sumário interinal nas ações possessórias em face da eventual extinção do processo sem julgamento do mérito em cognição exauriente. Não obstante arrolou as seguintes situações como aptas a fazer cessar os efeitos, que tendem a ser estáveis, das medidas sumárias interinais: “Podríamos dizer, então, que a providência sumária interinal tomada pelo juiz permanece inalterada até que se verifiquem e configurem as seguintes situações e momentos processuais: a) interposição de agravo de instrumento: a.1) com modificação do *decisum* em fase específica do juízo de retratação; a.2) reforma da decisão por acórdão do tribunal recorrido; b) pelo surgimento de *fato novo* (*causa superveniente* – v. n. 11); c) por vias oblíquas: c.1) através da decretação de nulidade do processo, desde o seu início, por decisão interlocutória; c.2) por não ter o autor prestado caução para obter em seu favor a permanência dos efeitos da liminar concedida (art. 925); c.3) por mandado de segurança impetrado contra decisão manifestamente ilegal; c.4) se o autor, em 5 dias, a contar da data da obtenção da liminar, não promover a citação do réu; d) por sentença (de mérito ou não) transitada em julgado.” (*Liminares nas ações possessórias*, p. 237-238).

⁴³⁹ PISANI, Andrea Proto. *Problemi della c.d. tutela giurisdizionale differenziata*, p. 251-259.

A questão é nova no sistema processual brasileiro, posto que somente nessa fase instrumentalista, com a ênfase às antecipações sumárias, notadamente às interinais e, ainda, em meio às confusões com o regime da cautelaridade, não, tem posição consolidada na doutrina e na jurisprudência, posto que a lei nada dispõe a respeito da sorte dos provimentos sumários interinais, desde que os artigos 806, 807 e 808 referem-se aos provimentos cautelares. Seja como for, nas hipóteses em que se admite provimentos sumários interinais, a lei pressupõe e até exige o provimento final sucessivo nos mesmos processos, mas não disciplina a sorte do provimento sumário nos casos de extinção do processo sem exame do mérito em cognição exauriente, sobre a mesma lide.

Considerando, porém, o dado inegável de que os provimentos antecipatórios ocorrem em situações típicas, com base em dados objetivos que vinculam o juiz à antecipação, independentemente de uma avaliação discricionária sobre o *periculum damnum irreparabile*, aspirando a estabilidade e, principalmente, que gozam de uma presunção de certeza relativa, endoprocessual, que favorece o autor, tem-se que admitir que, segundo as regras gerais de direito, essa presunção situa o autor em uma posição de vantagem processual sobre o réu, transferindo para esse, depois de citado obviamente, ainda que no plano endoprocessual, os ônus de perseguir o provimento de cognição exauriente e os ônus da contraprova dos fatos constitutivos do direito do autor que já se presumem provados. Sendo assim, se ocorrer a extinção do processo antes do provimento eficaz de cognição exauriente, em face das disposições contidas nos incisos II e III do CPC, deverá prevalecer o provimento sumário, sem prejuízo da renovação, sob a iniciativa do réu, da instância cognitiva, mediante ação impugnativa, na qual deverá figurar obviamente como autor. Em caso de compromisso arbitral, não havendo disposições em contrário., devem prevalecer os efeitos do provimento sumário, sob cujos efeitos se realizou o compromisso.

Essa solução deve ser aplicada inclusive quando se está defronte às antecipações previstas no inciso II, do artigo 273, do Código de Processo Civil,

fundadas nas hipóteses de *abuso do direito de defesa ou do propósito manifestamente protelatório do réu*, quando a antecipação for interinal e o processo tiver que prosseguir até a solução definitiva da mesma lide mediante sentença de cognição exauriente.

Seguramente, a doutrina e a jurisprudência haverão de dar uma interpretação objetiva a esses pressupostos, vocacionados com os ideais instrumentalistas, ressalvando sempre que esse inciso II, do artigo 273 do Código de Processo Civil, pode legitimar outras modalidades de antecipação, não sumárias, vale dizer, antecipações definitivas do mérito (formas alternativas de julgamento antecipado ou parcial da lide).

5. Antecipação mediante cognição sumária final dos direitos subjetivos: presunção absoluta de certeza

Há presunção absoluta de certeza do provimento sumário quando este se constitui em ato final do procedimento absolutamente sumarizado, que tende a realizar desde logo o direito primário, subjetivo. Nasce como ato final do procedimento que não encetou ou não completou o contraditório nos moldes da cognição exauriente. Esse provimento sumário contém uma presunção endoprocessual absoluta de certeza jurídica porque, a despeito do modo de formação sem profundidade na investigação dos fatos da demanda, tende a resolver suficientemente a lide que lhe é própria, não necessitando de outro provimento sucessivo no mesmo organismo processual para, incidindo sobre a mesma lide, em cognição exauriente, consolidar em certeza ou elidir a presunção, como ocorre com os provimentos sumários interinais.

Os provimentos sumários finais já nascem estruturalmente como atos definitivos do processo e com a potencialidade da definitividade dos efeitos, embora não possam aspirar a eficácia formal da declaração de certeza para, com ela, poder merecer a eficácia da coisa julgada material, seus provimentos podem receber desde logo a eficácia da coisa julgada formal, desde que eventuais

reformas do provimento deverão se operar em ações impugnativas, vale dizer, em outros processos.

Com efeito, pela técnica da presunção absoluta de certeza transfere-se para o réu ou para quem o ordenamento confira a legitimidade, o ônus de desconstituir o provimento sumário em outro processo.

Comparando as hipóteses de provimentos sumários interinais (presunção relativa), com esses sumários finais (presunção absoluta), pode-se dizer que esses, ao contrário daqueles, nascem estruturalmente como atos definitivos, finais e potencialmente extintivos do processo absolutamente sumarizado, enquanto que, pelo aspecto funcional, produzem efeitos imediatos sob uma condição resolutiva, pois serão estáveis e operantes os seus efeitos naturais dotados com a eficácia da presunção absoluta endoprocessual, até que sobrevenha um eventual provimento elidindo a presunção e com isso os seus efeitos.

A eficácia da presunção absoluta, como foi referido, não pode almejar a coisa julgada material, mas apenas a coisa julgada formal, acompanhada da preclusão *pro judicato* se não houver impugnação ou até mesmo da eficácia preclusiva da coisa julgada material se eventual ação impugnativa, sobre uma lide conseqüente, envolvendo os mesmos interesses, for julgada improcedente.

Como provimento sumário que nasce em procedimento sumário típico, há o caso exemplar do provimento monitório, do Livro IV, do Código reformado. O provimento monitório, que surge na fase embrionária da formação do processo que já se extingue com a citação do réu para, se quiser, oferecer ação impugnativa (embargos) traduz uma presunção de certeza apta a constituí-lo como título executivo extra judicial. Conquanto não possa merecer a declaração formal de certeza jurídica, a presunção absoluta equipara o provimento assim sumário a uma sentença condenatória quanto aos efeitos que produz - trata-se de uma equiparação formal, não substancial, tanto que o provimento sumário final, transitado em julgado, não é suscetível de ser desconstituído pela via da ação rescisória, mas da ação anulatória, como os atos jurídicos em geral, porque nele

não há coisa julgada, apenas preclusão consumativa ou estabilidade decorrente da eficácia preclusiva da coisa julgada ocorrida em outro processo.

Considerando que as técnicas de antecipação podem admitir múltiplas variantes, vê-se que no caso da ação monitória a interposição dos embargos suspende os efeitos do provimento antecipado.

Existem ainda situações de tutela sumária final (ou interinal – liminares) disciplinadas no Livro III do CPC, quando se prevê a possibilidade de obter, através dos procedimentos cautelares, inclusive mediante liminar antecipatória, a tutela de direitos subjetivos através de um *mini-contraditório*, insuficiente para caracterizar a especialidade de um procedimento de cognição exauriente que possa receber a eficácia da coisa julgada, tanto que os seus efeitos poderão ser questionados através da ação anulatória no prazo prescricional de quatro anos com base no art. 178, §9º, inciso V, do Código Civil, mas dificilmente o serão, tal a natureza de quase evidência que os caracteriza. É o que ocorre nos casos típicos, que nada têm de cautelar, por não haver pressuposto de *periculum damnum irreparabile*, da entrega de bens de uso pessoal dos cônjuges e dos filhos (art. 808, I, do CPC); das justificações, pelas quais as partes aspiram não propriamente a produção de prova, mas constituir elementos de prova para oportuna e eventual produção, na esfera da realização dos direitos no plano material ou jurisdicional (arts. 861 a 866); dos procedimentos em que se busca o cumprimento de obrigação negocial ou legal para prestação de caução (arts. 826 a 838), ou então, a constituição de penhor legal (direito real de garantia – arts. 874 a 876) em situação tipificada em lei; da posse em nome de nascituro, que visa assegurar a imissão na posse de direitos hereditários em favor do nascituro – se nascer com vida -, em confronto dos demais herdeiros.⁴⁴⁰

Os títulos executivos extrajudiciais constituem uma variante autônoma de sumarização, porque permitem, *ex-lege*, independentemente de um provimento

⁴⁴⁰ Sobre os processos sumários não cautelares contidos no Livro III do CPC, pode-se consultar KAZUO WATANABE (*Da cognição no processo civil*, p. 107-109) e OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA (*Curso de Processo Civil*, v. 3, p. 348-352).

de cognição sumária, a produção de efeitos executivos, sendo que o contraditório é remetido para os eventuais embargos. Esses títulos trazem também a presunção absoluta, endoprocessual, de certeza, sendo que o direito neles presumido existente e atuante só consolidará ou desconstituirá a sua presunção de certeza absoluta com a eficácia preclusiva da coisa julgada ocorrida nos embargos. Essa espécie autônoma de sumarização da atuação jurisdicional dos direitos encontra-se disciplinada no Livro II do Código de Processo Civil.

6. Fundamentos constitucionais das tutelas diferenciadas antecipatórias e residuais (cautelares em geral)

O padrão de tutela jurisdicional no sistema processual brasileiro é e continua sendo, a despeito das reformas operadas no Código de Processo Civil a partir de 1994, o *Processo de Conhecimento* do Livro I, que corresponde a uma tutela jurisdicional vocacionada à declaração de certeza dos direitos subjetivos ou primários em lide, mediante uma atividade de cognição plena e exauriente, que tem compromisso primordial com os princípios constitucionais pertinentes à *segurança jurídica* e à *efetividade da jurisdição*.

O *princípio da segurança jurídica* equívale aos princípios da ampla defesa, do regime de contraditório, da igualdade ou paridade de armas para as partes litigantes, do duplo grau de jurisdição, da motivação e publicidade da decisão, da coisa julgada. Por outro lado o *princípio da efetividade da jurisdição* está incito à própria razão da existência da atividade jurisdicional nos estados democráticos, encontrando-se vinculado ao princípio da inafatibilidade ou do acesso à justiça, nos princípios da eficiência da atividade pública, na previsão da assistência judiciária e defensoria pública, tudo com vistas a prestar tutela jurisdicional adequada a todos que dela necessitem, tendo ainda a própria Constituição se preocupado em prever remédios ou ações constitucionais para imprimir maior garantia e maior efetividade a certas pretensões valoradas pela

ordem pública como merecedoras de um tratamento absolutamente eficiente, tais como o mandado de segurança, *habeas-corpus*, ação popular, e ações coletivas.

Considerou o ordenamento brasileiro o princípio da segurança jurídica no seu grau máximo. Partiu da perspectiva de que é mediante a ordinarização da tutela dos direitos subjetivos que obterá essa maior segurança jurídica. E a ordinarização, como se sabe, caracteriza-se pela investigação de todos as questões de fato e jurídicas naturalmente possíveis de integrar a causa de pedir de uma pretensão primária em amplo contraditório (cognição plena e exauriente), de modo a possibilitar as eficácias da declaração de certeza e da coisa julgada material. Só a partir daí é o que o sistema propende a admitir execução para a realização dos direitos subjetivos, na consideração, em tese, de que assim estaria também satisfazendo de modo ideal e concomitante o princípio da efetividade da jurisdição, donde a máxima: *nulla executio sine titulo*.

Há situações porém, em que o ordenamento admite exceções a esse modelo., seja por razões de política legislativa, em casos selecionados previamente para a cognição sumária, seja por razões de necessidade de se admitir uma tutela de urgência, residual, cautelar.

As situações especiais de cognição sumária exigem entretanto um cuidado particular para a sua disciplina jurídica como tutela diferenciada ou excepcional ao padrão da ordinarização, exigindo de modo concomitante uma disciplina quanto ao modo de integração do contraditório e os modos de estabilização do provimento que propende à definitividade. Isso porque em homenagem ao princípio da efetividade da jurisdição não se pode simplesmente desprezar o princípio da segurança jurídica. Ao contrário, esses princípios devem ser harmonizados.

Por outro lado, a tutela cautelar, tendo em vista a sua natureza residual, é imprescindível em qualquer ordenamento, não decorrendo de uma opção do legislador, mas nem por isso poderá comprometer de modo irremediável o princípio da segurança jurídica.

Na verdade, pode-se até mesmo dizer que existe um fundamento de índole

supra-constitucional inerente aos Estados verdadeiramente democráticos, que exige tutelas diferenciadas para situações diferenciadas de conflito, para que se assegure a efetividade da jurisdição como uma constante, sem comprometer entretanto a segurança jurídica, para não transformar a tutela jurisdicional em uma tutela arbitrária, o que importaria em negar a própria essência da jurisdição, como atividade destinada a atuar direitos em casos concretos.

Na realidade esse princípio de índole *supra-constitucional* que exige uma contemporização, com garantias, dos princípios da segurança e da efetividade, vem desenhado nas constituições modernas dos Estados verdadeiramente democráticos e corresponde ao chamado princípio do *devido processo legal* – *due process of law* -. Trata-se na verdade de um princípio que traduz precisamente a síntese ou a soma de todos os demais princípios, que devem ser temperados, harmonizados, para se assegurar tutela adequada com segurança e efetividade.

Esse princípio do devido processo legal é que autoriza as tutelas diferenciadas, como a relativização da ordinarização para a adoção de tutelas sumárias dos direitos subjetivos, primários, em lide, bem como é esse princípio que exige a existência imprescindível de uma tutela residual, que deve atuar um direito de cautela, subsidiário, imanente à ordem jurídica, para atuar sobre interesses apenas plausíveis para salvar de perigo iminente de lesão ou de agravamento de lesão irreparável interesses relevantes. Isso porque há uma incompletude insuperável no sistema normativo, que não pode todas as situações de perigo que a realidade oferece a interesses que, em princípio, são dignos de proteção jurídica. O princípio do devido processo legal surge pois como um imperativo da ordem jurídica para promover a *harmonização entre os princípios da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição*.

Da identificação dos princípios constitucionais que dão a indispensável sustentação para a justificação das tutelas sumárias dos direitos subjetivos, primários, bem como da tutela cautelar de urgência urgentíssima e residual, cuidou recentemente TEORI ALBINO ZAVASCHI, em artigo intitulado *Medidas*

*cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante*⁴⁴¹. Nesse estudo, o autor conclui precisamente que o poder jurisdicional de decretar medidas provisórias, cautelares ou antecipatórias (sumárias), representa, simplesmente, o poder de formular regras de solução para os fenômenos concretos de conflito entre direitos fundamentais que formam o devido processo legal. Considera que o estado latente de tensão entre os princípios da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição pressupõe a necessidade de uma *solução harmonizadora*, consistente na previsão de tutelas sumárias, tutelas provisórias e urgentes, cujo fundamento deflui pois da ordem constitucional e existiria independentemente da previsão de normas expressas no direito positivo, como ao de juiz prover na existência de lacunas do ordenamento, ou do dever de perseguir a celeridade do provimento ou ainda de prover com base no poder geral de segurança, à luz dos artigos 798 e 273, do Código de Processo Civil para decretar medidas cautelares ou sumárias, adequadas, ainda que provisórias, urgentes, sendo que a sumarização haverá de ocorrer nas hipóteses em que houver expressa previsão legislativa, enquanto que a tutela cautelar opera no campo residual, quando cabe ao juiz formular, caso a caso, em situações de extrema urgência, a solução adequada ao caso concreto.⁴⁴²

Afinal, como bem anotou BOTELHO DE MESQUITA,⁴⁴³ reportando-se inclusive às máximas de CHIOVENDA, as técnicas processuais e os meios

⁴⁴¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante*. In: Revista de Processo, n. 82, p. 52-69.

⁴⁴² Realmente, a completude do ordenamento é inatingível e não obstante, não pode deixar de assegurar tutela de urgência. ANDREA PROTO PISANI confirma no artigo *La tutela sommaria in generale e il procedimento per injungione nel'ordinamento italiano* (In: Revista de Processo, n. 90, p. 22-26) que a tutela de cognição sumária corresponde a uma técnica de antecipação típica, porque tem seus pressupostos regradados pelo legislador, enquanto a tutela cautelar se caracteriza pela atipicidade, tanto que lhe fica reservado o campo remanescente da urgência fundada nas alegações de perigo de dano irreparável ao *fumus*. As posições de TEORI ALBINO ZAVASCKI no artigo antes mencionado não divergem das posições do ilustre professor italiano.

⁴⁴³ *Limites ao poder do juiz nas cautelares antecipatórias*, In: Revista Brasileira de Direito Processual, Rio de Janeiro: Forense, n. 56, p. 47

executivos do processo tendem a se expandir, a se diferenciar, para encontrar formas adequadas de tutela para a realização específica do direito do modo mais eficiente para as situações concretas de conflito, nos limites em que o ordenamento jurídico comportar essa ampliação, que só se dinamizará nos casos concretos em face de impedimentos absolutos, de natureza fática. Mas, mesmo assim, ainda ficaria reservada a possibilidade alternativa da via ressarcitória.

Com efeito, já dizia CHIOVENDA que todo modo de atuação da lei (e qualquer meio executivo) que seja praticamente possível e não seja a uma norma geral ou especial de direito, deve considerar-se admissível.⁴⁴⁴ Pode-se dizer que os provimentos cautelares, tanto quanto os provimentos cognitivos sumários foram idealizados sob essa perspectiva desenhada por CHIOVENDA.

Poder-se-ia ser induzido a pensar que no temperamento entre segurança jurídica e efetividade, as medidas que tendem a atuar o direito subjetivo, primário, em via sumária, *ganham em segurança jurídica* em confronto com as medidas cautelares, porque essas não se assentam em dados objetivos de presunção de certeza, expressa e previamente valorados pelo legislador.

Todavia, conquanto aparentemente a segurança jurídica se insinue estar presente em maior grau nas tutelas sumárias do direito subjetivo, não parece exato estabelecer essa comparação, diante do fato de que se está cogitando da atuação jurisdicional de direitos de categorias diversas, ou seja, o direito subjetivo, primário, mediante as tutelas sumárias e, por outro lado, um outro direito, que corresponde ao direito subsidiário de cautela, atuado na via especialíssima da tutela residual cautelar.

Na verdade, considerando as peculiaridades dos direitos que se atuam pelas vias sumárias da cognição ou pela via cautelar, pode-se dizer que prevalece o *equilíbrio* entre segurança e efetividade, na medida em que um *sistema de pesos e contrapesos* compensando reciprocamente perdas e ganhos em termos de

⁴⁴⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I, p. 48.

segurança e efetividade. Basta verificar o dado de que quanto há decisão regrada do juiz para promover a sumarização ou a antecipação de direitos subjetivos primários, cujos provimentos ganham a presunção de certeza jurídica e tendem à estabilidade, sem a variabilidade, já a decisão cautelar, pressupondo juízos discricionários na avaliação dos fatos caracterizadores do *periculum*, produz provimentos instáveis, sujeitos à variabilidade. Ademais, em todos os casos, sempre existe a possibilidade de, em cognição exauriente, buscar-se ulteriormente a comprovação da certeza de um direito antes considerado na perspectiva de direito presumido ou apenas de direito aparente (*fumus*).

Realmente, a enunciação de situações ou de fatos específicos, precisos, como autorizadores da sumarização denotam a situação da *presunção de certeza* desses provimentos sumários, enquanto a indicação genérica de *fumus* e do *periculum damnum irreparabile* ou demais fórmulas eqüivalentes, como perigo de ineficácia do provimento final, situação de urgência, e outras, sem indicação específica dos motivos que poderiam caracterizar essas situações, coincide com os chamados conceitos vagos, fluídos, que dependem de uma avaliação discricionária do juiz para considerar os fatos apontados como idôneos a dar configuração aos pressupostos específicos da cautela, qualitativa e quantitativamente em cada caso concreto.

É preciso ter em mente que as hipóteses residuais de cautela, projetando-se como *normas em branco*, que dependem de uma integração judicial, não conferem ao juiz, sob o fundamento da *discricionariade*, liberdade de escolha na solução, porque a *discricionariade implica em investigação crítica e na seleção da resposta jurisdicional mais adequada ao caso concreto, ou na identificação da única solução possível*, como advertiu TERESA CELINA ARRUDA ALVIM WAMBIER.⁴⁴⁵

⁴⁴⁵ TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, que tem se dedicado ao estudo da chamada discricionariade judicial, realizando criticamente uma avaliação das posições de processualistas e administrativistas, como CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, SERGIO FERRAZ, ALCIDES MENDONÇA LIMA, BARBOSA MOREIRA, ARRUDA ALVIM, HUMBERTO THEODORO JUNIOR e outros tantos juristas estrangeiros, tem

Historicamente, a técnica da *cognição sumária*, é considerada uma variante das tutelas primárias para incidir diretamente sobre os direitos subjetivos, ainda que por presunção. Por essa visão, percebe-se que a ordem jurídica, em nome da própria segurança jurídica, não poderia mesmos prescindir de uma tutela de urgência urgentíssima, residual para assegurar a própria *efetividade da jurisdição* nas situações de urgência, imprevistas, mesmo porque o legislador não pode mesmo prever todas as situações de perigo sobre interesses plausíveis, dignos de proteção autônoma para preservar o *status de fumus*, como ocorre na tutela cautelar.

A tutela cautelar evita o agravamento das situações conflituosas que

advertido constantemente que não se deve confundir discricionariedade com arbítrio e tampouco com uma faculdade que se confere ao juiz para atuar com liberdade na escolha da solução reputada conveniente para o caso, o que sugere um subjetivismo que inexiste na função jurisdicional. Observa a jovem e ilustre processualista que normalmente essa questão da discricionariedade surge quando se está diante de uma norma de *conteúdo vago* para ser aplicada ao caso concreto, como se dá, dentre outros, nos casos em que norma cogita precisamente de *fumus boni iuris*, relevância do fundamento invocado, perigo de dano irreparável, risco de ineficácia da medida, para então afirmar que, a despeito da fluidez do conteúdo da norma, existirá idealmente uma única solução válida para o caso concreto, o que exige do juiz liberdade na investigação crítica para identificar única solução adequada para a espécie, o que difere substancialmente da suposição de que, entre várias soluções possíveis, o juiz possa ter liberdade de escolha para determinar a aplicação de qualquer uma das soluções no caso concreto, porque só pode decretar a melhor solução. E prossegue a autora aduzindo que a palavra do Judiciário é a lei *in casu*, sendo que a lei é uma só, o que significa *que a sentença proferida pelo magistrado é a solução adequada àquela hipótese com exclusão de qualquer outra*; que a denominada discricionariedade não se baseia em critério conveniência, mas de justiça, vinculando-se à lei não em um sentido lógico-formal, mas em um sentido intencional-teleológico; que a reforma da decisão não significa sobreposição de um juízo de conveniência da instância recursal, mas que a decisão reformada optara pela solução errada. Sob essa inspiração é que se pode falar realmente em discricionariedade no âmbito da tutela cautelar, o que exige senso crítico e prudência do juiz na avaliação dos pressupostos do *fumus boni iuris e periculum damnum irreparabile* para decretar a medida mais adequada e suficiente para atender a pretensão cautelar e a menos gravosa possível aos interesses do réu, pois se está exercendo uma tutela de urgência, com base apenas na aparência do direito (*fumus*), sem nenhum dado objetivo ou elemento descritivo para balizar de modo vinculado a medida a ser deferida no caso *sub-judice*. (TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER. *Os agravos no CPC brasileiro*. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 239-263).

fatalmente ocorreriam pela manutenção inexorável do *status quo* até que se pudesse cumprir o inteiro ciclo da ordinarização, com a agravante de que nesse *iter* se consumaria fatalmente a situação de perigo.

Essa nova perspectiva quanto ao fim da tutela cautelar pressupõe a revisão do seu fundamento tradicional, fixado equivocadamente pela dogmática. Não se pode mesmo aceitar o fundamento tradicional, pertinente à acessoriedade da função cautelar para resguardar a inteireza da própria função jurisdicional a ser desempenhada nos processos ditos principais. Agora, pela ótica substancialista, o fundamento é outro, posto que se tem como certo que a tutela cautelar, seja meramente conservativa, seja antecipatória, visa, antes de tudo, atuar autonomamente o direito de cautela que incide direta ou indiretamente sobre interesses materiais das partes, com os quais se conectam os interesses eventualmente processuais, para preservar ou resgatar a inteireza de interesses juridicamente relevantes, em situações residuais de urgência, podendo os interesses relevantes e periclitantes vincular-se a pretensões, ações ou até mesmo exceções substanciais plausíveis.⁴⁴⁶

Já foi referido que as constituições dos Estados verdadeiramente democráticos, com a previsão do princípio do devido processo legal, dão sustentação suficiente para autorizar a tutela autônoma do *fumus* em face do *periculum*.⁴⁴⁷

PONTES DE MIRANDA, todavia, consoante também já foi referido, não teve dificuldades para localizar esse fundamento nuclear na própria legislação infra-constitucional, de modo expreso no ordenamento brasileiro, tanto que referiu aos artigos 798 e 799 do Código de Processo Civil como *regras de*

⁴⁴⁶ SILVA, Ovídio Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2. ed., vol. XI, Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1986, p. 82.

⁴⁴⁷ OVÍDIO BATISTA DA SILVA, reportando-se inclusive à doutrina americana e europeia, com destaque a COMOGLIO e PROTO PISANI, também afirma que o verdadeiro fundamento da pretensão à segurança ou do direito substancial de cautela promana de princípio de natureza constitucional, imanente a todo Estado de Direito (*Do processo cautelar*, p. 66).

*direito material, heterotopicamente metida na legislação processual, e que fixam os pressupostos gerais (periculum damnum irreparabile e fumus) para a produção das medidas que legitimam a pretensão material à segurança de pretensão.*⁴⁴⁸

Os referidos dispositivos cogitam em termos gerais do perigo de lesão grave ou de difícil reparação a direitos (possíveis direitos) da parte antes da certificação ou presunção de certeza, o que evidencia que os interesses que se quer proteger correspondem a interesses materiais basicamente.

Para PONTES, o verdadeiro sentido da regra é efetivamente o de assegurar a tutela autônoma do *fumus* que deve ser prontamente atuado, em face de situações de perigo de dano a interesses da parte, sem necessidade de se estabelecer o suposto nexos de dependência e acessoriedade a outro processo para presumir uma incidência reflexa, ou uma instrumentalidade indireta, ao direito material a ser atuado pelo provimento definitivo. Esse dispositivo corresponde mesmo aos princípios nucleares enunciados por CHIOVENDA, da máxima instrumentalidade do processo e dos procedimentos.

A tutela transitória de urgência assume realmente um sentido supletivo, integrativo com vistas à completude do ordenamento no momento da concreção do direito, diante da insuficiência ineliminável das tutelas normativas substancial e jurisdicional primárias, como já advertia CALVOSA.⁴⁴⁹

Para dar sustentação a essa atividade integrativa, complementar, subsidiária, transparece de modo imanente no ordenamento a tutela jurisdicional cautelar, de mera verosimilhança, como única alternativa de concreção, diante do que GIUSEPPE TARZIA qualificou como o *conflitto brutale* entre as

⁴⁴⁸ PONTES DE MIRANDA, além de haver localizado topicamente a regra concreta legitimadora da pretensão material à segurança, já havia, à semelhança de CALVOSA, delineado o seu fundamento geral, como princípio integrativo da incompletude do ordenamento, em face da inaptidão da tutela normativa e da tutela jurisdicional comum regular todas as situações que a realidade oferece (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 148).

⁴⁴⁹ Vide *supra*, item 33 da Parte I.

exigências de efetividade da atuação jurisdicional na sua função pacificadora e o princípio da segurança jurídica⁴⁵⁰. Isso porque o fator tempo nem sempre favorece a conciliação espontânea dessas exigências, donde a imprescindibilidade de uma tutela de urgência, excepcional, subsidiária, que surge como única solução possível de pacificação de conflitos para as situações que não podem se submeter aos padrões normatizados de tutela jurisdicional primária, a despeito da várias técnicas diferenciadas que o legislador possa ter idealizado para reduzir, cada vez mais, o campo da tutela subsidiária cautelar, muito embora seja inimaginável a eliminação desse tipo de tutela residual, em face da insuperável incompletude do ordenamento ou do sistema jurídico.

Se não houvesse nos Estados democráticos essa natural predisposição à realização de uma tutela urgente de verossimilhança, transitória, residual ou subsidiária, essa falha culminaria por exasperar as situações de conflito, comprometendo a paz social e, assim, um dos escopos da efetividade da jurisdição. Afinal, o conflito de interesses, como já dizia CARNELUTTI, pode ser considerado o *bacilo da desordem social e, por isso, há que ser eliminado*⁴⁵¹. Relembra BUZAID que *a premissa sociológica de todo o ordenamento jurídico haverá de corresponder ao interesse coletivo na composição ou resolução dos conflitos.*⁴⁵²

A ausência de predisposição e de disposições que admitam e disciplinem o cabimento de uma tutela de urgência urgentíssima corresponderia à toda evidência à uma situação de inconstitucionalidade, pois culminaria por comprometer, no plano social, idealmente e em tese, a expectativa de uma segurança jurídica, ainda que de segundo grau, que se insere naturalmente na aferição do *fumus*. Se a situação de *fumus* corresponde efetivamente ou não a

⁴⁵⁰ TARZIA, Giuseppe, *Considerazioni comparative sulle misure provvisorie nel processo civile*. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, 1985, p. 252.

⁴⁵¹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*, vol. I, Padova: Cedam, 1936, p. 41.

⁴⁵² BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 92.

uma situação substancial capaz de ser qualificada oportunamente como um direito primário, ou seja, se o *direito acautelado* se revelará ou não como direito subjetivo oportunamente, isso pertence a outra relação, à outra lide que não aquela que se constitui autonomamente no objeto ou na lide da tutela cautelar, de mera verossimilhança e urgência.

É necessário atentar, entretanto, que apesar das tutelas sumárias e da tutela cautelar terem em comum um fundamento constitucional que exige harmonização dos princípios da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição, essas tutelas se assentam em pressupostos diferentes para exercer funções diferentes, atuando sobre situações diversificadas e instrumentalizando, ora em via principal, potencialmente definitiva o direito subjetivo presumido como certo, ora atuando residualmente para instrumentalizar o direito de cautela, subsidiário, que se compraz com a tutela transitória do *fumus*, em face de uma situação de peculiar urgência.

7. O direito material e subsidiário de cautela e o direito à tutela jurídica residual de cautela

Na esteira dos firmes posicionamentos de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, tem-se insistido que o direito de cautela é o direito que dá sustentação, não apenas à pretensão à tutela jurídica de segurança (ação processual cautelar), mas que serve de substrato às pretensões à segurança, notadamente às pretensões materiais cautelares,⁴⁵³ para assegurar autonomamente a atuação do *fumus boni iuris* visando preservar interesses juridicamente relevantes, correlativos a pretensões, ações ou até mesmo exceções substanciais.

Sob esse aspecto, apesar da generalidade da objetividade jurídica que caracteriza o direito de cautela, pode-se mesmo falar em *direito substancial de cautela*, para bem distinguí-lo do direito processual à ação cautelar, enfatizando

⁴⁵³ SILVA, Ovidio Baptista da. *Do Processo cautelar*, p. 66.

o seu substrato de direito material, contra as concepções superadas da dogmática nesse particular.

Tem-se, pois, que paralelamente a todo e qualquer direito subjetivo primário, existe um direito material de cautela, subsidiário, que se compraz em atuar os interesses plausíveis, podendo essa plausibilidade referir-se tanto à titularidade desses interesses, como referir-se à plausibilidade da adequação da utilidade perseguida para a satisfação desses interesses. Em suma, esses interesses plausíveis (*fumus*), quando servem para salvar do perigo de deterioração ou degradação interesses relevantes juridicamente em situações de urgência (*periculum damnum*), correspondem a um bem juridicamente protegido pelo ordenamento, de modo autônomo, com fundamento no direito de cautela.

Esse direito material de cautela, não encontrando condições propícias para satisfazer com a urgência necessária a *pretensão substancial cautelar* no plano das relações materiais, dinamiza então a *pretensão processual à ação cautelar (pretensão à tutela jurídica cautelar)*, que só pode ser exercitada através de uma via jurisdicional residual, pertinente à função cautelar, em face da inaptidão das tutelas jurisdicionais primárias (cognição e execução de direitos) a prover de modo imediato sobre um direito material subsidiário que se compraz com a atuação de interesses apenas plausíveis.

Sob essa perspectiva, que assume um valor constante, sem incidir no vício da relatividade em que incidiu a concepção tradicional, a função cautelar se posiciona efetivamente como terceiro gênero de tutela, em face da natureza residual ao atuar um direito subsidiário.

PONTES DE MIRANDA, precursor de OVÍDIO, sempre reconheceu a entidade do direito material de cautela, tanto que enfatizava que *além da pretensão à tutela jurídica à segurança (ação processual), existia direito (material) e ação (ação material – lide) cautelar*.⁴⁵⁴

Enfim, considerando esse direito de cautela como fundamento da pretensão

⁴⁵⁴ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo XII, p. 499.

material cautelar, que legitima a pretensão processual à ação cautelar (pretensão à tutela jurídica cautelar ou de segurança) e, assim, dá configuração à lide cautelar, cuja solução reclama por provimentos cautelares peculiares quanto ao modo de sua formação, quanto ao seu conteúdo, quanto aos seus efeitos naturais e quanto às especiais eficácias que recebe do ordenamento jurídico quanto à estabilidade dos provimentos e seus efeitos, pode-se concluir: *trata-se de um direito substancial, subsidiário, que autoriza a atuação autônoma do 'fumus' em situação de urgência qualificada pelo 'periculum damnum irreparabile', para preservar ou resgatar a idealidade de interesses relevantes correlativos finalisticamente ao 'fumus' ou instrumentalmente dependentes da atuação do 'fumus' para obter proteção. Trata-se de um direito atípico, que é o substrato da pretensão material cautelar, que legitima a pretensão à ação processual cautelar, mediante tutela jurisdicional residual, que exige cognição especial e discricionária dos pressupostos, para produzir medidas caracterizadas: a) pela temporariedade estrutural e funcional; b) pela fungibilidade na adequação de medidas conservativas ou antecipatórias; c) pela limitação dos efeitos naturais à medida da suficiência ou da estrita necessidade para afastar a situação de perigo; d) pela variabilidade do conteúdo e efeitos consoante a variabilidade das circunstâncias quanto ao 'fumus' e 'periculum'; e) pela instabilidade do provimento sujeito à cessação de eficácias enquanto perdura a situação cautelanda; f) pelas eficácias da declaração do status de 'fumus in periculum' e principalmente pela mera mandamentalidade ou mera executividade dos provimentos; g) pela satisfatividade dos provimentos em relação à pretensão cautelar, prevenindo ou assegurando a idealidade da situação cautelanda enquanto perduram as situações de 'fumus' e 'periculum'; h) pelo condicionamento a outros e eventuais temperamentos complementares do direito positivo.*

8. Antecipações na cognição sumária de direitos e na tutela cautelar

Os processualistas clássicos, à semelhança de CALAMANDREI e de CARNELUTTI, sempre incluíram as medidas conservativas e antecipatórias no gênero cautelar, porque enfatizavam as convergências. Além dos fundamentos genéricos assentados no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*, equiparado na verdade à *periculum damnum*, apontavam as características comuns como a da temporariedade ou provisoriedade, da fungibilidade, variabilidade e mandamentalidade dos provimentos; sumariedade da cognição e do procedimento. Além dessas peculiaridades, haveria ainda em comum aquele malfadado fim da suposta instrumentalidade da função provisória para com a função definitiva.

Desde CHIOVENDA já se enfatizava que havia que se distinguir entre as medidas antecipatórias sumárias das medidas antecipatórias cautelares, porque se achavam submetidas a regimes jurídicos diversos. As medidas sumárias. Segundo já anotava CHIOVENDA, pertenciam à tutela de cognição e se destinavam, portanto, com seus procedimentos abreviados e inversão do contraditório, à realização de direitos subjetivo, através de provimentos que buscavam a estabilidade. Nesse rol incluía os procedimentos injuncionais e monitórios, sob a denominação geral de *declarações com predominante função executiva*.⁴⁵⁵

As medidas cautelares, embora qualificadas como conservativas, em face do escopo de evitar na medida do possível a ruína dos interesses plausíveis, em situações de urgência, também se compadeciam com providências de conteúdo satisfativo, tanto que CHIOVENDA relacionou entre os casos de medidas cautelares as liminares nos casos de nunciação de obra nova, expedidas em face das alegações de *fumus* e de perigo de dano irreparável, mediante provimentos temporários, porque ditados somente para responder à uma *necessidade efetiva e atual de afastar o perigo de dano* aos interesses plausíveis.⁴⁵⁶ Na locução afastar o dano e preservar o objeto de uma pretensão material, CHIOVENDA, na

⁴⁵⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 1, p. 237.

⁴⁵⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. Cit.*, p. 274 e 279.

verdade deixava claro que se compreendida também a função de resgatar a integridade do objeto do interesse plausível que porventura tivesse sido danificado, donde a visualização das antecipações cautelares, sem compromisso com definição e realização de direitos, pois afinal o poder jurídico de pedir providência cautelar haveria de existir autonomamente, o que consistia na finalidade última da função cautelar, que não dependia, mas não inibia o conhecimento em um processo de cognição exauriente sobre o mesmo interesse visando uma decisão estável e definitiva.⁴⁵⁷

A maioria dos processualistas tradicionais, fieis seguidores de CALAMANDREI, como anuncia OVÍDIO, optou por conferir às medidas cautelares aquele escopo de tutelar o processo principal e apenas mediamente incidir sobre o direito subjetivo através do processo principal. Mas nem por isso deixaram de contemplar medidas cautelares inovativas ou antecipatórias, que satisfaziam interesses plausíveis em situações de urgência, sob o pretexto de se estar cooperando para a eficácia de um provimento cognitivo sobre os mesmos interesses. Ocorreu que essas medidas cautelares, fosse conservativas, fossem antecipatórias, eram consideradas como tendo sido também produzidas em uma cognição sumária, a qual, entretanto, nada tinha nada a ver com os provimentos de cognição sumária, que constituem variantes da tutela cognitiva, definindo e realizando direitos subjetivos presumidos como certos.

Em face da dependência ontológica que se quis estabelecer entre processo cautelar e processo principal, acabou-se por confundir tudo, desde a identificação do objeto ou da lide cautelar até o tipo de cognição que se exerce. Ao estudar a tutela cautelar, segundo a concepção dogmática, é preciso estar atendo para discernir se os conceitos está sendo visualizados em uma prisma endoprocessual (no interno da função cautelar), ou então em um prisma pan-processual, vale dizer, sob a ótica do que sucede no processo dito principal, que absorveria a função acessória ou dela se servira.

Sob o aspecto endoprocessual (no interno da função cautelar), *fumus boni*

⁴⁵⁷ Chiovenda, Giuseppe. *Op. Cit.* p. 273

iuris e periculum in mora correspondem inegavelmente à causa de pedir que anima a formulação de um pedido cautelar de determinado conteúdo. O juiz, ao decidir sobre esse objeto litigioso resolve o mérito do processo cautelar, com provimentos temporários e instáveis, fungíveis. Sob o aspecto endoprocessual há certamente a atuação do *fumus* para atender interesses materiais da parte. Ainda sob o aspecto endoprocessual, interno, a atividade do juiz, embora intelectual, teórica, propiciando atividades satisfativas, não se confunde com cognição, enquanto o provimento cautelar (liminar ou sentença) não tem compromisso com a definição de direitos subjetivos em outro processo, em outra lide. Sob o aspecto endoprocessual, não se pode cogitar de cognição propriamente dita, nem de suas variantes, como a cognição sumária, porque se está diante de um terceiro gênero de processo, que não define direitos, sequer por presunção, tanto que seus provimentos são temporários e instáveis.

Todavia, como não se logrou perceber, na fase dogmática, que o *fumus* podia ser considerado autonomamente um bem jurídico, objeto de proteção para fins de atuação enquanto *fumus*, exigiu-se o nexo de dependência a outro processo e com essa dependência surgiu uma visão pan-processual do fenômeno cautelar, que confundiu seus pressupostos, seu objeto, seu fim. Nessa visão pan-processual, o objeto da tutela cautelar passa a ser a proteção ao processo definitivo para colaborar com a atuação do direito subjetivo a ser definido ou realizado através dos provimentos definitivos, notadamente, o provimento cognitivo – o que nem sempre ocorre. Dessa inter-relação de lides, vinculadas pan-processualmente pelo nexo acessório-principal, surge a noção de que na função cautelar se exerce também uma cognição sumária sobre o direito subjetivo, quando, não obstante, o direito subjetivo somente será objeto de cognição propriamente dita no processo dito principal, quando houver.

Todavia, desde que se passa admitir que a tutela cautelar não guarda esse nexo ontológico de dependência, não há que se falar em cognição sumária quando se atua somente *fumus* em face de uma situação de perigo de dano irreparável. Por isso, as medidas cautelares, sejam conservativas, sejam

antecipatórias, jamais poderão ser confundidas com medidas de cognição sumária.

Enfim, contrariando a lógica, o *fumus* não era considerado um bem juridicamente protegido para ser atuado de modo autônomo pelo ordenamento para permitir a salvação de interesses periclitantes relevantes. O bem juridicamente protegido, aleatoriamente, eventualmente) seria então a própria atividade jurisdicional e, via reflexa, o provimento definitivo de um processo principal que não guarda correlação necessária com o provimento antecedente. *Esse é o grande problema, que foi mal resolvido pela dogmática tradicional.*

E esse continua sendo um problema tormentoso em plena fase instrumentalista, quando se pretende atribuir a todas as medidas que antecipam efeitos, a feição de medida de cognição sumária, na perspectiva de que a partir do momento em que se relativizou o isolamento das funções processuais, para permitir no curso de um processo de cognição exauriente a incoação, até mesmo, de pedidos residuais de tutela de urgência urgentíssima, com base nos pressupostos genéricos de *fumus* e de *periculum damnum* (artigo 273, II e artigo 461, § 3º), está-se pedindo apenas cognição sumária sobre o interesse plausível para presumi-lo como direito subjetivo e assim realizá-lo totalmente até ser elidida a presunção pelo provimento de cognição exauriente que estaria então incidindo sobre a mesma lide.

Não se está dando a devida conta ao fato de que os pedidos de tutela de urgência, motivados nas alegações de *fumus* e de perigo de dano irreparável, configuram sempre outra lide, porque a situação de perigo, absolutamente atípica, que não se vincula a fatos da lide previamente valorados pelo legislador e freqüentemente se reporta a fatos externos ou a outros interesses periclitantes que dependem a atuação instrumental do *fumus* para a sua salvação, não são elementos da causa de pedir da lide cognitiva, mas da lide cautelar, residual, não se podendo pois continuar afirmando que se trata, nesses casos (inciso I, do artigo 273 e § 3º do artigo 461), de antecipação mediante cognição sumária, nem mesmo de uma cognição sumaríssima, desde que discricionária.

E mais tormentosa se torna essa problemática, quando se visualiza esses tipos de tutela pelo ângulo das medidas conservativas, o que suscita vários questionamentos. Se o perigo de dano irreparável é suficiente para satisfazer, então porque subsistem as medidas conservativas? Ao invés do seqüestro não estaria o autor autorizado a pedir desde logo o provimento sumário satisfativo que presumindo o seu direito de propriedade lhe assegurasse de pronto usar e gozar na medida do possível (não do suficiente) de todas as utilidades que a coisa lhe oferece? Ao invés do arresto não seria desde logo admissível expedir provimento sumário em favor do credor determinando ao devedor o pagamento da dívida, com imposição de multa diária, possibilitando desde logo a execução provisória do provimento sumário executivo *lato sensu*?

Por outro ângulo, ressalvadas essas cautelares conservativas por excelência, como é o caso das medidas de arresto e de seqüestro, não há um critério idôneo, sedimentado, uniforme para distinguir exatamente se uma medida é conservativa ou satisfativa, como ocorre freqüentemente com os casos de *sustação de protesto*.⁴⁵⁸ Subsistem dúvidas se as medidas de efeitos negativos em relação aos pedidos declaratórios ou constitutivos são conservativas ou satisfativas, tais como a suspensão da inexigibilidade de um pagamento, de um contrato, de uma licitação! E uma medida alternativa se enquadra no conceito de antecipatória ou de conservativa? Diante de uma ação ordinária movida por um empresa para obter a declaração de inexistência de débito previdenciário, na qual, incidentalmente, o autor formula um pedido de expedição de CND (certidão negativa de débito previdenciário) para poder participar de uma licitação da qual está sendo julgado inabilitado, poderá o juiz admitir esse pedido como de antecipação parcial dos efeitos do pedido inicial, como integrante da mesma lide e congruente? Ou, ainda, poderá o juiz, ao invés de determinar ao réu a expedição da CND munir o requerente de um alvará para continuar participando da licitação enquanto não decidir a causa principal em cognição

⁴⁵⁸ Sobre a controvérsia acerca da natureza da sustação de protesto na jurisprudência, vide *infra*, nota do item 20 da Parte II.

exauriente?

E mais se agrava a situação quando se constata que a maioria dos processualistas está propensa a admitir que há sumarização do direito subjetivo em face da atuação do *fumus*, em razão do *periculum damnum irreparabile*, genericamente enunciados pelo legislador, a despeito da situação de perigo ser externa à lide cognitiva e, muitas vezes, referível a outros interesses periclitantes, o que constitui, como se disse, uma agravante negativa para a cognição (definição de direitos), pois se aumenta o objeto cognoscível.⁴⁵⁹

Na ênfase de enaltecer a reforma do Código, generalizando a concepção de que todas as liminares ou medidas interinais embutidas nos artigos 273 e 461 do Código são de antecipação sumária, fica sem explicação a previsão, contida nos § 4º do artigo 273 e § 3º do artigo 461, quanto ao regime da modificação, substituição, temporariedade e revogação dessas medidas a qualquer tempo, o que se compadece com o regime tradicional da instabilidade e adequação das medidas cautelares, que atuam apenas com base na aparência de um direito..

BARBOSA MOREIRA comentando sobre as medidas cautelares e antecipatórias, em 1995, prenunciando todos esses problemas que estavam ocorrendo sobre as tentativas de transmutar todas as medidas antecipatórias em medidas sumárias de antecipação de direitos subjetivos, já havia advertido que tinha dúvidas sobre se valia a pena insistir na preocupação de traçar uma linha divisória, absolutamente rígida, para separar *cautela de antecipação provisória de urgência*, anotando que nem sempre as distinções refletem contraposições e que a experiência da distinção rigorosa de institutos, como a separação quase absoluta de tipos de processos que se imprimiu na sistemática do Código de Processo Civil, revelou afinal uma preocupação metodológica discutível, senão

⁴⁵⁹ Esse dado por si só evidencia que há uma constante imprevisibilidade dos elementos que devem integrar a lide cautelar, o que justifica a sua natureza residual e o regime jurídico peculiar, caracterizado pela fungibilidade, variabilidade, temporariedade e instabilidade das medidas, concedidas na medida da necessidade ou suficiência para manter a idealidade dos interesses periclitantes, não importando na antecipação de todos os efeitos pertinentes ao direito presumido, como se dá nas cognições sumárias.

francamente equivocada⁴⁶⁰.

Afinal, apesar das tentativas insistentes da doutrina recente em confinar à cautelaridade apenas as medidas conservativas, constata-se que as maiores convergências se dão entre medidas conservativas e antecipatórias, passíveis de fungibilidade⁴⁶¹ e que são dadas em regime de urgência urgentíssima, com avaliação discricionária de *fumus* e *periculum damnum*, com provimentos variáveis e instáveis, do que entre essas medidas antecipatórias discricionárias e de urgência qualificada com as antecipações sumárias regradas, pois aquelas acabam se submetendo necessariamente ao regime da cautelaridade.

E se assim é, não subsistem motivos para as resistências em isolar pelo conteúdo da providência e não pela função que exercem no sistema, as medidas conservativas e antecipatórias de mera verossimilhança e urgência qualificada. Aliás, a identificação de um regime único – cautelar - para essas medidas tende a eliminar as posturas radicais que não admitem na prática forense essa fungibilidade, como se fosse um pecado mortal essa familiaridade entre as medidas conservativas e antecipatórias nascidas da situação genérica e emergencial do perigo de ano irreparável, as quais coexistem sob o mesmo

⁴⁶⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil*. In: Revista de Processo, n. 81, p. 201.

⁴⁶¹ Diante da natureza subsidiária do direito de cautela e da natureza residual da função cautelar, não há como deixar de reconhecer no âmbito da cautelaridade a fungibilidade entre medidas conservativas e antecipatórias, para que o juiz possa, em situações de extrema urgência, que não foram previamente valoradas pelo legislador, decretar a medida adequada ao caso concreto. A propósito dessa questão CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA observou que o direito processual brasileiro se encontra em estágio mais adiantado do que o direito europeu-continental, porque no Livro III do CPC brasileiro já traçou o regime de cautelaridade, o que não ocorria em relação aos *provvedimenti d'urgenza* do art. 700 do CPC italiano, donde as perplexidades dos processualistas estrangeiros em distinguir o regime cautelar e o regime de cognição sumária – valendo notar que só com a Lei 353/90 é que se imprimiu aos *provvedimenti d'urgenza* o regime similar ao brasileiro, do Livro III do CPC. Daí a sua afirmação: “A meu ver, dentro do contexto específico da realidade brasileira, impõe-se realçar com mais força o valor da efetividade. O provimento cautelar, inclusive liminar, deve ser imitado, mesmo à custa de uma satisfação provisória, se a situação perigosa só pode ser evitada ou minimizada com a antecipação.” (*Efetividade e processo cautelar*. In: Revista de Processo, n. 76, p. 90).

regime há séculos (*arbor or vite*).⁴⁶²

ADROALDO FURTADO FABRÍCIO distingue *antecipações e antecipações*, com diferentes graus de celeridade e de certeza, enquanto há antecipações que são motivadas pela urgência qualificada e outras que atendem ao maior grau de *evidência*, baseada em dados objetivos. Tanto é assim que considera medida antecipatória sumária a liminar possessória, bem como as liminares que podem decorrer do abuso de defesa, consoante previsão do inciso II do artigo 273 do Código de Processo Civil.⁴⁶³

A reflexão criteriosa sobre as características que informam a tutela provisória de urgência, há de propiciar um exame de consciência, como fez ANTONIO CLAUDIO DA COSTA MACHADO, sobre os posicionamentos assumidos na fase interpretativa inaugural da reforma do Código de Processo Civil,⁴⁶⁴ quando se procurou sustentar, na esteira do pensamento de LUIZ GUILHERME MARINONI, a existência de diferenças fundamentais entre antecipação e cautelaridade, tanto que afinal concluiu pela existência, no âmbito das tutelas de urgência, das antecipações cautelares.

Há ainda que se ter em mente que quando LUIZ GUILHERME MARINONI escreveu sua revolucionária e quase pioneira monografia sobre o assunto, *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, isso se deu antes da reforma consumada em dezembro de 1994,⁴⁶⁵ sendo que nessa obra, à semelhança das posturas há muito tempo já assumidas por OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, propôs-se a enaltecer as virtudes das tutelas diferenciadas, praticamente inexistentes no Brasil, onde imperava o radicalismo às avessas, na consideração de que

⁴⁶² Vide *supra*, item 25 da Parte I.

⁴⁶³ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares. In: *Inovações do código de processo civil*, obra coletiva, org. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 11-12.

⁴⁶⁴ MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. Observações sobre a natureza cautelar da tutela antecipatória do art. 273, I, do CPC. In: *Reforma do Código de Processo Civil*, obra coletiva, coord. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Saraiva: 1996, p. 215-231.

⁴⁶⁵ *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

praticamente tudo que era diferenciado da ordinarização, tudo que era antecipado, seria cautelar. MARINONI, tal como OVÍDIO e muitos outros que lhe seguiram, enaltecera pois as virtudes da antecipação sumária do direito, chamando a atenção dos operadores do direito para uma mudança de mentalidade.

Na obra que publicou em 1995, após a reforma do Processo Civil, MARINONI analisou as antecipações de *lege lata*. Ainda assim não quis associar a modalidade de antecipação do inciso I, do artigo 273 com a tutela cautelar. Visualizou todas as antecipações como modalidades de tutela sumária do único direito subjetivo, primário, em lide, como se a incoação das tutelas antecipatórias no Livro I do *Processo de Conhecimento*, rompendo, é verdade, com o método da ordinarização absoluta e com o mito da *nulla executio sine titulo* (com o mito da busca da verdade absoluta), prenunciava desde logo um novo processo, que substituiria a neutralidade do juiz pela ética, que o estaria compelindo, desde a fase inaugural de um processo a romper com a ordinarização e promover a outorga, do modo mais imediato possível, da tutela adequada à pretensão material em concreto. Enfatizou pois as virtudes das antecipatórias em geral em face do tratamento obsoleto que o legislador dispensou às cautelares no Livro III, valorizando a nova técnica da antecipação: a técnica da cumulação, a técnica da verossimilhança e a técnica que permite a produção imediata de efeitos, notadamente efeitos executivos. Em face dessas virtudes da antecipação e da perspectiva ideológica, inconformista com a dogmática, repele a subsunção das medidas antecipatórias ao regime das cautelares. Lá (Livro I), tutela sumária do direito aparente, cá (Livro III), apenas cautelares.⁴⁶⁶

A postura de MARINONI há quer entendida como adesão ao inconformismo dos processualistas brasileiros com a situação caótica da ordinarização, podendo-se mencionar dentre eles KAZUO WATANABE, OVÍDIO

⁴⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação de tutela na reforma do Processo Civil*.

BAPTISTA DA SILVA e ADA PELEFRINO GRINOVER. Essa postura inconformista tem se revelado decisiva para uma mudança de mentalidade na avaliação do processo civil, pugnando incansavelmente pela adoção de tutelas sumárias, aptas a impedir a lesão a direitos, inclusive aos direitos absolutos da personalidade, donde o relevo da magnífica obra de MARINONI, intitulada *Tutela inibitória*.⁴⁶⁷

Ainda assim, cabe revelar que, a despeito do prestígio que é de se conferir às antecipações em geral, não se pode comprometer o sistema processual brasileiro, baseado no Código de Processo Civil e que, bem ou mal, é o método balizador da atuação dos interesses em lide. Os remendos que sofreu e que vem sofrendo através de mini reformas não o desnaturaram por completo. Relativizou-se a ordinarização, e com isso, culminou-se por relativizar a estrutura rígida do processo de conhecimento, além de imprimir algumas alterações funcionais e até substanciais, sintetizadas praticamente nas novas redações aos artigos 273, 461 e 1.102 do diploma processual.

Nem por isso se pode afirmar categoricamente que não existe mais cautelares antecipatórias. Elas existem, como sempre existiram, com sua natureza residual e submetidas a um regime próprio, diverso das antecipações sumárias dos direitos subjetivos.

Essa diferença de regime entre medidas antecipatórias continua válida para a correta identificação da função e da das condições a que se submetem as respectivas providências.

Não se pode dizer, objetivamente, que a reforma ocorrida 1994 ficou aquém das expectativas dos processualistas de vanguarda. Ao contrário, pois impõe-se reconhecer que os dispositivos dos artigos 273 e 461 são polivalentes permitindo tutelas diferenciadas das mais variadas e genéricas possíveis, pela inovação de técnicas cautelares, pela inovação de situações legitimantes para cognição sumária e até mesmo para antecipar provimentos de cognição

⁴⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

exauriente e tantos outros atos processuais, além da admissão dos provimentos definitivos com eficácias mandamentais no âmbito do procedimento comum. .

Realmente, paralelamente às técnicas inovadoras e salutares de antecipação cautelar, do inciso I, do artigo 273 e do § 3º, do artigo 461, convive a tutela cognitiva que permite a antecipação genérica do inciso II do artigo 273, a qual pode dinamizar as mais variadas situações de antecipação cognitiva, seja para os fins da cognição sumária que podem alcançar e agilizar infinitas pretensões, seja para os fins da cognição exauriente com julgamento antecipado atípico ou mesmo julgamento parcial da lide, seja para o fim de antecipar atos processuais, negar ou imprimir *ope legis* efeitos suspensivos aos recursos.

E, hoje, após as perplexidades iniciais, é possível admitir, sem qualquer violência ao sistema normativo, que o fim da tutela cautelar, enquanto essa for identificada como tutela subsidiária, temporária, de urgência urgentíssima ou de urgência qualificada, é o de atuar autonomamente sobre *fumus* quando através dessa atuação puder salvar interesses relevantes da situação de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

9. Medidas cautelares conservativas e antecipatórias: espécies do mesmo gênero

Mesmo antes das inovações trazidas no trato das medidas antecipatórias com a reforma dos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA sempre se destacou pelo seu empenho em distinguir e mesmo distanciar do gênero cautelar as espécies de medidas antecipatórias. Ainda assim foi quem mais contribuiu para atribuir à função cautelar uma autonomia substancial.

Reputou cautelares apenas as medidas conservativas de possíveis direitos, que não declaram a certeza de direito e tampouco satisfazem um direito subjetivo, ainda que por presunção de certeza. Os provimentos conservativos

corresponderiam pois à função cautelar, absolutamente autônoma, na essência, em relação às demais funções processuais, enquanto vocacionada a instrumentalizar apenas o direito material de cautela, subsidiário, através de lide própria, na sede residual da tutela jurídica cautelar ou de mera segurança.

Já as medidas antecipatórias corresponderiam a uma forma de tutela sumária do direito subjetivo ou primário em lide (que não o de cautela) e, se houvesse que ser feito um enquadramento dessas medidas em uma categoria tradicional quanto aos tipos de processo, deveriam ser incluídas, segundo OVÍDIO, no âmbito do processo de execução, porque, sendo ele absolutamente avesso padrão da ordinarização - que se notabiliza pelo isolamento das funções processuais -, enfatiza a importância das tutelas diferenciadas mediante *ações sincréticas*, as quais, comportando eficácia executiva, sobrepõe essa eficácia à da mera declaração de certeza de direitos, ainda que pelas técnicas da sumarização ou da mera verossimilhança.⁴⁶⁸

Sob essa perspectiva e, repita-se, antes das alterações havidas no diploma processual, OVÍDIO apontava as diferenças das medidas antecipatórias em geral comparativamente às medidas cautelares (conservativas), destacando: que as antecipatórias decorrem do *periculum in mora* genericamente considerado e não de uma situação especial de perigo de dano irreparável como as cautelares; que as antecipatórias incidem sobre um direito primário em lide que é objeto de sumarização e não sobre uma lide cautelar que instrumentaliza o direito de cautela; que o provimento antecipatório é satisfativo, porque adianta os efeitos executivos para a realização do direito (subjetivo ou primário) em lide, ainda que seja retido o conteúdo de declaração ou de certeza jurídica até a desejada convalidação, enquanto que o provimento cautelar, sem compromisso com a certificação e realização do direito, apenas preserva um direito aparente que outra coisa não é senão *fumus*, sem nota de *executividade*. E executividade, para OVÍDIO importa em transferência de titularidade ainda que provisória sobre as

⁴⁶⁸ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v. 2, p. 23-24.

utilidades, bens ou vantagens que os interesses em conflito encerram, vindo daí as suas constantes referências a PONTES DE MIRANDA para anotar que nas antecipatórias existe adiantamento da *execução para segurança* da pretensão (em face do *periculum in mora*), enquanto que nas cautelares existe apenas medida de mera *segurança para execução* oportuna do eventual direito (em face do *periculum damnum irreparabile*); que as medidas antecipatórias, sim, são provisórias, porque seus efeitos tendem a durar até que sobrevenha a eficácia definitiva, declaratória, enquanto que as medidas cautelares são temporárias e não provisórias, porque devem durar até que cesse a situação de perigo em torno do direito provável que apenas preservam.⁴⁶⁹

As observações de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA traduzem seu compromisso histórico, com as origens mais remotas desses institutos, e sua sintonia com o pensamento de PONTES DE MIRANDA quanto a critérios de classificação de tutelas ou ações. Não se atêm ao sistema processual brasileiro como parâmetro para estabelecer as suas conceituações e classificações, que bem poderiam orientar um novo sistema.

Todavia, ainda que sejam respeitadas as características peculiares aos provimentos conservativos e aos antecipatórios em geral, não se apresenta insuperável o agrupamento da tutela conservativa com um tipo determinado de tutela antecipatória de urgência, em sintonia com o ordenamento processual brasileiro que é a base que se tem para orientar a tutela jurisdicional de interesses em conflito.

E o nosso ordenamento admite antecipações sumarizadas de direitos, que são regradas quanto aos pressupostos, levando em conta fatos da própria lide cognitiva ou do respectivo processo, dispensando a discricionariedade judicial ou indicando suficiência de elementos probatórios fora das condições inesperadas de perigo de dano irreparável.

As distinções apontadas por OVÍDIO se enquadram perfeitamente para

⁴⁶⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. *Teoria da ação cautelar*. In: Revista de Processo, n. 59, p. 187-200.

estabelecer a distinção entre medidas cautelares e antecipações mediante cognição sumária do direito subjetivo.⁴⁷⁰ Com todo o respeito e admiração que se deve ter para com o ilustre professor, processualista e jurista gaúcho, tem-se que admitir que a distinção apontada entre *segurança para execução* e *execução para segurança*, se presta tanto para distinguir as medidas conservativas das medidas antecipatórias cautelares no plano endoprocessual, estritamente cautelar, como para distinguir as medidas cautelares em geral (conservativas e antecipatórias) das medidas de antecipação sumarizada do direito, isso no plano *pan-processual*. Tudo depende do referencial, se correspondente ao direito de cautela subsidiário ou ao direito subjetivo primário: pois se for valorizado o dado de que no âmbito cautelar existe uma outra lide, animada por um direito de cautela ter-se-á que admitir que em face da fungibilidade intrínseca dos seus provimentos, esses, podem antecipar efeitos com base em *fumus e periculum damnum*, comportando assim a *execução para segurança* do interesse plausível.

Na verdade, não se pode negar que existe uma relatividade entre os conceitos de conservação e antecipação, porque esses conceitos foram forjados tomando como padrão um provimento de cognição, em tutela primária, com vistas a assegurar ou satisfazer um direito subjetivo primário (concepção tradicional), não se levando em conta que, no âmbito cautelar, há outra lide, animada por um outro direito, que é o de cautela, e que para a solução desta lide se reclama, autonomamente, por medidas adequadas, suficientes, necessárias para afastar a situação emergencial de perigo de dano irreparável a

⁴⁷⁰ OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA reportando-se a PONTES DE MIRANDA observa que “quando se antecipa execução, satisfaz-se por antecipação, atende-se desde logo, a pretensão, o que significa mais do que dar-lhe simples proteção cautelar” (*Do processo cautelar*, p. 38-60). OVÍDIO freqüentemente se socorre dos ensinamentos de PONTES DE MIRANDA, utilizando-se das locuções *segurança para a execução* e *execução para a segurança*, para distinguir entre medidas conservativas e antecipatórias. Conquanto as referidas locuções forneçam de modo eloqüente a diferença entre conservar e antecipar, nem por isso parece que possa considerar essa distinção suficiente para impedir que medidas conservativas e antecipatórias possam ser enquadradas como espécies do mesmo gênero, notadamente quando se leva em conta que as antecipações atípicas não trazem em si sequer o germe da presunção de certeza de um direito subjetivo para se cogitar de autêntica execução.

um interesse plausível, cujas medidas tanto poderão assumir uma feição conservativa como antecipatória.

Os conceitos de medidas conservativas e antecipatórias foram construídos sob uma avaliação *pan-processual*, que leva em conta a possível situação jurídica do interesse atuado cautelarmente, não mais como *fumus*, mas como direito subjetivo em face de outra lide, outra tutela, ainda que no mesmo organismo processual. Ademais, uma medida meramente conservativa, tanto quanto uma medida antecipatória, podem atingir exatamente o mesmo objetivo nessa visão *pan-processual*: enquanto satisfazem sempre a pretensão cautelar, exorcizando a situação de perigo em torno dos interesses plausíveis, limitam-se a assegurar a idealidade do possível direito subjetivo, na medida da necessidade, sendo que o conteúdo e os efeitos da medida cautelar estão condicionados ao estado da situação cautelanda: ora comporta apenas prevenção de um interesse, ora exige realização parcial, ora realização total do interesse, ora comporta uma providência alternativa ou equivalente, reputada suficiente para exorcizar a situação de perigo.

Tanto é assim que uma medida conservativa do *fumus* pode ser indispensável instrumentalmente para antecipar satisfação de outro interesse ameaçado de dano irreparável, assim como uma medida antecipatória do *fumus* pode ser indispensável para prevenir apenas outro interesse vital em situação de perigo. Instrumentalmente ou finalisticamente a função cautelar combina medidas conservativas e antecipatórias, nas situações que lhe são peculiares. Como se disse, as situações cautelares são residuais, inimagináveis, caracterizadas por uma situação de perigo de dano irreparável a interesses juridicamente relevantes, ainda que os interesses relevantes periclitantes não coincidam com o *fumus* que se quer realizar instrumentalmente, seja através de medidas conservativas, antecipatórias, inibitórias, alternativas, específicas.

Com efeito, o ordenamento processual brasileiro contempla, além de medidas conservativas, medidas antecipatórias, ditadas em situações de urgência qualificada, para tutelar o *fumus*, cujas medidas exigem avaliação absolutamente

discricionária do juiz sobre os pressupostos, sendo temporárias, sem aspirar a definitividade ou estabilidade com as eficácias da declaração ou presunção de certeza, aspirando, isso sim, por *medidas adequadas e suficientes para afastar a situação de perigo iminente*, como se extrai dos artigos 798 e 805, do Livro III e, ainda, após as reformas, consoante se extrai do inciso I, do artigo 273 e parágrafos, do Livro I, do Código de Processo Civil. Essas medidas instrumentalizam, não o direito subjetivo primário, mas o direito de cautela, subsidiário, cuja entidade é plenamente reconhecida pelo próprio OVÍDIO.

Ora, as medidas adequadas, suficientes, parciais, precárias, instáveis, mesmo porque decorrem de uma situação de perigo de dano irreparável, geralmente transitória, decretadas apenas sobre *fumus* (uma situação jurídica que tende a ser igualmente transitória posto que, oportunamente, haverá de se converter em situação jurídica positiva quanto à existência de direito subjetivo positivo ou, ao contrário, em situação jurídica negativa da existência do direito subjetivo), podem tanto corresponder a medidas conservativas, como a medidas que antecipam efeitos satisfativos do *fumus* apenas para afastar a situação de perigo e manter, na medida da necessidade, a idealidade dos interesses periclitantes, até que possa se converter em situação jurídica positiva ou negativa de direito subjetivo primário.

A causa de pedir dessas medidas adequadas e suficientes, conservativas ou antecipatórias, inclui o *periculum damnum* e a alegação de *fumus*, não a alegação de direito subjetivo que deva ser sumarizado, tanto que o pedido é de atuação do *fumus*, ainda que satisfazendo, total ou parcialmente a interesses periclitantes e relevantes juridicamente, se não houver outro meio, menos gravoso, para se garantir a idealidade dos interesses periclitantes. Esses dados revelam suficientemente que se está diante de uma lide inconfundível com a lide cognitiva que admite sumarização.

Não se pode negar que houve uma comistão no Código de 1973 quanto à disciplina das medidas cautelares e de cognição sumária. Mas o fato é que o legislador reformista de 1994 culminou por realizar também uma comistão,

porque disciplinou no inciso I do artigo 273 e no § 3º do artigo 461, modalidades de antecipação cautelar, em face do especial *periculum damnum irreparabile*, em tudo similares às antecipações cautelares que já se imiscuíam no Livro III, enquanto que no inciso II do art. 273 idealizou outras modalidades de antecipação, que, essas sim, não apresentam natureza cautelar, podendo ser qualificadas como espécies de tutelas sumárias ou tutelas de cognição sumária do único direito em lide. E mais, sem qualquer ressalva, que deve ficar por conta do intérprete, o § 4º do artigo 273 e o § 3º do artigo 461, reportam-se apenas ao regime jurídico da cautelaridade no que respeita às características dos provimentos interinais, notadamente quanto variabilidade.

Por outro lado, não se pode negar que existem diferenças entre medidas cautelares conservativas e medidas cautelares antecipatórias, embora nem sempre seja fácil estabelecer essa distinção nos casos concretos. Não se trata, porém, de diferenças substanciais, qualitativas, mas de diferenças quantitativas e circunstanciais quanto ao grau de proteção e quanto à adequação da medida ao caso concreto. Tanto é assim que se admite, como sempre se admitiu, na doutrina e na jurisprudência, inclusive com remissão ao referido artigo 798 do próprio Código de Processo Civil, a *fungibilidade de conteúdo entre medidas cautelares conservativas e antecipatórias*, o que acaba por importar na admissão de uma *fungibilidade de técnicas* para a decretação de medidas cautelares conservativas ou antecipatórias.⁴⁷¹ E nem poderia ser diferente, porque somente após as avaliações das concretas razões que informam o *periculum damnum* e o *fumus boni iuris* é que o juiz poderá decidir qual a medida realmente adequada ao caso concreto, pois como se sabe, em tema cautelar, não importa tanto o tipo de pedido, mas a causa de pedir, para se promover a adequação exigida pela lei.

Quanto as diferenças entre as medidas cautelares conservativas e antecipatórias, pode-se adiantar que realmente são circunstanciais, o que não

⁴⁷¹ Sobre a fungibilidade de técnicas, vide *infra*, item 20 da Parte II.

compromete, pois, a submissão dessas medidas como espécies do gênero cautelar. O critério da adequação e da suficiência é que indicará no caso concreto a medida que deve ser decretada.

Desde logo convém advertir que será equívoco pensar que as medidas conservativas dispensam atos materiais, executivos, enquanto que as antecipatórias, se caracterizariam pela prática desses atos ao cumprir a função de afastar o perigo em relação aos interesses idealmente plausíveis, juridicamente (*fumus*). Na verdade tanto as medidas conservativas como as antecipatórias cautelares podem preservar em, maior ou menor medida o *fumus* contra o perigo de dano, através de provimentos que tanto podem dispensar como exigir a prática de atos materiais ou executivos de cumprimento do preceito e, sob esse aspecto, pode-se dizer que os provimentos cautelares em geral podem ser tanto mandamentais como executivos. E não se pode considerar inadequado falar em ato executivo ou em execução em relação a um provimento cautelar, porque são fundados em um direito de cautela, que comporta execução cautelar e até declaração quanto ao estado de *fumus in periculum*.⁴⁷²

E mais, uma medida cautelar meramente conservativa pode muitas vezes ser mais constrictiva aos interesses da contraparte do que uma medida cautelar antecipatória. O arresto, v.g., que é uma medida conservativa, que exige, entretanto, atos executivos materiais e provoca restrições sobre os direitos de propriedade da contraparte diante da arrecadação de bens. Já uma medida cautelar que autoriza, com base em *fumus e periculum*, o sócio que supostamente era inadimplente a votar na eleição para os membros do conselho

⁴⁷² OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, sempre fiel às origens dos institutos processuais, vincula-se a elementos de direito material para conceituar as sentenças executivas *lato sensu*, tanto que admite essa categoria apenas quando ocorre um ato material de transferência de valor do patrimônio do demandado para o patrimônio do autor e, enquanto entende que as medidas cautelares são apenas conservativas e não podem satisfazer, para elas subsistiria apenas a característica da mandamentalidade. (O processo civil e sua recente reforma. In: *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, obra coletiva, coord. TERESA CELINA ARRUDA ALVIM WAMBIER, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 421-422).

fiscal de uma entidade esportiva ou beneficente, certamente será menos gravosa do que aquela do arresto, além de não exigir propriamente atos executivos, por comportar apenas mandamento para fins de execução. Isso naquela perspectiva de classificar as providenciais mandamentais e executivas consoante os meios sejam simplesmente coercitivos ou possam ser sub-rogatórios para obter o cumprimento da medida em caso de haver recusa ou resistência do destinatário.

E desde que se está cogitando, ainda que incidentalmente de eficácias jurídicas, convém notar que os provimentos que concedem medidas cautelares, sejam conservativas, sejam antecipatórias, jamais coincidirão, no plano das eficácias jurídicas, com os provimentos de outras lides, inclusive com os provimentos antecipatórios emitidos em cognição sumária para a presunção de certeza jurídica.

No âmbito cautelar, porém, não há como se estabelecer diferenças quanto às eficácias jurídicas incidentes sobre os provimentos conservativos e antecipatórios, porque, nesse aspecto, ambos representam um *minus* em relação aos provimentos antecipatórios sumarizados. Os provimentos cautelares, situam-se no grau mínimo da aparência, o que não lhes confere a estabilidade da presunção de certeza que deve ser elidida por um provimento de cognição exauriente, ficando sujeitos a variações com o variar das circunstâncias pertinentes ao *fumus* e ao *periculum*, tornado-se passíveis de modificações no âmbito da própria cautelaridade.

Já os provimentos de cognição sumária, regrados, recebem como se disse a eficácia peculiar à presunção de certeza, até que essa presunção seja elidida, no mesmo ou em outro processo, consoante se trate de provimentos interinais ou finais. Ficam ressalvadas obviamente as possibilidades de revisão mediante recursos e, excepcionalmente, em face de medidas cautelares atípicas. Esses provimentos, porque não recebem a eficácia da declaração de certeza peculiar aos provimentos de cognição exauriente, somente podem adiantar efeitos, não eficácias: adiantam os efeitos práticos, meramente executivos, não os efeitos de

jurídico-formais (ou as eficácias normativas, declaratórias).⁴⁷³

O provimento cautelar não declara, nem presume certeza sobre direito subjetivo.⁴⁷⁴ O seu conteúdo declaratório pode se limitar apenas a declarar o estado de *fumus in periculum*, ou seja, de direito aparente, como já insinuava UGO ROCCO e como enfatiza OVÍDIO.⁴⁷⁵

Aos diferentes graus entre certeza e aparência jurídica que o ordenamento estabelece sobre as várias tutelas, considerado o modo de formação, corresponde diferentes regimes jurídicos. Pois não fosse assim, não haveria motivo para o estabelecimento de diferentes eficácias aos provimentos, consoante sejam cautelares, de cognição sumária ou de cognição exauriente.⁴⁷⁶

Outra diferença que se tem apontado entre as medidas antecipatórias e conservativas cautelares, é também circunstancial e ocasional. Diz respeito a existência ou não de uma *inter-relação de lides*, entre a lide cautelar e a lide não cautelar, que podem atuar sobre os mesmos interesses, sob diferentes pressupostos, com diferentes finalidades: atuando lá o direito de cautela e cá o direito subjetivo ou primário.

Sabe-se que a referibilidade de uma ação cautelar a uma não cautelar não é uma constante, pois existem casos em que é impossível até visualizar a ação e a lide não cautelar sobre os mesmos interesses, sob outros pressupostos, objeto e fim. Todavia, pode-se adiantar que quanto às medidas cautelares que antecipam

⁴⁷³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Medidas cautelares e medidas antecipatórias: : técnicas diferentes , função constitucional semelhante*. In: Revista de Processo, n.82, p. 63-68.

⁴⁷⁴ “Somente uma sentença que contenha mais *ordem* do que *juízo* (julgamento) poderá atender à exigência de uma forma de tutela processual onde se deva dar proteção a um direito apenas eventual, sem que o magistrado, portanto, ao protegê-lo, declare a sua própria existência, que dizer, sem que sobre o ato sentencial se produza coisa julgada” (SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 3, p. 64).

⁴⁷⁵ SILVA, Ovídio Baptista da. *Do processo cautelar*, p. 61-68.

⁴⁷⁶ A simples antecipação de efeitos pertinentes a interesses plausíveis sem a correspondente eficácia de presunção de certeza ou declaração de certeza, sempre representará um *minus*, no âmbito da tutela cautelar em relação ao que possa se dar na tutela cognitiva, seja de cognição sumária ou exauriente. (CUNHA, Alcides Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*, p. 147; ARAGÃO, Egas Moniz de. *Medidas cautelares inominadas*, p. 52-53).

efeitos do *fumus*, ainda que parciais, suficientes para afastar o perigo, o ordenamento brasileiro exige, que havendo de modo concomitante e constante o fenômeno da *inter-relação de lides* (lide cautelar e lide não cautelar), que se estabeleça o nexó de referibilidade processual entre os pedidos, donde a regra da dependência, que diante da autonomia funcional absoluta da tutela cautelar, apenas pode ser justificada segundo a concepção substancialista, *por razões de política processual*, levando em conta dados circunstanciais.

Com efeito, a dependência não se estabelece para justificar a existência e jurisdicionalidade da ação e do processo cautelar que são autônomos (pois fulminada de morte a concepção tradicional), mas para o fim de *condicionar a eficácia* do provimento cautelar a instauração do conflito já atual em torno do direito subjetivo incidente sobre os mesmos interesses. Há um interesse em precipitar-se a transitoriedade da situação cautelanda, com a propositura da ação cognitiva, não cautelar, porque se subsistir a situação de perigo e *fumus* até o momento da emanção do provimento definitivo, desvanecer-se-ão esses pressupostos se o provimento de mérito na cognição for de improcedência. A improcedência o provimento definitivo faz cessar o estado de *status*, tornando irrelevante daí para frente o perigo, ainda que a sentença esteja sujeita a recurso com efeito suspensivo, posto que esse recurso devolve a cognição para o fim da tutela primária, mas desde logo já se mostram incompatíveis com a manutenção do estado de *fumus*. Se for de procedência o provimento definitivo, cessa positivamente o estado de *fumus* para se transformar em situação jurídica pertinente a direito subjetivo, mantendo-se a medida somente se, persistindo a situação de perigo, houver recurso com efeito suspensivo da decisão, posto que nesse caso, permanece objetivamente o *status* de *fumus* não elidido pela declaração, ainda que sujeita à devolução da cognição para os fins da tutela primária.⁴⁷⁷ Se o recurso não tiver efeito suspensivo, a sentença cognitiva transmuda desde logo o estado de *fumus* em certeza, propiciando a completa

⁴⁷⁷ Sobre a temporariedade das medidas cautelares, consultar *infra*, item 17 da Parte II.

realização do direito subjetivo, cuja realização, em princípio, deverá superar a situação de perigo.

Concluindo, as medidas antecipatórias ditadas apenas com base em *fumus e periculum damnum irreparabile* possuem convergências com as medidas conservativas cautelares emanadas sob os mesmos pressupostos e que se submetem ao mesmo regime, o que sugere ou, mais do que isso, exige que sejam consideradas espécies do gênero subsidiário cautelar (não acessório, porque autônomo), em confronto das tutelas primárias.

10. Autonomia funcional e estrutural da lide cautelar: considerações sobre o *fumus e periculum* na identificação da situação cautelanda

Quando se tratou da problemática da lide que anima a tutela cautelar⁴⁷⁸ enfatizou-se o dado de que não há processo sem lide, entendendo-se por lide o pedido deduzido em juízo, ou seja, o conteúdo ou objeto da tutela jurisdicional. Isso importa dizer que não existe atuação de tutela jurisdicional em concreto que não incida sobre uma lide.

Por isso mesmo, as medidas jurisdicionais cautelares, sejam conservativas, sejam antecipatórias, decorrem sempre de um direito de cautela subsidiário, que fundamenta a pretensão material cautelar, e que dinamiza a ação cautelar (pretensão processual à tutela jurídica cautelar residual), através de cuja ação a pretensão material cautelar se projeta no processo como *lide cautelar*.⁴⁷⁹

⁴⁷⁸ Vide *infra*, n. 28 da Parte I.

⁴⁷⁹ “Aliás, a Constituição de 1988 põe em relevo a amplitude da tutela cautelar, ao consignar que a ‘lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV). Se a apreciação jurisdicional se obtém mediante a ação e se a ação é um direito abstrato, tem-se que a lei não excluirá da apreciação jurisdicional lesão ou ameaça a um direito provável. Logo, o direito provável é digno de proteção. Se é necessário obter a certeza de que esse direito provável corresponde a um direito subjetivo, que não o de cautela, para que possa ser satisfeito, em maior ou menor medida, basta, de outro lado, obter a certeza de que o mesmo ostenta concretamente as condições de direito provável, para que possa, pelo menos, ser preservado, contra riscos de ameaçam torná-lo

Pode-se mesmo dizer, utilizando-se das figurações resultantes das famosas polêmicas entre CALAMANDREI e CARNELUTTI que o exercício da pretensão processual à tutela jurídica cautelar (ação processual cautelar) é a *ponte de passagem* que permite a transposição da pretensão material de cautela como lide cautelar, limitada obviamente aos contornos culturais que o advogado lhe imprimiu na demanda ou petição inicial, nos casos concretos.⁴⁸⁰

A autonomia do fundamento e da pretensão material cautelar já revela que se trata de uma lide autônoma, posto que a subsidiariedade do direito de cautela não significa dependência nem acessoriedade aos direitos subjetivos primários, mas uma subsidiariedade de fim (tutela sobre o *fumus* em situação agravada pelo *periculum damnum*), vindo daí que a lide cautelar é igualmente autônoma, não sendo pois acessória nem dependente, muito menos coincidente em relação a lide de cognição (sumária ou exauriente) que se propõe a atuar sobre os mesmos interesses, mas com outra causa de pedir e outro fim - na perspectiva da declaração ou realização dos interesses como direitos subjetivos primários.

A pretensão cautelar em lide traz em si de modo constante uma aspiração de natureza preventiva *pan-processual*, peculiar ao próprio direito de cautela, pois ao se satisfazer, na medida da estrita necessidade ou suficiência, a pretensão cautelar, através de medidas conservativas ou mesmo antecipatórias

inopracante. Nesta dimensão, o direito de cautela se constitui em direito subjetivo, com eficácia autônoma. Justifica-se igualmente a autonomia (absoluta) da função cautelar processual". (CUNHA, Alcides Munhoz da. *Op. Cit.*, p. 139).

⁴⁸⁰ "Affinchè la lite possa entrare nel processo occorre dunque che essa sia presentata al giudice, anzichè en suo aspetto sociologico, nel suo aspetto giuridico; occorre, in oltre parole, che essa sia sottoposta ao giudice non nei soli tre elementi primordiali, ma in relazione ad altri elementi che permettano al giudice di vedere nel conflitto di meri interessi economici 'un disaccordo (adopro una frase del Carnelutti) intorno alla esistenza de un rapporto giuridico'. Per ottenere ciò, bisogna trovar tra lite e processo un termine medio, una specie di ponte di passaggio che permetta di ravvicinare e di innestare tra loro i due concetti che resterebbero altrimenti, como si è detto, su piani diversi, destinati a non incontrarsi mai. Questo termine medio sarebbe dato, secondo il C. (Carnelutti), dal concetto di questione" (CALAMANDREI, Piero. *Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti* (II- Lite e processo). In: *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Padova: Cedam, n. 5, 1928, p. 93).

(satisfativas do interesse apenas plausível no todo ou em parte), preserva ou resgata a idealidade dos interesses periclitantes (correlativos ao *fumus* ou dependentes de sua atuação instrumental), para que esses interesses relevantes, plausíveis que sejam, possam oportunamente e eventualmente ser exercidos de modo duradouro e do modo mais íntegro possível ou, então, ser eventualmente reconhecidos na maior inteireza como direito subjetivo, inclusive através das tutelas jurisdicionais primárias, cujas tutelas não pressupõe necessariamente, mas também não inibe.

Vale dizer, com medidas conservativas ou antecipatórias a função cautelar satisfaz sempre, de modo *endoprocessual*, a pretensão cautelar, mas atuando sobre o *fumus* previne, na medida do possível, a idealidade do próprio *fumus* e eventualmente (instrumentalmente) a idealidade de outros interesses periclitantes, para uma finalidade *extra-processual* ou para uma finalidade *pan-processual*.⁴⁸¹

Os requisitos do *fumus* e do *periculum damnum* são elementos constantes que integram a causa de pedir da lide cautelar, *in genere*, ensejando a produção de medidas conservativas ou antecipatórias, sendo que a avaliação desses requisitos não se esgota no exame absolutamente preambular das condições da ação cautelar, mas requer juízo efetivo de mérito (mérito cautelar) sobre as alegações de verossimilhança jurídica dos interesses e sobre a plausibilidade do perigo de dano iminente e irreparável invocado.⁴⁸²

A situação de perigo de dano irreparável, que como se sabe, pode ser absolutamente externa aos fatos da lide cognitiva e referir-se até mesmo a outros interesses periclitantes que não aqueles situados como *fumus*, o qual, ainda assim, assim pode e deve ser atuado instrumentalmente, sendo que esses dados, externos à lide cognitiva que possa se estabelecer sobre os mesmos interesses, são indissociáveis da lide cautelar.

A indicação do perigo e dos interesses periclitantes não poderá ser

⁴⁸¹ CUNHA, Alcides Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*, p. 126-129.

⁴⁸² ARAGÃO, Egoas Moniz de. *Medidas cautelares inominadas*, p. 63-64.

confundida com uma condição específica da ação cautelar, inerente ao interesse processual de agir, como supôs um dia GALENO LACERDA.⁴⁸³ Realmente, a apreciação do *periculum* e dos interesses periclitantes, sejam ou não coincidentes com o *fumus*, integram o mérito cautelar. A estrutura da lide cautelar já se constitui em demonstração eloqüente de sua especificidade.

Toda lide, além das partes, pressupõe uma causa de pedir e um pedido. Pois bem, na lide cautelar a causa de pedir não pode prescindir da alegação de *fumus* e *periculum damnum irreparabile*. Quanto ao pedido, é o de atuação finalística ou instrumental do *fumus* para salvar do perigo interesses relevantes.⁴⁸⁴

As condições da ação cautelar são as comuns a todas as ações, de natureza genérica: de um lado a condição subjetiva pertinente à legitimação para agir e, de outro lado, as condições objetivas, como a possibilidade jurídica, que, no caso, corresponde à juridicidade, em tese, dos interesses que se quer atuar e que se quer proteger. O interesse processual decorre da simples aferição, *prima-facie*, da razoabilidade das alegações para que possa ter seguimento a tutela, para oportuna valoração dos fatos alegados e provados com vistas ao exame do

⁴⁸³ Rebatendo a posição de GALENO LACERDA que situa o *periculum damnum* como condição da ação, pertinente ao interesse processual, EGAS MONIZ DE ARAGÃO assevera: “Se o juiz repelir o pedido por não haver *periculum*, nem *fumus*, ou só por um deles, terá solucionado o mérito; o mesmo fará se, por julgar que ambos estão presentes, acolher a pretensão e decretar a cautela” (*Medidas cautelares inominadas*, p. 64).

⁴⁸⁴ Quanto à *causa petendi*, a parte requerente da medida necessariamente tem que identificar e apontar concretamente uma situação cautelanda, como adverte OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA. Tem que precisar quais são os interesses que, além da plausibilidade jurídica de podem vir a ser exercitados oportunamente, seja no plano material, seja no plano processual como interesses correlativos a direitos subjetivos primários, nessa ou naquela situação, necessitam de proteção em face de um perigo de dano irreparável, explicitando também a situação de perigo. “A primeira exigência, portanto, para que a tutela cautelar se torne legítima é que o pretense titular do interesse ameaçado de lesão identifique corretamente a natureza desse interesse legalmente protegido, sob a forma de um direito subjetivo, ou de uma pretensão, ou de uma ação de direito material, de uma exceção, ou até mesmo sob a forma do interesse que possa ter aquele que, prevendo a possibilidade de vir a ser acionado, como réu, tenha pretensão à asseguuração de provas a serem por ele utilizadas na eventual ação satisfativa”. (*Curso de processo civil*, v. 3, p. 39)

mérito.⁴⁸⁵

A concepção dogmática tradicional apresentava-se viciada (vício da relatividade na correlação meio-fim) quanto à suposição de que a tutela cautelar se destinava à tutela do processo definitivo, donde a conseqüente constatação de que não eram aceitáveis as teses que atribuíam um conteúdo essencialmente processual à lide cautelar, como se correspondesse invariavelmente a uma questão pertinente à segurança do processo principal, como quis acentuar com maestria, mas sem sucesso, GALENO LACERDA.⁴⁸⁶

Afinal, a segurança da jurisdição ou de um processo é questão de polícia judiciária e deve se resolver no mais das vezes com o exercício dos poderes do juiz, que é a autoridade que preside o processo e deve zelar pela sua eficiência e regularidade, não havendo necessidade de se idealizar uma espécie de tutela jurisdicional específica para esse fim, como já advertiram MIGUEL SERRA DOMINGUES e FRANCISCO RAMOS MENDEZ.⁴⁸⁷ Tanto é assim que o juiz ordena a condução forçada de testemunhas, requisita força policial para cumprimento de suas determinações, ordena o arresto de bens quando já instalada a execução, requisita documentos e determina outras tantas diligências para assegurar o regular desenvolvimento e o profícuo resultado do processo que preside.

A tutela cautelar se destina basicamente, suficientemente, à atuação de interesses materiais plausíveis (*fumus*), que podem estar inseridos em diferentes situações jurídicas, inclusive sob a perspectiva processual. Nesse sentido que é ocorre a observação sempre enfatizada por OVÍDIO de que *a tutela cautelar pode incidir (finalisticamente ou instrumentalmente) sobre quaisquer interesses plausíveis, sejam eles correlativos a direitos subjetivos ou primários, a*

⁴⁸⁵ CUNHA, Alcides Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*, p. 97-107.

⁴⁸⁶ LACERDA, Galeno. *Comentários código de processo civil*. 8. ed., v. VIII, tomo I, Rio de Janeiro: Forense, p. 14-23.

⁴⁸⁷ DOMINGUEZ, Miguel Serra; MENDES, Francisco Ramos. *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Barcelona: Industrias Graficas M. Pereja, 1974, p. 23-30.

*pretensões materiais ou processuais, ou até mesmo a exceções substanciais,*⁴⁸⁸ tudo dependendo do momento e da situação em que o interesse apenas plausível em lide (*fumus*) deve ser objeto de autônoma atuação para a proteção ou realização dos interesses periclitantes, quer sejam ou não coincidentes com os interesses atuados enquanto *fumus*.

Quando se requer um arresto, há perigo de dano ao interesse quanto ao recebimento de crédito, cujo interesse material pode ser apenas plausível, como também pode ser correlativo a um direito subjetivo já presumido como certo (consubienciado em título executivo extrajudicial ou mesmo em título constituído com o provimento sumário da ação monitória, suspensa em face de embargos) ou até mesmo correlativo a um interesse já definido potencialmente como direito subjetivo em sentença condenatória em processo de cognição exauriente, com efeitos suspensos em face de recurso de apelação. O *fumus* que se atua é quanto à plausibilidade da necessidade de servir-se oportunamente o requerente de uma ação de execução frutífera (há interesse plausível de natureza processual para preservar a utilidade de uma penhora e, assim, preservar em última análise o interesse de crédito (material) que pode até ter um *status* superior ao do *fumus*. Algo similar ocorre quando, já havendo uma sentença de mérito pendente de recurso com efeito suspensivo, pede-se ao juiz - *ope iudicis* - a suspensão desses efeitos na perspectiva da plausibilidade da confirmação dessa sentença em grau de recurso, diante de uma situação peculiar de urgência. O mesmo pode se dar quando se pede ao juiz da causa que, ao julgar o mérito da lide cognitiva, cassou a cautelar antecipatória, que conceda outra medida cautelar para suspender *ope iudicis* os efeitos da sentença, que originariamente teria seus efeitos retidos em face de recurso, restabelecendo aqueles efeitos em face de perigo de dano irreparável de comprometer a utilidade do recurso a ser apreciado pelo tribunal, até que o tribunal possa apreciar a questão em sua inteireza, tal como lhe compete pelas regras de competência definidas na lei

⁴⁸⁸ SILVA, Ovidio Baptista da. *Do processo cautelar*, p. 83.

processual. Com efeito, o caráter subsidiário, residual, urgente, temporário, instável, variável das cautelas se compadece com essas providências.⁴⁸⁹

Apresenta-se, pois, inegável a existência e a autonomia de uma pretensão cautelar e de uma lide cautelar, autorizando a atuação independente (pelo menos no plano ontológico) do *fumus boni iuris*, em face do regime ineliminável da fungibilidade dessas medidas, enquanto espécies do mesmo gênero: o gênero das medidas adequadas, necessárias, suficientes para responder à peculiar situação de urgência.

Realmente, é a existência de uma situação concreta e objetiva de perigo de dano iminente a ser superada apenas através da atuação finalística ou instrumental do *fumus* que caracteriza uma situação cautelanda. Essa situação reclama por uma tutela de urgência e de mera verossimilhança, essencialmente temporária, que não inibe a tutela definitiva para resguardar oportunamente a inteireza do princípio da segurança jurídica que, em sede cautelar é minimizado para favorecer sua conciliação com o princípio da efetividade da jurisdição.

Vale dizer, ao lado das técnicas utilizadas para certificação e atuação de direito subjetivo, sejam ordinarizadas ou sumarizadas, o ordenamento favorece uma tutela de urgência, preventiva, cautelar, residual, que visa precisamente responder àquela insuficiência da tutela normativa e da própria tutela

⁴⁸⁹ A urgência qualificada que impõe a necessidade de cautela, associada ao caráter residual da função cautelar se compadece até mesmo com medidas cautelares decretadas por juiz incompetente (nesse sentido: TJMT, AI 7.906, 3ª C. Civ., Rel. Des. José Tadeu Cury, j. 03.12.97, *Tribunal de Justiça do Mato Grosso [on line], Jurisprudência, disponível: <http://www.tj.mt.gov.br>*; contra, não admitindo qualquer efeito à medida cautelar concedida por juiz incompetente: TJRS, AI 597252725, 4ª C. Civ., Rel. Des. João Carlos Branco Cardoso, j. 11.02.98, e AI 598172534, 3ª C. Civ., Rel. Des. Nelson Antonio Monteiro Pacheco, j. 27.08.98, *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul [on line], Jurisprudência, disponível: <http://www.tj.rs.gov.br>*), o que não é o caso, quando o juiz que proferiu a decisão é instado a conceder medida cautelar antes do recurso ser encaminhado à apreciação da instância *ad quem*. Como se disse, o caráter residual, que visa suprir as insuficiências ou deficiências da tutela normativa, inclusive da tutela jurisdicional normatizada, legitima a atuação cautelar.

jurisdicional comum como referiu CALVOSA e como endossou OVÍDIO,⁴⁹⁰ posto que não se pode prever todas as situações objetivas de perigo a interesses que potencialmente podem se afirmar como juridicamente relevantes. Trata-se de uma tutela residual em relação às demais, o que bem evidencia que não se trata de uma tutela acessória, naquela conotação de necessária dependência e instrumentalidade direta para com um processo definitivo. E se isso ocorre por exigência legal, a única justificativa possível decorre de *razões de política processual* e apenas quando objetivamente se pode estabelecer a *inter-relação de lides*.⁴⁹¹

Parte-se então do argumento de que o ordenamento, embora levando em conta a temporariedade ínsita dos provimentos cautelares, almeja precipitar a cessação desses efeitos pela superveniência de uma regulação definitiva e primária sobre os mesmos interesses, para consolidar, positiva ou negativamente uma situação jurídica que se compraz com a definitividade dos efeitos. E tanto é assim, que ordenamento brasileiro estabelece condições especiais de eficácia temporal dos provimentos cautelares, conservativos ou antecipatórios, dependentes do ajuizamento das ações que buscam a regulação definitiva dos interesses atuados como *fumus* quando comportam a inter-relação de lides (artigo 808 do Código de Processo Civil).⁴⁹²

⁴⁹⁰ “O grande móvel, portanto, a justificar a tutela cautelar é sem dúvida a urgência, ante a qual as formas convencionais de tutela jurisdicional tornam-se insuficientes e inadequadas, impedindo que o Estado cumpra seu dever de proteção do direito por ele próprio criado, dever este que decorre do monopólio da função jurisdicional. Tem, portanto, a tutela cautelar um nítido sentido supletivo da insuficiência do que poderíamos denominar tutela normativa.” (SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 3, p. 17).

⁴⁹¹ CUNHA, Alcides Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*, p. 137-138.

⁴⁹² “A exigência de referibilidade aqui comentada, entretanto, não é fundamental para a caracterização da função cautelar e tampouco é absoluta. O fim do processo cautelar não é o de tutelar o processo definitivo, mas o de compor a lide cautelar, resolvendo autonomamente o conflito em torno da pretensão à segurança. Nem por isso se pode concluir que seja inútil a vinculação estabelecida pelo legislador entre o processo cautelar e o processo não cautelar. Anunciando-se o fenômeno da inter-relação de lides, anuncia-se um caso específico de conexão, a qual, em atenção aos princípios da economia processual e da efetividade da jurisdição, influi nas regras sobre competência e ensaja a

E a autonomia estrutural da lide cautelar ainda se firma pelo aspecto já comentado de que, tratando-se de uma tutela de urgência urgentíssima, torna-se impossível cindir a lide para separar as atividades de *notio* e *imperium*, pois torna-se juridicamente impossível cindir o interesse processual do autor à tutela jurídica de urgência, para, em um primeiro momento avaliar-se a presença dos elementos indispensáveis à decretação da medida e, em um segundo momento exigir-se nova ação para promover a execução da medida decretada.

Funcionalmente, é através da concepção substancialista que realmente se afirma de modo indiscutível a autonomia da tutela cautelar, cuja propalada autonomia, na concepção tradicional da dogmática, era artificial, incoerente, padecendo do vício da relatividade, por não se poder estabelecer uma correlação de meio e fim entre o provimento cautelar e o provimento definitivo, nas hipóteses em que materialmente se podia forjar uma lide principal.

A primeira exigência básica para que a parte possa se legitimar a requerer tutela cautelar, seja conservativa, seja antecipatória, é a de demonstrar a aparente titularidade que assume em relação ao *fumus* e, no caso de estar

proveitosa comunicação dos atos decorrentes das respectivas ações e (ou) processos. Não se pode deixar de reconhecer, porém, no *caso cautelar*, uma peculiaridade. Ocorrendo o ajuizamento da ação quando ainda não há processo definitivo em torno da lide principal, que apenas se prenuncia, impõe o legislador, através dos artigos 806 e 808, I, do CPC, que a ação principal seja prontamente ajuizada, sob pena de cessar a eficácia da medida cautelar porventura concedida, o que parece comprometer, de certa forma, o princípio dispositivo. Não obstante, esta conexão forçada se explica, não porque se suponha que a existência atual o potencial do processo definitivo seja indispensável para justificar a jurisdicionalidade da função cautelar, mas porque, assim, tende-se a precipitar a provisoriedade dos efeitos jurídicos do provimento cautelar, essencialmente transitório, em benefício da definitividade peculiar das providências jurisdicionais não cautelares; assegura-se enfim a estabilidade das relações jurídicas, especialmente quando a eficácia interinal do provimento cautelar importa em alguma restrição à faculdade de agir da contraparte. Não seria impensável, porém que fosse invertido o ônus quanto à iniciativa do processo em torno da pretensão principal que se encontra em lide, atribuindo-se ao réu, da ação cautelar, o ônus da prova quanto à prevalência da sua pretensão que possa se contrapor em relação ao autor daquela ação cautelar, pois afinal, o autor da ação cautelar, quando obtém a medida provisória, conta com um juízo oficial que certifica a plausibilidade jurídica da pretensão então segurada. Todavia, o tradicional apego ao princípio dispositivo parece ter impedido ou comprometido a figuração dessa hipótese." (CUNHA, Alcides Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*, p. 136-137).

requerendo a atuação instrumental do *fumus*, haverá de demonstrar também a titularidade dos interesses gravemente periclitantes e a necessidade da atuação instrumental como condição para afastar o *periculum damnum*.

O estado de *fumus* deverá ser apreciado pelo juiz, pela perspectiva estatal, porque o autor, ainda que alegue e esteja convencido subjetivamente de ser o titular, não apenas em uma situação de *fumus*, mas titular de um autêntico direito subjetivo, ainda assim não terá oportunidade de obter na via cautelar de urgência a superação do estado de probabilidade ou verossimilhança do interesse atuado como *fumus*.⁴⁹³ E é a impossibilidade de se socorrer das outras tutelas que situa a cautelar como a tutela remanescente, residual, de urgência, temporária, e de mera verossimilhança, com a possibilidade de emanção de liminares, medidas interinais (decisões interlocutórias) ou até mesmo sentenças, dependendo da técnica utilizada para a formação do provimento, que se compadece com a fungibilidade de técnicas do Livro III e com as disposições genéricas do inciso I do artigo 273 e do § 3º do artigo 461, do Código de Processo Civil.⁴⁹⁴

Pode mesmo ocorrer que a parte invoque proteção urgente a um interesse, alegando que não se trata no caso de proteção a direito aparente, mas sim de proteção a direito evidente. Todavia, se esse direito não foi objeto de declaração de certeza e não se situa nas hipóteses típicas, regradas (de direito

⁴⁹³ “Quando referimo-nos à plausibilidade do direito invocado na demanda judicial, quando dizemos que a tutela cautelar contenta-se com a simples verossimilhança do direito a ser protegido, pensa-se em geral que o autor que dele se diz titular não o trata como mera possibilidade, mas ao contrário, afirma-o, no processo, como algo indiscutivelmente existente, que somente ao juiz apresenta-se como meramente plausível. Tem-se em tal caso a verossimilhança apenas como uma contingência a que se submete o julgador, sem referi-la também ao autor da demanda cautelar. Quer dizer, supõe que o direito seja verossímil apenas para o magistrado, mas certo e indiscutível para os seu titular. Não é isso, todavia, o que se pretende dizer quando se fala que o direito apenas provável merece proteção cautelar. Igualmente os direitos que o autor da demanda cautelar descreve como sendo uma simples plausibilidade, como os direitos eventuais, sujeitos à condição e, portanto, ainda inexistentes, em sua integralidade, no momento da invocação da tutela estatal, podem merecer proteção cautelar.” (SILVA, Ovidio Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 3, p. 62).

estrito) de antecipação por cognição sumária, processualmente configura apenas *fumus* e serve tão só como fundamento para tutela cautelar, residual, de urgência.

O que singulariza a tutela cautelar é o estado de mera plausibilidade dos interesses que devem ser atuados como *fumus* na relação que o requerente mantém com o réu da ação cautelar.

A previsão genérica de tutela antecipada de cognição sumária contida no inciso II, do artigo 273 do Código de Processo Civil, seguramente poderá retirar do âmbito da cautelaridade uma infinidade de situações, pois como se tem enfatizado, quanto mais se sumariza, menos se acautela, porque se reduz o campo da tutela residual, o qual não obstante continua sem limites definidos, em face do direito subsidiário geral de cautela que detém a parte e do poder cautelar geral que detém o juiz.

Pense-se nas hipóteses de ações individuais múltiplas, com identidade de causa de pedir, como ocorre freqüentemente na Justiça Federal: ações para majoração dos proventos de aposentadoria, julgadas procedentes centenas de vezes, senão milhares de vezes, pelo juiz, envolvendo sempre o mesmo réu e as mesmas questões de fato e de direito, diante dos vínculos jurídicos idênticos que unem os diferentes autores ao mesmo réu; surge outra ação, com pedido de liminar antecipatória, com alegação de uma urgência apenas relativa, em face da natureza alimentar do benefício, muito embora no caso concreto o autor tenha outras fontes de rendimento suficientes para a sua manutenção e de toda a sua família, até mesmo para prestar alimentos a outros parentes. Pois bem, sob a perspectiva da tutela cautelar antecipatória, o direito à revisão dos proventos ingressa como direito apenas provável, porque aquela relação específica, envolvendo aquela parte autora, ainda não foi certificada judicialmente. A situação de evidência pode ser reconhecida faticamente, porém é supérflua para a função cautelar, que não comporta tutela senão no plano jurídico do *fumus* e, ainda, somente se ficar caracterizada uma situação de perigo iminente é que se

⁴⁹⁴ Vide *infra*, item 20 da Parte II.

tornará possível tecnicamente deferir a antecipação cautelar e na medida da necessidade. Todavia, sob a perspectiva da antecipação, mediante cognição sumária, com presunção de direito subjetivo, haverá a possibilidade de obter a liminar, para recebimento integral do benefício, isto é, na medida do *fumus* (e não do *periculum*) quando não sob o fundamento do abuso de defesa, pelo fundamento do intuito protelatório o réu, considerado até mesmo na perspectiva pan-processual, isso é, em relação às resistências opostas reiteradamente e injustificadamente ao acolhimento espontâneo de pretensões reputadas suficientemente fundadas, sem prejuízo do desenvolvimento do processo para perseguir formalmente o provimento de cognição exauriente (inciso II, do artigo 273 do Código de Processo Civil).

Como se vê, o artigo 273 é polivalente, admitindo medidas interinais cautelares e de cognição sumária. Importa que se valorize essas virtudes, inclusive favorecendo a fungibilidade de técnicas, eliminando formalismo inúteis. Se a parte requereu medida antecipatória com fundamento no inciso I (cautelar) e vê-se que o caso comporta antecipação com base no inciso II, que se admita então o pedido para autorizar a antecipação com base no inciso II.

11. Inter-relação de lides: lide cautelar e lide não cautelar incidentes sobre os mesmos interesses

A função cautelar, enquanto produtora de medidas conservativas e antecipatórias, satisfaz sempre, endoprocessualmente a pretensão material cautelar e, pan-processualmente, previne a inteireza dos interesses juridicamente relevantes sobre os quais atuou, na perspectiva do *fumus*, preservando-os para oportuna e eventual realização no plano material ou mesmo no plano das tutelas jurisdicionais primárias (cognitiva-executiva), onde poderão aspirar o reconhecimento do *status* como direitos subjetivos primários e, sob esse *status*, obter a realização duradoura dos interesses.

Esse escopo de prevenção, pan-processual, revela que pode haver uma

inter-relação de lides - entre a lide cautelar, motivada pela urgência e que se compraz com a tutela subsidiária dos interesses em conflito sob a ótica do *fumus* -, e a lide da pretensão cognitiva-executiva - em torno dos mesmos interesses, quando aspiram uma tutela primária para obter a realização desses interesses na dimensão da realização do direito subjetivo ou direito primário, presumido como certo ou declarado como certo. Todavia, essa *inter-relação de lides* - da pretensão cautelar, que se afirma fundada no direito subsidiário de cautela, com a lide da pretensão ideal, que se afirma fundada em um direito primário - *não é essencial* para justificar a funcionalidade e jurisdicionalidade da tutela cautelar, em face da autonomia estrutural e funcional da lide cautelar, gravitando suficientemente em torno do *fumus*, em face da situação de *periculum*.

A suposta relação de necessária acessoriedade e dependência da tutela cautelar a outro tipo de tutela jurisdicional era apenas ilusão forjada sob a inspiração da concepção tradicional.

Tanto não é essencial a *inter-relação de lides*, que muitas vezes, a tutela cautelar que se compraz com medidas meramente conservativas, não tem como se reportar a outra lide ou a outro processo não cautelar, porque inexistente essa outra lide ou esse outro processo, tal como pode ocorrer nas hipóteses já referidas da produção antecipada de provas e em certas situações de arresto ou exibição. Vale dizer, para o caso das medidas conservativas, a *inter-relação de lides* não configura um dado constante para caracterizar a função cautelar.

Todavia, quando se cogita da possibilidade de concessão de medida cautelar antecipatória, normalmente haverá a possibilidade da lide da pretensão cautelar coexistir com a lide da pretensão não cautelar sobre os mesmos interesses materiais. Nem por isso a *inter-relação de lides* ou a inter-relação de tutelas será essencial para justificar a existência de uma tutela cautelar autônoma. Poderá o ordenamento, nessas hipóteses da *inter-relação de lides*, tal como faz o ordenamento processual brasileiro, exigir um nexo de dependência da lide cautelar em relação à lide definitiva, mas isso só pode ser explicado,

atualmente, por razões de política processual, como uma peculiar *condição para a eficácia do provimento cautelar, não para a sua existência*.⁴⁹⁵

O próprio GALENO LACERDA, quando defendia a concepção tradicional, deixava antever que o nexo de dependência entre a lide cautelar e a lide não cautelar era acidental, pois corresponderia apenas a uma *condição para a eficácia do provimento cautelar, não para justificar a sua existência ou jurisdicionalidade*, o que, fundamentalmente, contrariava os postulados basilares da dogmática que sempre defendeu, insistindo na característica da *instrumentalidade hipotética* da função cautelar, tanto que essa se apresentaria como *instrumento do instrumento*, propondo-se a resolver a *questão da segurança* do processo principal.⁴⁹⁶

Enfim, diante da superação da concepção dogmática ou tradicional sobre a tutela cautelar, que hoje tem fincada a sua autonomia funcional absoluta no direito de cautela, torna-se possível compreender toda a fisiologia dessa peculiar tutela, quer esteja ela atuando isoladamente, quer esteja atuando em inter-relação com outros processos ou com outras lides que não a cautelar.

KAZUO WATANABE, que aderiu à concepção substancialista, admitindo a existência do direito substancial de cautela, reconheceu a acidentalidade da inter-relação de lides e chega a sustentar que há casos em que a despeito de

⁴⁹⁵ BEDAQUE, comentando sobre as medidas cautelares na França e na Alemanha, anota que no âmbito da *jurisdicion de referé*, na França, existem medidas cautelares que gozam de completa autonomia, incumbindo à parte contrária o ônus de requerer a regulamentação definitiva. Disciplina similar, afirma, ocorre com os provimentos cautelares na Alemanha: “Alguns aspectos da tutela cautelar no direito alemão conferem-lhe grande autonomia em relação ao provimento de mérito (processo dito principal) (...) cabe à parte contra quem foi deferida a tutela antecedente o ônus de provocar a atividade jurisdicional para afixação de prazo destinado à propositura da demanda principal.” (BEDAQUE, José Carlos dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 36-37 e 52-53).

⁴⁹⁶ GALENO LACERDA realmente relativiza a exigência da dependência quando se trata de medidas cautelares pertinentes a direitos indisponíveis, e nesses casos chega a dizer: “se acaso o réu se julgar injustiçado pela decisão cautelar, e prejudicado pela demora do autor em aforar a demanda principal, que proponha a ação principal contrária” (*Comentários ao código de processo civil*, v. VIII, tomo I, p. 273).

haver potencialmente a possibilidade de se estabelecer a inter-relação de lides ou inter-relação de tutelas (cautelar e não cautelar - primária e residual), ainda assim a pretensão material deveria atuar isoladamente. Refere-se às hipóteses em a ação dita principal seria de caráter meramente declaratória, para consolidar, a nível de direito subjetivo, os interesses protegidos na tutela de urgência. Então consigna: *a ação declaratória é proposta por quem queira (e não por quem esteja obrigado) obter a declaração de certeza. Ordinariamente, nas hipóteses em que a ação principal é declaratória, a parte contrária está habilitada a propor uma ação condenatória, de sorte que é muito mais razoável e até mesmo mais prático que se pense na inversão da demanda.*

Trata-se de uma proposta de *lege ferenda*, que merece todo aplauso e que na prática, por uma via interpretativa construtiva poderia trazer efetividade, economia e justiça. Mas enquanto não se consolidar essa orientação, sempre que a relação jurídica primária for continuativa, podendo haver risco de, cessando a eficácia jurídica da cautelar tornar a ocorrer a situação perigosa, inclusive em relação a direitos absolutos, como os direitos da personalidade, parece conveniente ajuizar a absurda ação declaratória principal.⁴⁹⁷ Não havendo riscos de se tornar ao *status quo* após a concessão e efetivação da *medida cautelar*

⁴⁹⁷ “Uma regra prática talvez auxilie a determinação dos *casos de dispensabilidade da ação principal*: quando esta for uma ação meramente declaratória, pode-se afirmar, em princípio, que é desnecessária a ação principal, pois a ação declaratória é proposta por quem *queira* (e não por quem esteja obrigado) obter a declaração de certeza. Ordinariamente, nas hipóteses em que a declaratória é a ação principal, a parte contrária está habilitada a propor uma ação condenatória, de sorte que é muito mais razoável e até mesmo mais prático que se pense na inversão da iniciativa da demanda. São bastante frequentes, no foro de São Paulo, os pedidos de sustação de protesto de duplicata não aceita, em que a alegação da parte consiste na inexistência da relação jurídica cambiária (duplicata fria, por exemplo). À idéia estratificada de que toda ação cautelar construtiva supõe uma ação principal proposta no trintídio, apressam-se os advogados em aforar a ação declaratória negativa e cuidam os juizes, de sua parte, de fiscalizar o cumprimento da exigência que supõem prevista em lei. Os atos que põem em perigo alguns direitos de personalidade, com os de vida, liberdade, saúde (integridade física e psíquica), honra, igualmente, podem ser *ilegais em si mesmos*, e nessas hipóteses, evidentemente, não existirá qualquer ação principal, pois a ‘referibilidade’ é a direito que são inquestionáveis e, por isso, seria absurdo que fossem objeto de ação declaratória.” (WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, p. 106-107).

satisfativa, não haveria mesmo interesse em perseguir a ação principal, deixando-se a contraparte com a responsabilidade de provar que foi indevida a proteção, desde que a cessação da eficácia da medida cautelar, por falta de propositura da ação principal, não compromete a *ratio* da sua existência. Além do que não será possível cogitar de eventual responsabilidade objetiva do requerente da medida, enquanto a contraparte não provar dano jurídico, o que somente ocorrer mediante o exercício de tutela cognitiva que reconheça no interesse prejudicado a natureza de direito subjetivo, pois a final, o exercício da tutela cautelar é lícito.

Enfim, somente dando ênfase às características constantes e comuns da lide que informa o gênero tutela cautelar, é que se pode destacar a singularidade dessa lide em relação às lides de outros processos. A partir desse isolamento poder-se-á, então, destacar as especificidades da lide cautelar, sua fisiologia, consoante se destine em concreto a conservar ou a antecipar efeitos relativamente aos interesses plausíveis.

Dentre os traços característicos da lide cautelar pode-se então destacar os seguintes elementos: a) pretensão material de cautela fundada no direito substancial de cautela subsidiário; b) pretensão processual à tutela jurídica residual cautelar que obriga o juiz a prover com medidas cautelares adequadas em casos de procedência da pretensão material; c) causa de pedir próxima consubstanciada na descrição de uma situação de perigo de dano irreparável e iminente a um interesse juridicamente protegido em tese, apenas plausível, em face da impossibilidade de se esconjurar a situação de perigo pelas vias jurisdicionais primárias que pressupõe prévia declaração ou presunção de certeza sobre a correspondência dos interesses plausíveis a direitos subjetivos ou primários; d) causa de pedir remota consistente na alegação de uma situação cautelanda perfeitamente identificável, ou seja, na identificação precisa do interesse correspondente ao *fumus boni iuris* que deverá ser atuado finalisticamente ou instrumentalmente para salvaguarda de outros interesses periclitantes; e) pedido balizado pela causa de pedir, ainda que genérico, que

condiciona o juiz a decretar a medida cautelar adequada, ainda que não seja correspondente ao pedido explícito do requerente; f) cognição especial suficiente para a apreciação da lide cautelar fundada em *fumus e periculum* com a conseqüente simplificação dos ritos; g) resolução da lide cautelar mediante provimentos caracterizados pela fungibilidade (adequação entre medidas conservativas ou antecipatórias); h) variabilidade e suficiência da medida consoante o variar das circunstâncias quanto a *fumus e periculum*; i) temporariedade ontológica ou provisoriedade circunstancial consoante se desvaneça a situação de perigo extra-processualmente ou através da precipitação mediante um provimento definitivo; j) mandamentalidade ou executividade, consoante a medida possa ser realizada mediante meios coercitivos ou subrogatórios no caso de haver recusa do destinatário em atendê-la espontaneamente; l) satisfatividade da pretensão cautelar, mediante preservação ou resgate da idealidade possível aos interesses protegidos pela atuação do *fumus*.

12. Direito geral de cautela e poder geral cautelar: superação das resistências históricas, terminológicas e ideológicas

Diz-se que a todo interesse juridicamente protegido corresponde um direito, seja subjetivo, potestativo, absoluto ou relativo, individual ou meta-individual. E ainda mais, que a todo aquele se afirma titular do interesse juridicamente protegido tem a prerrogativa de perseguir esse direito com os correlativos interesses em juízo.

Pois bem, o *fumus* corresponde a interesses plausíveis juridicamente que são protegidos autonomamente pelo ordenamento enquanto *fumus*, para serem atuados como *fumus*, diante de uma situação emergencial de perigo que exige uma providência cautelar, urgente, subsidiária, conservativa ou satisfativa, parcial ou total, para o fim de afastar uma situação de perigo iminente que gravita diretamente sobre esses mesmos interesses ou sobre outros interesses,

plausíveis ou mesmo tidos como certos juridicamente, que dependem entretanto daquela medida para assegurar sua própria preservação ou satisfação. O fundamento jurídico para autorizar essas medidas é o direito de cautela.

Sendo assim, pode o interessado que se afirma titular de interesses materiais plausíveis exigir medida conservativa para a proteção do provável direito de crédito ou, ainda, do provável direito de propriedade, ainda sem condições temporais e processuais de merecer prontamente o reconhecimento do *status* de direitos subjetivos certificados ou presumidos como certos, para requerer o arresto ou seqüestro de bens que preservem diretamente o *fumus* (o direito apenas aparente).

Pode se dar entretanto que o interessado, embora titular de um direito de crédito já certificado ou mesmo presumido como certo, porque consubstanciado em sentença condenatória sujeita a termo ou ainda em título executivo extrajudicial não vencido, requeira a medida do arresto para preservar diretamente a pretensão processual plausível quanto à necessidade de ter que se socorrer oportunamente das vias executivas para obter a penhora sobre bens que estão sendo dissipados e assim garantir, reflexamente o direito de crédito, ainda que certo. Em suma, nesse caso, o arresto tende a preservar diretamente uma pretensão processual plausível ameaçada de risco de dano irreparável, para, assim, instrumentalmente, garantir um direito certo ou já presumido como certo.

Por outro lado, o interessado pode necessitar desde logo de uma medida satisfativa (antecipatória) de um interesse material apenas plausível. É o caso daquele que pede a medida antecipatória consistente na suspensão de um contrato em face da afirmação (plausível) do não cumprimento de uma cláusula pela contraparte para, assim, liberar-se, ainda que parcialmente e provisoriamente da contraprestação que poderia lhe acarretar prejuízos irreparáveis para o atingimento do objeto do contrato. Ou ainda, pode o interessado requerer medida antecipatória consistente na liberação de uma parte da quantia pertinente a um provável direito de crédito contra "X", para afastar o perigo de não poder custear um cirurgia que aparenta ser

indispensável e dispendiosa, quando o requerente não dispõe de outros recursos para arcar com os custos).

Como se vê, as medidas cautelares podem ser conservativas ou antecipatórias, pertinentes a interesses materiais ou processuais, relativos ou absolutos, públicos ou privados, não prescindindo porém de uma avaliação discricionária do juiz quanto à valoração dos pressupostos livremente enunciados pelas partes como autorizadores da medida, não podendo também dispensar a discricionariamente para avaliar a adequação da medida ao caso concreto.

É pois o direito de cautela que se constitui no fundamento à pretensão de segurança, que legitima a produção de medidas temporárias e urgentes de conservação ou antecipação das utilidades práticas inerentes aos interesses plausíveis.

A denominação direito de cautela para designar esse fundamento geral que autoriza a tutela do *fumus* (interesses plausíveis) é sugestiva e pode muito bem ser aceita se forem superadas as *resistências* que se prendem a fatores circunstanciais, facilmente contornáveis.

De um lado, há a resistência daqueles que priorizando as diferenças entre as manifestações conservativas e antecipatórias provisórias, reduzem a expressão *cautelar* para a designação do fenômeno conservativo.

Ainda que se deva reconhecer, identificar e enfatizar as peculiaridades ou especificidades das manifestações, cautelares e antecipatórias, cujas distinções são apontadas e valorizadas com maestria por OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, o fato é que, não se pode ignorar que no âmbito das antecipatórias existem providências que são tão cautelares quanto as conservativas, pela identidade qualitativa dos pressupostos, do objeto e do fim.

Enquanto se priorizar os traços comuns das medidas conservativas com os traços que informam um ramo das medidas antecipatórias, poderão e deverão essas manifestações ser reduzidas a *duas espécies do mesmo gênero*. As especificidades dessas manifestações podem ser tratadas no âmbito das

respectivas espécies. Nesse sentido posicionou-se recentemente BEDAQUE, enfatizando a necessidade de se distinguir as antecipações em geral das antecipações cautelares, para se reunir as espécies cautelares conservativas e antecipatórias no mesmo grupo da chamada tutela cautelar *in genere*, diante da identidade de regime jurídico, posto que *avultam as convergências em detrimento dos elementos distintivos*.⁴⁹⁸

Por outro lado, poder-se-ia acrescentar que avultam as diferenças entre as antecipatórias cautelares e as antecipatórias que correspondem ao resultado da sumarização de direitos subjetivos presumidos como certos, porque, aí sim, estarão submetidas a regimes jurídicos absolutamente diversos.

Se esse gênero, comprometido apenas com a tutela do *fumus* através de medidas conservativas ou antecipatórias deve ou não ser identificado com a denominação cautelar (tutela cautelar *in genere*), tem-se aí um problema que é de ordem exclusivamente vernacular ou terminológica. Considerando, entretanto, que a expressão cautelar já se consolidou na nomenclatura jurídica para abranger essas manifestações que redundam em medidas provisórias urgentes, conservativas ou antecipatórias, não parece conveniente isolar o termo cautelar para designar apenas as medidas conservativas,⁴⁹⁹ principalmente se essa redução da denominação terminológica culmina por forjar problemas na prática forense que não deveriam existir (*arbor et vite*)⁵⁰⁰ e que revelam uma incompreensão ainda latente quanto aos fundamentos da tutela de urgência e

⁴⁹⁸ “Ora, se possuem tantos aspectos que as aproximam, melhor será tratá-las em conjunto e submetê-las ao mesmo regime jurídico. Esse parece ser o real interesse no estudo comparativo das espécies de tutelas provisórias, as de caráter meramente conservativo e as que possuem conteúdo antecipatório. Dada a similitude existente entre elas, aconselhável recebam o mesmo tratamento jurídico. Irrelevante considerá-las como modalidade de cautelar, ou reservar essa denominação apenas para as conservativas ou não antecipatórias. Importante, sim, é determinar sua substância e demonstrar que ambas existem com a mesma finalidade e possuem características praticamente iguais”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. Cit.*, p. 285-286).

⁴⁹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo*. In: Revista de Processo, n. 49, p. 9.

⁵⁰⁰ Vide *supra*, item 25 da Parte I.

quanto aos fundamentos da ideologia instrumentalista.

Diante da ênfase que se vem imprimindo à tutela antecipatória de verossimilhança e urgência (*fumus e periculum*) a partir de 1994, pode-se notar facilmente que a maioria dos autores comprometidos em assegurar mais ampla efetividade possível à antecipação, tem procurado imprimir um conteúdo e uma eficácia de direito substancial à antecipação, anotando que essa incide diretamente sobre a tutela de interesses das partes em lide, enquanto que para as medidas cautelares conservativas tem se reservado normalmente o mesmo discurso da dogmática tradicional, como se antecipação de efeitos, ainda que com base em *fumus* em face de especial *periculum* e a cautela conservativa que tem os mesmos elementos caracterizadores, fossem entidades absolutamente diversas - aquela vocacionada à tutela de interesses materiais, essa, a cautelar conservativa, fadada a permanecer confinada às técnicas do Livro III do diploma processual e com a justificativa absurda quanto ao escopo de tutelar o processo definitivo.

Representa um inegável avanço da ciência processual a tentativa de superação da concepção tradicional relativamente à tutela antecipatória de verossimilhança. Não obstante isso, apresentam-se equivocadas as propostas para uma distinção radical ou absoluta dos fundamentos, do objeto e do fim das medidas cautelares conservativas em relação às antecipatórias, pois, insista-se, no âmbito das antecipatórias existem as medidas de antecipação temporária, que tutelam diretamente o *fumus* em face de uma situação especial de *periculum damnum*.⁵⁰¹

⁵⁰¹ Curiosa é a posição de TEORI ALBINO ZAVASCKI. Apesar de haver identificado no ordenamento jurídico os fundamentos comuns da tutela conservativa e antecipatória, ainda assim faz uma distinção entre os escopos das medidas conservativas e das medidas antecipatórias: as cautelares conservativas estariam fadadas invariavelmente àquele escopo de proteger, em via provisória e urgente, o processo principal, como se fossem meras medidas de polícia judiciária, enquanto as medidas antecipatórias, aí sim, estariam vocacionadas a tutelar, naquela via provisória e urgente, não o provimento definitivo, mas os interesses verossímeis das partes (*Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante*. In: Revista de Processo, n. 82, p. 53-69).

Admitindo-se o gênero cautelar, compreensivo das *sub species* cautelar conservativa e cautelar antecipatória, a expressão *direito de cautela* assume um valor geral para designar o fundamento de todas as pretensões que animam a tutela de urgência temporária, isto é, que aspiram a tutela do *fumus*, de mera verossimilhança, urgente. Da mesma forma, assume um valor geral a expressão *poder geral de cautela*, para continuar designando a atipicidade de todas as situações cautelandas, conservativas ou antecipatórias, notadamente as antecipatórias, posto que as medidas inominadas geralmente assumem caráter de antecipação.

Com efeito, é inegável a correlação *direito de cautela* ou mesmo *direito geral de cautela* e *poder geral de cautela*, a primeira expressão, *direito geral de cautela*, designando, sob a perspectiva das partes, o fundamento que autoriza a requerer toda a sorte de medidas provisórias urgentes de verossimilhança, antecipatórias ou conservativas, em face da atipicidade das situações em que se apresenta o *fumus*; a outra, *poder geral de cautela*, designando, sob a perspectiva do juiz, a prerrogativa de decretar as medidas provisórias adequadas à situação concreta. Enfim, *direito geral de cautela* e *poder geral de cautela* representam as duas faces do mesmo fenômeno, a primeira sob a perspectiva do fundamento que legitima a atuação da parte, a segunda sob a perspectiva do fundamento que legitima a atuação judicial nos casos concretos.⁵⁰²

A segunda resistência à utilização da expressão *direito de cautela* somente

⁵⁰² “Considerando que as regras jurídicas (artigos 798 e 799 do CPC) dizem respeito precisamente aos fundamentos ou requisitos de ordem geral para a produção de medidas cautelares inominadas (normalmente antecipatórias), identificáveis com aqueles enunciados amplamente difundidos e pertinentes ao *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, parece então que se torna realmente possível sustentar a posição de que existe um direito substancial de cautela, que permite que se possa exigir proteção, não a outro direito, mas a uma pretensão idealmente atribuída ao sujeito pelo direito objetivo e que pode se exercer como autêntico direito subjetivo, de natureza material ou processual.”(CUNHA. Alcides Munhoz da. *Op. Cit.*, p. 117).

pode ser uma decorrência de motivos, por assim, históricos. Decorre daquela inibição generalizada que se desencadeou no espírito dos processualistas e juristas a partir do fracasso da teoria de ALLORIO na sua vã tentativa de identificar um direito subjetivo substancial de cautela que seria, entretanto, acessório do direito acautelado.⁵⁰³ Como anotou OVÍDIO, até parece que foi *amaldiçoada* a expressão direito de cautela.⁵⁰⁴

O direito de cautela que se anuncia aqui, todavia, nada tem a ver com o direito substancial de cautela proposto por ALLORIO, primeiramente porque se trata de um fundamento autônomo para a tutela do *fumus* e não de um direito acessório do direito acautelado, valendo frisar que sua subsidiariedade, que não se confunde com acessoriedade ou dependência, ocorre no sentido de legitimar a atuação do *fumus*, que tem o *status* de um direito subsidiário em confronto com os direitos subjetivos, tidos como primários. Como direito subsidiário que é, tem assegurada uma autonomia absoluta para preservar ou resgatar as situações jurídicas aparentemente privilegiadas em dado momento pelo direito substancial

Por outro lado, trata-se de um direito cuja natureza substancial, embora preponderante, não é uma constante, pelo menos quanto à instrumentalidade direta, pois será material ou processual de acordo com a natureza dos interesses plausíveis aos quais tende a imprimir proteção, diante da atipicidade desse direito, que corresponde à atipicidade das situações *cautelandas*, de *fumus*, não se podendo descartar, como já foi referido, uma eventual proteção imediata a interesses plausíveis processuais para, reflexamente, tutelar interesses materiais.

Não se justificam assim as posições dos processualistas que não admitem a possibilidade de existência de um direito de cautela para a tutela provisória e autônoma de interesses materiais plausíveis (*fumus*), reduzindo a possibilidade de existência de um direito de cautela apenas à dimensão essencialmente processual, como um direito que se limita a legitimar o exercício da ação

⁵⁰³ CUNHA, Alcides Munhoz da. *O direito material de cautela*. Separata da Revista do IAP, n. 23, p. 111-121).

⁵⁰⁴ SILVA, Ovidio Baptista da. *Do Processo Cautelar*, p. 61-68.

processual cautelar para buscar proteção ao processo definitivo, tal como já sustentaram FREDERICO MARQUES,⁵⁰⁵ GALENO LACERDA,⁵⁰⁶ HUMBERTO THEODORO JUNIOR⁵⁰⁷ e, mais recentemente, embora com ressalvas, o próprio

⁵⁰⁵ “Também FREDERICO MARQUES combate a noção de um direito substancial de cautela, tanto que afirma ‘que o direito à tutela cautelar é direito subjetivo processual e nada mais significa do que direito à ação cautelar’ (Manual, vol. 4, p. 331). Todavia, a associação que o eminente processualista faz do direito de cautela com ‘o direito de pedir o julgamento de uma pretensão (ação cognitiva) e o direito de pedir o cumprimento coativo de uma prestação (ação executiva) não serve para ilustrar a inexistência de substrato material para a pretensão à segurança, tanto que a ação cognitiva e executiva instrumentalizam, sabidamente, pretensões materiais que querem se afirmar como direitos subjetivos, estando pois potencialmente preordenadas à realização desses direitos”. (CUNHA, Alcides Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*, p. 115).

⁵⁰⁶ “GALENO LACERDA reconhece a existência de ‘um direito subjetivo material à segurança’, dissociando-o, porém, da pretensão à segurança que anima a ação cautelar. O direito material de segurança de que cogita é o direito oriundo da lei ou do contrato e que tem por fim garantir um bem juridicamente relevante, fora das condições específicas do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Como exemplos da manifestação desse direito cita, além dos contratos de seguro, ‘as disposições legais protetoras do trabalho, da saúde, do trânsito, dos direitos de vizinhança, contra o perigo, o barulho, a poluição cada vez mais ameaçadores (*Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, tomo I, p. 52). Sob essa perspectiva, porém, toda a tutela normativa, administrativa e jurisdicional é acauteladora de direitos e interesses, como já assinalava CALVOSA (“garanzia, cautela e diritto sono dunque, quanto meno in astratto, concetti correlativi e anzi il concetto di diritto implica quello di cautela, di garanzia. Il problema della tutela cautelare, affonda, perciò le sue radici nel più complesso problema del diritto” – *La tutela cautelare* (perfilo sistematico). Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1963, p. 58).” (CUNHA, Alcides Munhoz da. *Op. Cit.*, p. 114). Em outra oportunidade disse GALENO LACERDA, como referiu e rebateu OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, que a defesa de um direito material à segurança traduzia um vício de origem, posto que ‘ressente-se da marca civilista’ que caracterizou a doutrina dos que confundiam o ‘autor com o credor’ (*Do processo cautelar*, p. 63). Ocorre que o direito de cautela que se cogita não compromete a autonomia e abstração da ação, pois o juiz ao conceder ou negar a medida estará reconhecendo ou negando a presença do direito cautelar.

⁵⁰⁷ HUMBERTO THEODORO JUNIOR, afirma ser indefensável a existência de um direito material de cautela, posto que o provimento obtido em sede cautelar pode ser contrário ao provimento que a parte possa obter no processo principal (*Processo cautelar*, 8. ed., São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, 1986, p. 60). Trata-se de uma visão distorcida do fenômeno da realização jurisdicional de direitos, pois somente a admissão de um direito de cautela a ser atuado pela função cautelar pode livrar a jurisdição do vício da relatividade na atuação dos direitos. “A incompatibilidade vislumbrada por THEODORO JUNIOR, porém, somente assume relevância enquanto se entenda, como ele próprio entende, que o provimento cautelar e o provimento definitivo se manifestam sobre a mesma lide, donde o nexo de dependência do processo cautelar ao processo definitivo. Todavia,

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE na magnífica obra *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*.⁵⁰⁸

Afinal, o vício da relatividade em que incidiram essas concepções tradicionalistas já foi suficientemente debatido.⁵⁰⁹

13 . Eficácias declarativa, meramente mandamental e executiva sobre os provimentos cautelares: a coisa julgada cautelar

Também não se justifica a resistência à aceitação ao direito de cautela sob os argumentos levantados, dentre outros, por JOSÉ DE MOURA ROCHA,⁵¹⁰ MANOEL SERRA DOMINGUEZ, FRANCISCO RAMOS MENDEZ⁵¹¹ e

se demonstrada for a existência de um direito de cautela, a lide cautelar será autônoma, e, por isso, não haverá que se cogitar da suposta incompatibilidade. Outro argumento, ainda de THEODORO JUNIOR, é o de que ‘o apego ao direito substancial para justificar a ação cautelar reflete uma posição incompatível com as modernas concepções da própria ação como direito abstrato e autônomo, frente ao direito material, isto é, como direito à tutela jurisdicional, independentemente da procedência ou não da pretensão substancial daquele que maneja o processo’(Processo cautelar, p. 60). Ora, as investigações sobre a existência de um direito substancial de cautela nada tem a ver com a suposta tentativa de identificar o direito de ação, no caso a ação cautelar, com o direito subjetivo material, como queriam as teorias civilistas. O que se pretende, na verdade, é evidenciar o caráter instrumental da função cautelar em relação um direito de cautela, que seja apto conferir, potencialmente, sustentação à pretensão à segurança. a sentença de improcedência da pretensão cautelar há de servir de baliza de que não se quer e não se pode subtrair à respectiva ação o caráter de autonomia e abstração.” (CUNHA, Alcides Munhoz da. *Op. Cit.*, p. 114).

⁵⁰⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*, p.198.

⁵⁰⁹ Sobre o vício da relatividade, vide *supra*, item 31 da Parte I.

⁵¹⁰ JOSÉ DE MOURA ROCHA nega a existência de um direito substancial de cautela, porque não pode admitir que o provimento cautelar se confunda com a *declaração da existência desse direito* (*Exegese do Código de Processo Civil*, v. VIII, Rio de Janeiro: Aide Editora, 1981, p. 71). OVÍDIO BATISTA DA SILVA contrapõe “que o existir não pressupõe a necessidade desde que se declare a existência por sentença”, pois “a questão da possibilidade de uma ação declaratória autônoma é para todos os direitos existentes é problema de técnica processual”(Comentários ao Código de Processo Civil, p. 81).

⁵¹¹ FRANCISCO RAMOS MENDEZ e MIGUEL SERRA DOMINGUEZ, vinculados sempre àquela perspectiva de que a tutela cautelar é atividade de polícia do processo, sendo apenas formal a exigência de separação de processos,

CALMON DE PASSOS,⁵¹² para os quais a existência de um direito de cautela, notadamente de um direito e de uma pretensão material à cautela ou à segurança (proteção ou realização da pretensão plausível, na dimensão da plausibilidade) somente seria possível se pudesse ser admitido um ato de *declaração ou de reconhecimento desse direito de cautela*, através de sentenças em processo cognitivo.

Existe certamente, além da tutela preventiva de natureza cautelar, a tutela preventiva definitiva de direitos. Não se nega, pois, que exista direito e pretensão material à segurança definitiva de interesses, tanto que essa é uma vertente da tutela primária de cognição exauriente ou sumária, quando preventiva, a qual se exerce, v.g., com a ação meramente declaratória e mesmo com o mandado de segurança preventivo,⁵¹³ que aspira os efeitos da certificação do direito com vistas à prevenção, antes da violação. Essa realidade, todavia, não compromete o reconhecimento da outra realidade, qual seja, o reconhecimento da existência do direito e da pretensão cautelar, material ou processual, à atuação do *fumus*.⁵¹⁴

Não procede mesmo o argumento de que não havendo oportunidade para a certificação do direito de cautela no processo, o mesmo não poderia ser admitido

ênfatizam também que seria providência meramente formal idealizar um direito substancial de cautela a ser declarado naquele organismo processual supérfluo, "só pela circunstância, estranha ao direito principal, decorrente do risco de sua eventual e temporária declaração." (*Las medidas cautelares en el proceso civil*, p. 30).

⁵¹² Confirmando sua adesão à concepção tradicional, anota CALMON DE PASSOS: "A pretensão à segurança do direito substancial é exercida mediante ações de conhecimento ou de execução", (v.g. mandado de segurança (preventivo)), enquanto "a pretensão à segurança do resultado útil do processo, seja ele de cognição, seja ele de execução, é exercitável mediante *as ações denominadas de cautelares*, para as quais se disciplinou um tipo de atuação em juízo que constitui o processo cautelar, dada a especificidade de que se reveste e que a distingue, fundamentalmente, tanto da pretensão à certificação do direito (substancial), quanto da pretensão à atuação do direito (substancial). Seja em caráter reparatório, seja em caráter preventivo. A ação cautelar tutela o processo não o direito material. O processo cautelar é processo a serviço do processo, não processo a serviço do direito material." (*Comentários ao código de processo civil*, v. X, tomo I, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 45-46).

⁵¹³ PASSOS, J. J. Calmon de. *Op. Cit.*, p. 47-52.

⁵¹⁴ CUNHA, Alcides Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*, p. 113-120.

como uma entidade jurídica de direito material. Nesse sentido já havia se pronunciado LIEBMAN, aduzindo que se houvesse direito substancial de cautela, o provimento que concede a medida cautelar conteria declaração quanto à existência desse direito e seria passível de sofrer a eficácia da coisa julgada.⁵¹⁵

UGO ROCCO já havia pronunciado, porém, que o direito objetivo presta para a tutela cautelar objetivos diversos daqueles que atribui à tutela (primária) dos direitos subjetivos, tanto que nessa – na tutela cognitiva primária –, a resolução do conflito de interesses pressupõe declaração apta a eliminar o estado de incerteza (certificação de direito), enquanto que naquela – na tutela cautelar –, a resolução do conflito pressupõe a manutenção do estado de fato e de direito subjetivo (primário) controvertido e incerto, para eliminar uma situação de perigo em torno da pretensão apenas aparente (*fumus*), emitindo-se ordens ou injunções.⁵¹⁶ Insinuava, pois, que o provimento cautelar de procedência declarava *tout court* o estado de incerteza do direito subjetivo, mas um estado de existência quanto ao *fumus* e ao *periculum damnum* para legitimar o provimento concessivo da cautela.

Por mais incrível que possa parecer, pode-se sustentar que existe realmente declaração tanto no provimento definitivo, como no provimento cautelar (conservativo ou antecipatório): naquele contém-se a declaração da existência ou inexistência do direito primário, subjetivo, que fundamenta a pretensão ideal (não cautelar); nesse contém-se a declaração da existência ou *inexistência do direito de cautela*, isto é, do *fumus*, do direito provável, pois é esse o direito que anima a pretensão cautelar que se situa como o objeto ou como a lide da tutela cautelar. Afinal, trata-se de uma tutela de verossimilhança, que se compromete com a verossimilhança e declara o estado de verossimilhança. O fundamento dessa tutela é o direito de cautela que corresponde ao direito à

⁵¹⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Unità del procedimento cautelare*. In: *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova: Cedam, n. 9, p. 252-253.

⁵¹⁶ ROCCO, Ugo. *Trattato di diritto processuale civile*, p. 89, 397-399.

segurança do *fumus* (proteção ou realização dos interesses plausíveis), em face de concretas situações de *periculum* que motivam a urgência. O objeto dessa tutela é a pretensão cautelar ou de segurança, para se imprimir proteção ou realização temporária dos interesses plausíveis e periclitantes. O fim dessa tutela é a proteção de segurança aos interesses assim plausíveis e periclitantes através da produção de medidas conservativas ou antecipatórias adequadas à situação concreta.

Pode-se pois admitir que há declaração no provimento cautelar. Nesse sentido é a posição de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, que seguindo a trilha de PONTES sobre as diferentes cargas de eficácia dos provimentos, observa que a atividade de declaração existe, mas fica obscurecida pela maior carga de *mandamentalidade* do provimento de segurança. Diz realmente que em sede cautelar predominam as atividades de '*imperium*' sobre a '*notio*',⁵¹⁷ pois a *eficácia preponderante na sentença cautelar deve, portanto, consistir muito mais em uma ordem do que em um julgamento*⁵¹⁸ (juízo declaração). Afinal, prossegue OVÍDIO, *a sentença de procedência na ação cautelar reconhece a existência de uma pretensão à segurança, decorrente da simples aparência do direito. Apenas não a declara existente*⁵¹⁹ (formalmente).

E compreende-se que assim sejam as coisas. O próprio LIEBMAN sustentou a unidade do procedimento cautelar, o qual não poderia ser cindido em uma fase de cognição cautelar (conhecimento do *fumus*, em virtude da situação de *periculum*) e em uma fase de execução (realização prática da medida decretada), em virtude da urgência que justifica esse tipo de tutela provisória. Vale dizer, o próprio LIEBMAN reconheceu que a atividade de declaração existente na tutela cautelar (declaração do *fumus*) não representava uma utilidade por si só, não podendo assim tal declaração de aparência insinuar-se como o ponto culminante de uma tutela ou de um organismo processual, tal como se dava com

⁵¹⁷ SILVA, Ovídio Baptista da. *Do processo cautelar*, p. 67.

⁵¹⁸ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 3, p. 64.

⁵¹⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. *Comentários ao código de processo civil*, p. 82.

a sentença de procedência no processo de cognição, notadamente com a sentença condenatória, na qual, sob a inspiração e vigilância de LIEBMAN, manteve-se a cisão da pretensão à declaração (condenação), em relação à pretensão de execução (execução de sentença).⁵²⁰

Em suma, pode-se afirmar que na tutela cautelar (antecipatória ou conservativa) existe declaração, positiva ou negativa, consoante se conceda ou se negue as medidas, cuja concessão ou denegação trazem o pressuposto do reconhecimento ou não da existência do *fumus* em situação de *periculum*, isto é, da existência ou não do direito de cautela no caso concreto. Ocorre que, como enfatiza OVÍDIO, essa carga de declaração é ínfima diante da carga sensivelmente preponderante de *imperium*, ou seja, de *mandamentalidade* (ou de executividade), cujas eficácias notabilizam os provimentos de procedência da função de urgência.

A *coisa julgada*, isto é, a eficácia que tornaria imutáveis os efeitos da declaração, quanto à existência ou inexistência do direito de cautela no caso concreto, perde naturalmente sua relevância em sede cautelar, diante da natureza essencialmente temporária destes provimentos, em caso de procedência. Ainda assim, como sustentou EGAS MONIZ DE ARAGÃO, com apoio na doutrina de FRITZ BAUR, torna-se possível admitir a existência da coisa julgada cautelar, *sempre e apenas na relação com outras medidas temporárias*.⁵²¹ Afinal, a coisa julgada somente pode se verificar nos limites subjetivos e objetivos da mesma lide. Com efeito, considerando ilustre processualista que a função cautelar se desenvolve sobre uma lide específica (lide cautelar), informada pelos pressupostos do *fumus* e do *periculum*, conclui: *o julgamento proferido no processo cautelar denegatório ou concessivo da medida, faz coisa julgada (em relação a outro processo cautelar, é óbvio) sempre que lhe apreciar o mérito – periculum in mora e fumus boni iuris*.⁵²² E

⁵²⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Unità del procedimento cautelare*.

⁵²¹ ARAGÃO, Egas Moniz de. *Medidas cautelares inominadas*, p. 61.

⁵²² ARAGÃO, Egas Moniz de. *Idem*, p. 66.

ainda anota: *a permissão de repetir o pedido 'por novo fundamento' revela que a lei subordina a sentença cautelar à cláusula rebus sic stantibus,*⁵²³ o que, em geral, denota a existência de novos fatos e é indicativo da existência de outra lide.

O direito geral de cautela, frise-se, é atípico, destinando-se tanto à proteção de interesses materiais, processuais, públicos, privados, coletivos, como à proteção de interesses processuais, sempre correlativos a interesses materiais. Quando anima pretensões à segurança ou proteção urgente a interesses substanciais, assume certamente uma dimensão de direito material de cautela. Se esse direito pode ou não assumir a natureza de um direito subjetivo de cautela, é questão menor, em face das discussões filosóficas e doutrinárias intermináveis sobre o próprio conceito de direito subjetivo⁵²⁴. Seja como for, trata-se de um direito que deflui do ordenamento jurídico e que se presta à tutela de interesses das partes, notadamente interesses materiais, o que basta para a sua inserção no plano substancial, ressalvadas as eventuais situações em que possa estar preordenado à tutela imediata de pretensões processuais.⁵²⁵

⁵²³ ARAGÃO, Egas Moniz de. *Idem*, p. 64.

⁵²⁴ ANGELO JANUZZI, referido por OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA em seus *Comentários*, seguindo a trilha de PONTES DE MIRANDA, enfatizou a dimensão substancial que esse direito de cautela pode assumir, revelando-se como autêntico direito subjetivo substancial de cautela. Para tanto aduziu que a medida cautelar pode ser facilmente entendida como predisposta a assegurar vínculo de instrumentalidade que já existe no campo do direito substancial entre o dever de garantia e a obrigação (*obbligatio*) principal e, em vista disso, a pretensão cautelar pode se ligar a um direito que subsiste como acessório, não do direito acautelado, mas da própria relação jurídica informada pelo *fumus*, podendo a pretensão cautelar formar objeto de tutela autônoma em presença de uma situação de perigo de inobservância da obrigação, arrematando, que a situação de perigo reclama a aplicação de uma norma que atribui ao credor um direito autônomo de cautela. (*Comentários ao código de processo civil*, p. 78).

⁵²⁵ Sobre esse direito de cautela atípico, que se presta a legitimar a pretensão à segurança de interesses materiais e processuais da parte, já disse em outra oportunidade que trata de um direito que “permite que se possa exigir proteção, não a outro direito, mas a uma pretensão idealmente atribuída ao sujeito, pelo direito objetivo, e que pode se exercer como autêntico direito subjetivo, de natureza material ou processual”. E mais: “A todo interesse que se diz juridicamente protegido corresponde uma pretensão ideal à consecução deste mesmo interesse, enquanto tem condições de vir a ser reconhecido como autêntico direito subjetivo, isto é, enquanto as normas jurídicas permitam

O fato decisivo para a compreensão de toda a fenomenologia cautelar é de que através da função cautelar, conservativa ou antecipatória, instrumentaliza-se em concreto um direito de cautela que, sendo de caráter geral, especializa-se para afastar uma concreta situação de perigo a interesses juridicamente relevantes, cuja proteção ou realização prática depende da plausibilidade de uma pretensão de fundo, ideal.

ao sujeito a faculdade de exigir ou de obter a utilidade prevista ou não proibida pelo ordenamento, por ser plausível a pretensão. Essa pretensão ideal (*fumus boni iuris*), então, constitui-se ela mesma, em um bem juridicamente protegido, sendo portanto objeto do interesse que anima uma pretensão acessória quanto à segurança da pretensão ideal (principal) contra os riscos de lesão ou de agravamento de lesão (*periculum in mora*). As normas jurídicas permitem ao sujeito a faculdade de exigir proteção a essa pretensão ideal e, assim, delineiam um direito à segurança da pretensão plausível. O direito de cautela a que se quer dar configuração, portanto, não se apresenta como acessório de um direito acautelado, que pode não existir, mas ainda é acessório, na medida em que é correlativo a uma pretensão de segurança, que é acessória de uma pretensão reputada ideal (*fumus*), no plano da realização dos direitos (...) Tem-se, pois, que a toda e qualquer pretensão que se afirme fundada em um direito subjetivo (que a princípio se repute suficiente para permitir ao sujeito a conservação, utilização ou obtenção de um bem de vida), corresponde, insita e potencialmente, uma pretensão acessória à segurança daquela pretensão, dita ideal, enquanto seja manifesto o interesse de exercê-la sem riscos de sacrifícios. Não se pode pois negar que existe de modo subjacente uma exigência, latente, genérica, dirigida a todos que tem obrigação de propiciar a ampla realização da pretensão ideal, ou ainda, a todos que o dever de não impedir aquela satisfação, que, mediante comportamentos comissivos ou omissivos, eliminem embaraços ou se abstenham de criar obstáculos à persecução, pelo sujeito, daquela utilidade que idealmente lhe foi atribuída no plano jurídico. Aí pois a idéia de obrigação em sentido amplo, correlativa à noção de direito subjetivo, também em um sentido genérico, enquanto se entenda que ‘não é lícito’ impedir o uso de faculdades jurídicas, previstas explícita ou implicitamente pelas normas jurídicas” (TELLES JUNIOR, Godofredo. Direito subjetivo. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 18, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 299-310). Delineando-se porém uma concreta situação de perigo, ao exercício atual ou futuro da pretensão ideal, sem que o titular dessa pretensão possa por si mesmo afastá-la e, assim, satisfazer a necessidade de segurança (aos interesses que dependem da proteção do objeto ou da realização prática daquela pretensão), a pretensão acessória se dinamiza, especializando-se nas concretas razões que possa fundamentá-la no direito de cautela, que até então ficara *in fieri*, para exigir uma particular providência do sujeito ou sujeitos que, embora tivessem aquela obrigação ou aquele dever de não comprometer a satisfação ampla da pretensão ideal, praticam atos ou se abstem de praticar atos, como que criam uma situação de lesão ou agravamento de lesão em torno da pretensão principal.”, ou de interesses relevantes que o exercício da pretensão ideal poderia instrumentalmente realizar. (CUNHA, Alcides Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*, p. 117-120).

Anota OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA que a autonomia da pretensão à segurança e da respectiva ação (tutela) cautelar, a respeito da qual tanto se discute, tem sido admitida pelos juristas que ultimamente se ocuparam da questão, referindo-se expressamente a ARIETA e TOMMASEO, ambos reconhecendo a existência de um direito substancial de cautela.⁵²⁶

No Brasil, cabe referir à posição de KAZUO WATANABE que igualmente reconhece a existência de uma pretensão material à segurança, fundada no direito de cautela,⁵²⁷ que se constitui no objeto autônomo da função cautelar e que permite vislumbrar uma constante satisfatividade no provimento cautelar, pelo menos no que diz com a satisfação da pretensão de segurança, quando se concede as medidas conservativas e antecipatórias.⁵²⁸

Ilustrativas ainda são as observações feitas por GIUSEPPE TARZIA, a propósito do *Colloquio internazionale su Les mesures provisoires en procédure civile*, organizado pela Universidade de Milão, em outubro de 1984.⁵²⁹ Das referidas observações extraem-se considerações conclusivas no sentido de que a tutela cautelar, longe de desenvolver uma atividade meramente assicurativa dos resultados da tutela cognitiva ou executiva, vem denotando uma autonomia funcional quase completa;⁵³⁰ que a tônica da provisoriedade está na

⁵²⁶ SILVA, Ovidio Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 3, p. 109.

⁵²⁷ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, p. 104-107.

⁵²⁸ Discorrendo sobre os efeitos dos provimentos antecipatórios e conservativos da tutela de urgência, KAZUO WATANABE anota que a doutrina dominante não aceita o caráter satisfativo da medida cautelar, ressalvando entretanto sua própria posição: “a menos que se aceite, como o fazemos, a existência de direito substancial de cautela, que é satisfeito pelo provimento concessivo da tutela cautelar”. (Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: *Reforma do Código de Processo Civil*, obra coletiva, coord. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, p. 38).

⁵²⁹ TARZIA, Giuseppe. *Atti del colloquio internazionale su Les mesures provisoires en procedure civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1985, p. 246.

⁵³⁰ TARZIA, Giuseppe. *Rimedi processuali contro i provvedimenti d'urgenza*. In: *Rivista di Diritto Procesuale Civile*, Padova: Cedam, n. 41, p. 36.

circunstância de que o provimento cautelar não inibe o provimento definitivo;⁵³¹ que existe enfim uma jurisdição temporária ou provisória de caráter geral, exercitada mediante procedimentos cautelares, destinados a dar proteção a situações jurídicas privilegiadas⁵³² (*fumus*). Não há nessas observações uma referência explícita que importe em reconhecimento expresso do *direito de cautela*, do *direito à segurança da pretensão plausível* como fundamento geral da tutela cautelar. Não obstante, as considerações e conclusões presumem de modo eloqüente esse fundamento geral.

Como tem insistentemente observado OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, *a discórdia sobre a existência desse controvertido direito substancial de cautela, reduz-se a uma questão de simples precisão lingüística e a uma adequada compreensão da índole da proteção cautelar.*⁵³³

Enfim, existe o direito de cautela, pretensão material cautelar à segurança, pretensão processual à tutela cautelar, lide cautelar e provimento cautelar. Esse provimento ostenta uma carga, ainda que mínima de declaração, quanto a existência do direito de cautela, subsidiário, no caso concreto, mas mantém a incerteza quanto a existência ou não de possível direito subjetivo primário, pois a final, compraz-se com a tutela do *fumus* em situação qualificada de perigo. E por isso a eficácia preponderante da decisão que concede a medida cautelar é a da *mandamentalidade* ou a eficácia *executiva 'lato sensu'*.

OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA refere-se apenas à eficácia mandamental como uma característica distintiva da cautelaridade, inclusive em relação aos provimentos de cognição sumária (antecipatórios, cognitivos), nos quais se poderia vislumbrar, além da mandamentalidade a eficácia executiva.

OVÍDIO reconhece a proximidade conceitual entre provimentos mandamentais e executivos, os quais permitem o desencadeamento de atividades

⁵³¹ TARZIA, Giuseppe. *Considerazione comparative sulle misure provvisorie nel processo civile*. In: *Rivista de Diritto Processuale Civile*, n. 40, p. 246.

⁵³² TARZIA, Giuseppe. *Idem*, p. 250.

⁵³³ SILVA, Ovídio Baptista da. *Comentários ao código de processo civil*, p. 80.

materiais, práticas, de cumprimento de efeitos das decisões judiciais no mesmo processo em que são inseridas, porque através dessas eficácias não se constitui título executivo judicial como ocorre com as sentenças condenatórias. Vale dizer, através das eficácias mandamentais e executivas não se impõe a cisão do interesse processual do autor para, em um primeiro momento, almejar apenas a eficácia declarativa e, depois, em segundo momento, através de outra ação, pleitear o efeito executivo.

Ocorre, entretanto, que OVÍDIO adota um conceito restritivo de execução e, em conseqüência, de eficácia executiva *lato sensu*, como já foi referido. Aduz que há executividade apenas quando ressalta a *natureza satisfativa de um interesse através da transferência jurídica que se opera de algum valor jurídico do patrimônio do demandado para o patrimônio do demandante*. Considerando que as medidas cautelares pressupõem apenas conservação quanto a possíveis direitos subjetivos (*conceito igualmente restritivo de cautela*), entende que, ontologicamente, não se pode conferir aos seus provimentos a característica da executividade, apenas a da mandamentalidade.⁵³⁴

Ocorre, entretanto, que se for alargado o conceito de execução⁵³⁵ para referir-se a todo o ato que realize praticamente comandos judiciais para a satisfação de interesses juridicamente relevantes, distinguindo-se apenas no interno da categoria as diferentes espécies de execução, então será perfeitamente possível cogitar de eficácias mandamentais e executivas em relação às medidas cautelares. E, depois, desde que se admite um direito de cautela subsidiário e, ainda, desde que se admite, como faz o próprio OVÍDIO, que esse direito material de cautela é que anima os provimentos cautelares, não há porque não se admitir a execução desses direitos.

E o dado prático, de fácil assimilação, que resolveria de vez as freqüentes dúvidas conceituais, se o caso é de sentença mandamental ou de sentença executiva *lato sensu*, se resolveria no seguinte critério: se o cumprimento

⁵³⁴ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 2, p. 23-27.

⁵³⁵ Vide *infra*, item 25 da Parte II.

imediatamente da decisão, havendo recusa por parte do destinatário, ainda assim pode ter o seu resultado prático obtido através de meios subrogatórios que estão à disposição do juiz, inclusive através da requisição de força policial, se necessário, a eficácia preponderante será a executiva. Por outro lado, se o resultado prático, havendo recusa do destinatário, não pode ser obtido através dos meios subrogatórios (a força), mas apenas através de meios coercitivos para compelir o destinatário a praticar o ato que lhe foi determinado, então a eficácia preponderante será a mandamental.

Os meios coercitivos podem consistir na imposição de multa diária, na ameaça de prisão civil nos casos previstos em lei, na ordem de prisão por crime de desobediência, na ameaça de ser substituída e realizada a prestação específica, infungível, personalíssima, pela satisfação do credor através da tutela do equivalente.⁵³⁶

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

Os provimentos de um modo geral combinam várias espécies de eficácias e se distinguem como já anunciava PONTES pela eficácia preponderante. Assim é possível até mesmo a combinação de eficácia mandamental e executiva, como poderá ocorrer nas hipóteses em que há uma liminar cautelar impondo ao demandado a abstenção da prática de um ato, inclusive através da ameaça de meios coercitivos e, ainda sob pena de desfazimento do ato ou fato praticado em contrariedade ao mandamento, for passível de desfazimento.

Poderão ser meramente mandamentais os provimentos cautelares que determinam que a parte se abstenha de praticar algum ato ou que imponha a prática de um ato personalíssimo infungível e, ainda, certas medidas liminares que, em face da urgência qualificada (*periculum damnum irreparabile*),

⁵³⁶ Sobre a tutela do equivalente, vide *supra*, item 23 da Parte I.

determinam a autoridades administrativas que pratiquem ou deixem de praticar algum ato, cujos atos, sendo da esfera específica do administrador, não podem ser praticados pelos juizes, que então se servem dos meios coercitivos.

Por outro lado, poderá se dizer que está presente a eficácia executiva *lato sensu* nos provimentos cautelares de seqüestro e arresto, que implicam em medidas de busca e apreensão ou de arrecadação de bens, porque, nesses casos, é através de atos materiais, que podem ser praticados por oficiais de justiça ou, ainda, mediante requisição de força policial ou através de outros meios práticos à disposição do juiz, que se poderá obter o resultado e eliminar a resistência do destinatário da ordem.

14. Tipicidade eventual e atipicidade residual das medidas cautelares

A existência de um direito geral e subsidiário de cautela da parte e de um poder geral residual de cautela, evidencia que na função cautelar predomina o poder discricionário do juiz na avaliação dos pressupostos fáticos, pertinentes a *periculum damnum e fumus*, o que por si só já demonstra que a regra, em tema de cautelaridade, é a da *atipicidade*, sendo exceção o caso de medida típica.

Nesse sentido já se manifestara CALVOSA, que reputou, aliás, absolutamente inútil, qualquer tentativa de se localizar um critério idôneo e constante para justificar uma classificação entre medidas cautelares nominadas e inominadas, ou entre medidas cautelares (típicas) e provimentos de urgência (atípicos), segundo o ordenamento italiano.⁵³⁷ UGO ROCCO, por sua vez, não identificou também nenhum critério objetivo que pudesse orientar a distinção.⁵³⁸

Com efeito, esses autores italianos enfatizam que entre as medidas cautelares típicas e atípicas não se torna possível estabelecer qualquer diferença

⁵³⁷ CALVOSA, Carlo. *La tutela cautelare* (profilo sistematico), p. 308-318.

⁵³⁸ ROCCO, Ugo. *Trattato di diritto processuale civile*, p. 395-400.

quantitativa ou qualitativa, tanto que umas e outras podem ser conservativas ou antecipatórias e correlativas a interesses plausíveis pertinentes às mais diversas situações jurídicas.

Referem eles que nem mesmo pelo conteúdo e efeitos dessas medidas se pode pretender localizar algum critério distintivo, Pois assim como há medidas típicas com conteúdo e efeitos precisos, como se dá com as medidas do arresto e do seqüestro, existe também medidas típicas, como aquelas pertinentes à nunciação de obra nova, em que o legislador prevê a possibilidade de medidas cautelares, mas deixa à discricção do juiz fixar-lhes o conteúdo e os efeitos, tanto que pode determinar a suspensão, demolição, reconstrução da obra, senão impor caução.

Descartam também qualquer possibilidade de distinção baseada no grau de urgência, pois a característica das medidas cautelares, consoante enfatizam, reside sempre no pressuposto da iminência de um perigo de dano irreparável, sendo que somente o caso concreto, com as ponderações sobre a adequação, suficiência, grau de necessidade da medida, é que poderá denotar o grau de urgência, mais ou menos qualificado, mas sempre dentro daquele prenúncio da iminência de um dano irreparável no caso concreto. Afinal, são as situações de urgência urgentíssima que caracterizam a tutela cautelar.

Tampouco a natureza dos interesses a que se pretende imprimir proteção, mediante medidas meramente conservativas ou inovativas (antecipatórias) poderá servir de parâmetro para a distinção, pois tanto as típicas como as atípicas se prestam a tutelar interesses plausíveis, quer sejam eles materiais ou processuais, públicos ou privados, relativos ou absolutos, individuais ou coletivos. Nesse sentido também já se pode contar com a advertência sempre precisa de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, no sentido de que os interesses tuteláveis pela via cautelar podem ser correlativos a quaisquer situações jurídicas, a quaisquer *situações cautelandas*, sendo que não se nota maiores preocupações do autor gaúcho em distinguir medidas típicas e atípicas.

ENRICO DINI e GIOVANNI MAMMONE sustentam que haveria um

critério distintivo, baseado no fato de as medidas inominadas serem cabíveis nas hipóteses que pressupõem uma inter-relação do pedido cautelar com o pedido cognitivo (inter-relação de lides) e que, em face dessa inter-relação, a medida inominada (*provvedimento d'urgenza* – artigo 700 do Código de Processo Civil italiano) vincula-se ao fim de evitar prejuízos aos interesses correlativos ao mérito do processo principal, enquanto que as medidas nominadas ou típicas são descritas pelo legislador, quando não ocorre essa necessária inter-relação.⁵³⁹ Todavia, a relatividade do critério é manifesta, tanto perante o ordenamento processual italiano, como perante o ordenamento processual brasileiro e tem tudo a ver com a diversidade de conteúdo e de efeitos dos provimentos cautelares, quer sejam típicos ou atípicos. Ademais, essa suposta correlação de meio e fim entre a medida cautelar inominada e o provimento cognitivo não é uma constante, nem mesmo quanto às medidas típicas que podem pressupor também o fenômeno da inter-relação de lides, como se dá freqüentemente com o seqüestro.

HUMBERTO THEODORO JUNIOR, tratando do assunto, não vislumbra qualquer critério objetivo para a distinção, à semelhança de UGO ROCCO e CALVOSA, ressaltando que entre as medidas cautelares típicas e as inominadas, inexistente diferença de natureza ou substância. Atribui a existência de algumas medidas típicas, que realmente são poucas, desde que excepcionais, a razões de política processual, tanto que o legislador teria simplesmente, *segundo a experiência de vida e a tradição do direito* previsto algumas providências, atribuindo-lhes objetivos e procedimentos (mais ou menos) específicos, tal como ocorre com as medidas do seqüestro e do arresto.⁵⁴⁰ *E não existe mesmo outra explicação, a não ser essa.*

Típicas ou não as medidas cautelares submetem-se ao mesmo regime,

⁵³⁹ DINI, Enrico A.; MAMANO, Giovanni. *I provvedimenti d'urgenza*. 7. ed., Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1997, p. 72-75.

⁵⁴⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 1.122-1.131.

atuando o direito de cautela, subsidiário, mediante uma tutela jurisdicional residual, onde se situa como lide autônoma, estrutural e funcionalmente, podendo ou não haver inter-relação de lides, com a ressalva de que, havendo a perspectiva da inter-relação de lides, o direito positivo brasileiro impõe a atuação concomitante das tutelas cautelar e não cautelar, seja no mesmo processo, seja em organismos processuais apartados.

Realmente, nem mesmo o critério da técnica utilizável para a produção das medidas cautelares típicas e atípicas favorece a distinção. Para as medidas típicas o ordenamento pode exigir ação e procedimentos distintos, que serão antecedentes ou incidentais às chamadas ações principais, quando ocorre a inter-relação de lides, tal como pode se dar com o arresto, seqüestro, exibição de coisa ou documento. Por outro lado, o ordenamento prevê procedimentos que não pressupõem necessariamente a inter-relação como se dá com a produção antecipada de prova e como pode se dar com o próprio arresto, quando então só haverá ação e processo cautelar.

Outras vezes o próprio ordenamento prevê a incoação cumulativa e interinal de medidas cautelares típicas a determinados tipos de processos cognitivos, em sintonia com a natureza de determinadas pretensões de direito material, valendo-se da enunciação genérica de pressupostos quanto ao *fumus* e ao *periculum damnum* ou, ainda, utilizando-se de fórmulas vagas e equivalentes, ou mesmo sugerindo alternativas de conteúdo e efeitos essencialmente cautelares, que exigem apreciação discricionária do juiz, para conceder as medidas adequadas, sejam conservativas ou antecipatórias, *na medida da necessidade ou suficiência* para afastar a situação de perigo de dano irreparável e manter íntegra a idealidade do interesse plausível, cujas medidas se submetem ao regime integral quanto à temporariedade, variabilidade de conteúdo e efeitos, fungibilidade, instabilidade etc. É o que ocorre com o depósito da coisa ou do equivalente na ação de depósito, com a ordem de suspensão ou demolição nas ações de denúncia de obra nova.

Quanto às medidas inominadas, sejam conservativas, sejam antecipatórias,

poderão se valer das técnicas da ação cautelar autônoma, antecedente ou incidente nas formas possíveis e preconizadas pelo Livro III, do Código de Processo Civil e, ainda, em consonância com os princípios da fase instrumentalista e em face das recentes reformas do Código processual, valer-se das técnicas de incoação interinal da pretensão cautelar, conservativa ou antecipatória, na forma preconizada pelo inciso I, do artigo 273 e pelo § 3º do artigo 461, do Livro I, do mesmo Código (que se atêm a *periculum damnum* e *fumus*), quando não, em consonância ainda com o particular interesse processual, e, em face de particular situação de urgência, valer-se de uma especial combinação de técnicas do Livro III, com as técnicas do Livro I, propondo ação cautelar antecedente na perspectiva de incoação do pedido principal no mesmo organismo processual, nos prazos da lei, para manter a eficácia.

Três situações de relevância devem ser consideradas nesse tema relativo a medidas cautelares típicas e atípicas: a) se é possível pelo menos identificar no caso concreto as medidas típicas, diante de situações que se não são absolutamente genéricas, pelo menos são relativamente genéricas na enunciação dos pressupostos do perigo de dano irreparável; b) se é possível estabelecer um critério objetivo e constante para distinguir os pressupostos correspondentes ao gênero das medidas cautelares em geral (típicas ou atípicas) dos pressupostos que autorizam a sumarização dos direitos subjetivos primários (cognição sumária dos direitos subjetivos ou primários); c) se a previsão de medidas típicas para a proteção de determinados interesses plausíveis nas situações cautelandas previstas pelo legislador, permite a utilização daqueles mesmas medidas típicas para outras situações cautelandas ou, ainda, se em face da mesma situação cautelanda pode juiz decretar outras medidas reputadas adequadas, que não aquela referida como típica para o caso concreto.

Quanto ao primeiro aspecto, embora se saiba que pelo conteúdo, efeitos, graus de discricionariedade ou urgência não seja possível estabelecer a distinção entre medidas cautelares típicas e atípicas, resta saber, tendo em vista

os diferentes graus de generalidade na enunciação dos pressupostos, quando se está defronte a uma medida cautelar típica ou atípica. Considerando que a regra é a atipicidade, decorrente de enunciados genéricos quanto a *fumus e periculum damnum* em qualquer situação, não haverá dúvida que se estará diante de medidas cautelares típicas, seja no Livro III, seja no Livro IV do Código, seja em leis extravagantes, quando existe indicação precisa ou alternativa da medida que pode ser concedida, reportando-se sempre a uma situação de perigo iminente e irreparável, que seja ainda referível expressamente a pretensões de direito material específicas, que possibilitam a identificação precisa da utilidade, do bem ou da vantagem que se quer assegurar na dimensão da mera plausibilidade. Vale dizer, a situação cautelandada é determinada em espécie, não em gênero, pois aí então haverá generalidade compatível apenas com as medidas inominadas.

Sob esse ângulo, pode-se dizer que são medidas cautelares típicas a do arresto, do seqüestro, da exibição, da produção antecipada de provas, para as quais o legislador descreveu as situações cautelandadas e as possíveis medidas que reputou adequadas para assegurar a idealidade do *fumus*, diante de uma situação de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Do mesmo modo quando a medida se refere em termos vagos ou fluídos à possibilidade de medidas liminares ou cautelares para afastar de perigo de dano irreparável em relação aos interesses plausíveis correlativos a pretensões de direito material cuja fundamentação jurídica ou cujo objeto é perfeitamente identificável, de modo específico, como se dá com a previsão de liminar nas ações de depósito, na nunciação de obra nova. Sempre há o pressuposto do perigo de dano irreparável vinculado a certas medidas específicas, a certos bens ou interesses absolutamente especificados ou a certas pretensões de direito material identificáveis pelo fundamento jurídico ou pelo objeto.

Já não se pode qualificar como medida cautelar típica, pelo menos de modo absoluto, a busca e apreensão dos artigos 839 a 843 do Código de Processo Civil, porque se limita a indicar a possibilidade do juiz ordenar a busca e apreensão de pessoas ou coisas sem especificar qualquer situação

particularmente perigosa, ou a natureza da pretensão material que possa justificar a concessão da medida. Ademais, a busca e apreensão é medida de execução de uma decisão judicial, no caso em exame, de execução de uma decisão cautelar, em situações absolutamente genéricas.

Também, não se pode considerar como medida cautelar típica a simples menção quanto à possibilidade de se conceder medidas liminares, em face de perigo de dano irreparável ou para salvar a eficácia do provável provimento final de mérito das ações cognitivas que se processam em regime de inter-relação de lides, de modo cumulativo ou não, quando essas previsões não identificam a situação cautelanda em espécie, mas apenas em gênero, considerando classe de ações, com pretensões materiais de diferentes conteúdos, incidindo sobre diferentes interesses, pertinentes a diferentes utilidades, ainda que a objetividade jurídica seja a mesma.

Sob esse aspecto, não se pode considerar como medida cautelar típica a enunciação genérica quanto ao cabimento de liminares em mandado de segurança, em ação popular ou em ações coletivas, porque sob a disciplina normativa dessas *ações* se comportam as mais variadas pretensões de direito material, com especificidades de interesses, conquanto a objetividade jurídica seja a mesma: proteção contra atos abusivos de autoridade, contra atos ou fatos comprometedores do patrimônio público ou dos interesses metaindividuais em geral. O grau de generalidade indica que existe absoluto poder de disposição das partes na enunciação dos pressupostos e na indicação dos interesses que especificamente se quer proteger, correspondendo a isso a absoluta discricionariedade judicial na valoração dos pressupostos, na identificação da medida adequada e suficiente para a proteção – do modo menos gravoso à contraparte, consoante as regras gerais que orientam qualquer execução -. Tudo como se passa com base nos pedidos de cautela que se reportam aos enunciados genéricos dos artigos 798 e 273, I, do Código de Processo Civil. Tanto é assim, que nesses casos o regime é o da cautelaridade, admitindo fungibilidade e variabilidade de medidas, que são temporárias e naturalmente

instáveis.

A relevância da questão nesses casos está em demonstrar que tratando-se de medidas cautelares atípicas, ou inominadas, as partes têm o poder de livre disposição na elencação dos pressupostos fáticos da situação de perigo de dano irreparável e na indicação do interesse concretamente ameaçado de dano, cabendo ao juiz a prerrogativa de promover discricionariamente a escolha da medida mais adequada e suficiente para exercer a proteção que porventura deva ser conferida ao interesse no caso concreto.

A outra questão considerada relevante foi se é possível estabelecer um critério objetivo e constante para distinguir os pressupostos correspondentes ao gênero das medidas cautelares em geral (típicas ou atípicas) dos pressupostos que autorizam a sumarização dos direitos subjetivos primários (cognição sumária dos direitos subjetivos ou primários).

Essa questão já foi enfrentada quando houve o propósito de se mostrar a distinção entre as antecipações cautelares e as antecipações sumárias do direito subjetivo ou primário *tout court*.⁵⁴¹ Cabe apenas enfatizar que enquanto a regra das medidas cautelares é a da atipicidade, com base nos pressupostos genéricos de *fumus* e de *periculum*, a regra nos casos de sumarização de direitos é a da estrita tipicidade, porque excepcional ao padrão da segurança jurídica que ainda orienta a disciplina das tutelas jurisdicionais primárias, reclamando por pressupostos regrados, vinculativos, suficientes, que possam dar sustentação à presunção e conseqüente estabilidade do provimento, até que possa ser elidida a presunção pelo provimento de cognição exauriente.

Por outro lado, pragmaticamente, as situações que comportam sumarização do direito subjetivo primário, independentem, prescindem da indicação de uma situação concreta de perigo, porque se existente essa situação, já foi idealmente contemplada pelo legislador ao enunciar as situações que autorizam objetivamente a sumarização do direito subjetivo. Tanto é assim, que se pode

⁵⁴¹ Vide *supra*, item 1 da Parte II.

exigir apenas prova sumária quanto aos fatos descritos pelo legislador e que pertinem sempre a fatos materiais da lide cognitiva (prova sumária da posse e da data da esbulho ou turbação nas ações de reintegração ou manutenção de posse; prova da mora do devedor nos contratos de alienação fiduciária) ou, então, à ocorrência de situações processuais concretas favoráveis à sumarização (abuso de defesa), antes que se complete o ciclo da cognição exauriente idealizado pelo legislador.

Os casos de sumarização, por serem típicos, existem em número infinitamente menor do que os casos de cautelaridade, mesmo porque se submetem a um regime de estabilidade dos provimentos em face da eficácia da presunção de certeza que recebem, vindo daí que aspiram à definitividade e à consolidação dos efeitos naturais do provimento sumário, quando não à consolidação estrutural do próprio provimento sumário.

Por outro lado, não há como confundir a tipicidade necessária e constante das antecipações sumárias com as hipóteses excepcionais de tipificação de medidas cautelares, notadamente quando podem importar em medida cautelar antecipatória. A marca registrada das medidas cautelares consiste na previsão, genérica ou específica, de uma *situação de perigo de dano irreparável*, cuja situação pode ter sido eventualmente prevista e descrita como tal pelo legislador, mas a simples enunciação do fato como correlativo a uma situação excepcional de perigo de dano irreparável que deve ser averiguada naquele caso concreto, já denuncia que se trata de hipótese de medida cautelar. E mais, normalmente, a descrição do fato perigoso qualificado, que exige urgência, pode se referir a fatos estranhos à lide que interessaria à tutela primária, cognitiva ou sumária. Por outro lado, se a lei prevê medidas alternativas ou a possibilidade de substituição por caução ou ainda a possibilidade de ser modificada a qualquer tempo a medida, senão cassada, antes de uma solução definitiva em eventual lide cognitiva, então está-se evidenciando o regime da cautelaridade.

Finalmente, remanesce a terceira questão: se a previsão de medidas típicas para a proteção de determinados interesses plausíveis nas situações

cautelandas previstas pelo legislador, permite a utilização daquelas mesmas medidas típicas para outras situações cautelandas ou, ainda, se em face da mesma situação cautelanda pode juiz decretar outras medidas reputadas adequadas, que não aquela referida como típica para o caso concreto.

As opiniões se dividem. GALENO LACERDA entende que, em princípio, a previsão de medida cautelar típica representa uma limitação ao poder geral de cautela, não podendo decretar outra medida senão aquela prevista pelo legislador. Ressalva, entretanto, acompanhando o pensamento de DINI, que somente em *casos excepcionais e graves, teoricamente enquadráveis no remédio específico, mas com pressupostos e circunstâncias diversas que impeçam a utilização deste (da medida típica), poderá ser concedida a segurança atípica.*⁵⁴²

EGAS MONIZ DE ARAGÃO, reportando-se inclusive a OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA e contrariando FRITZ BAUR, entende que é possível ao juiz tanto decretar medida atípica nas situações previstas para medidas típicas, como ainda a possibilidade de decretar medidas típicas, como arresto, em situações atípicas, porque o regime da cautelaridade se compadece com as substituições e modificações das medidas, na expectativa de outorgar a medida mais adequada, mais suficiente e menos onerosa para a contraparte.⁵⁴³

HUMBERTO THEODORO JUNIOR é categórico na afirmação de que não há incompatibilidade alguma entre medidas típicas e atípicas, por prevalecerem sempre as regras que orientam a atipicidade, pertinente ao poder geral de cautela conferido ao juiz, que sempre poderá adequar as medidas ao caso concreto.⁵⁴⁴

⁵⁴² LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil*, v. VIII, tomo I, p. 114-115.

⁵⁴³ ARAGÃO, Egas Moniz de. *Medidas cautelares inominadas*, p. 56.

⁵⁴⁴ “Isso, contudo, não importa excluir da área de incidência das medidas específicas a admissibilidade também as medidas atípicas. Na verdade, não há incompatibilidade entre elas. Um crédito que normalmente se protege com o arresto, ou um bem litigioso que se ampara com o sequestro, em certas circunstâncias pode, perfeitamente, ser também objeto de alguma medida provisória atípica, com exemplo a interdição de dispor, o depósito, a caução, etc.

Realmente, não se pode negar que, em face da natureza subsidiária do direito de cautela e da natureza residual da função cautelar, há de prevalecer sempre a medida mais adequada ao caso, a mais suficiente para o requerente e a menos gravosa para o requerido, a despeito de existirem ou não medidas típicas para determinadas situações. Só o fato de se admitir a substituição por caução já evidencia fungibilidade ou variabilidade de medidas.

15. *Periculum in mora* qualificado pelo *periculum damnum irreparabile* como pressuposto da tutela cautelar

Tradicionalmente tem ocorrido confusão entre os significados de *periculum in mora* e o perigo de dano irreparável e de difícil reparação como fundamento das medidas cautelares, sejam conservativas ou antecipatórias. Não obstante, consoante se tem deixado antever, não se confundem os conceitos, sendo de vital importância a identificação de um e de outro para delimitar o campo subsidiário e residual das medidas cautelares, eliminando de vez as possibilidades de confusão entre medidas cautelares antecipatórias e antecipações do provimento sumário pertinente aos direitos subjetivos ou primários.

Quanto à situação de perigo tem-se que, ligada indissociavelmente à situação de *fumus*, integra também a causa de pedir da pretensão cautelar. Não se pode cogitar de tutela cautelar sem essas causas, que autorizam tutela urgente e de verossimilhança. Ao decidir sobre o *fumus* e o *periculum*, o juiz decide o mérito da tutela cautelar, seja conservativa, seja antecipatória. não se justificando aquelas posições, como a de GALENO LACERDA, sustentando

Todos os direitos subjetivos ou interesses, mesmo os compreendidos na tutela das medidas específicas, estão também incluídos na área de incidência da tutela genérica ou não específica, desde que reclamem proteção preventiva não especificada em lei, mas compreensível nos poderes outorgados ao juiz pelo art. 798 do CPC." (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 1.126).

que o *periculum* constitui apenas condição da ação, enquanto o *fumus* corresponderia ao mérito da tutela cautelar.⁵⁴⁵ Ora, não é preciso se aprofundar no assunto para constatar, tal como fez OVÍDIO, que esses elementos, constituindo-se nos fundamentos do direito de cautela, culminam por integrar as razões da pretensão cautelar, configurando a *causa petendi*, cuja avaliação se torna imprescindível para decidir o mérito, isto é, para acolher ou rejeitar o pedido de cautela. Não fosse assim, ter-se-ia que aceitar a argumentação de que em uma ação visando a reparação de danos, a alegação da lesão seria condição da ação (interesse), enquanto que a alegação de responsabilidade civil do autor do dano seria o mérito. Não é assim, cabe ao juiz verificar se houve lesão e decidir sobre o direito à reparação - e nisso reside o mérito.

Tradicionalmente se qualifica o perigo que dinamiza a função cautelar como *periculum in mora*, ou seja, o perigo decorrente da demora do processo para emanção do provimento final. Essa expressão, todavia, é ambígua como assinalou OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, porque a simples perspectiva da dilação temporal ou da demora de um provimento não se constitui em motivo suficiente para caracterizar o direito de cautela e para prover-se cautelarmente. Mas, de modo mais preciso, pode-se afirmar que é a existência do perigo de dano irreparável (*periculum damnun irreparabile*) que legitima historicamente o direito de cautela subsidiário e a função cautelar residual.⁵⁴⁶

⁵⁴⁵ GALENO LACERDA contrariando a posição de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, para quem o exame do *periculum* e do *fumus* sempre constitui exame do mérito do processo cautelar, assume a peculiar posição de considerar o *periculum* como condição da ação cautelar, inerente à demonstração de necessidade de tutela, enquanto a apreciação do *fumus* é considerada como juízo de mérito. (*Comentários ao código de processo civil*, v. VIII, tomo I, p. 210).

⁵⁴⁶ “A locução *periculum in mora* não é incorreta, mas é ambígua. Na verdade a tutela cautelar legitima-se porque o direito, carente de tutela imediata, poderia sofrer um dano irreparável (...) Como anotamos amplamente em trabalhos anteriores (...) o direito medieval que nos legou o conceito de *periculum in mora* jamais o empregou como sinônimo de tutela de segurança (cautelar), mas, ao contrário, sempre o reservou para os casos de execução provisória, valendo-se do conceito de dano irreparável quando a hipótese corresponde à tutela cautelar.” (SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 3, p. 42).

A expressão *periculum in mora* é genérica. Todo processo demanda certas garantias, demanda uma sucessão de atos humanos, demanda tempo. A dilação temporal que se faz necessária para a instauração, desenvolvimento e solução do processo representa, de modo amplo, genérico, em tese, um risco potencial para a integridade de todo e qualquer interesse em lide. Os ordenamentos jurídicos costumam contemplar um tipo padrão de processo ou um modelo de procedimento, tal como acontece com a previsão do procedimento ordinário, cercado de garantias, visando a solução do *optimum*.

As tensões sociais revelam que o procedimento padrão não responde a todas às necessidades; que existem situações jurídicas diversificadas que aspiram por uma tutela diferenciada, mais expedita, levando em consideração diversos fatores, que são genericamente avaliados e que estariam a autorizar a adoção de processos sumários quanto à abreviação da própria cognição e, conseqüentemente, quanto à abreviação do rito e, assim, a reclamar pela implantação de diferentes técnicas de antecipação do provimento final, para obviar os males do *periculun in mora*, genericamente considerado, como fator de dano potencial.

Por isso, em face do *periculum in mora* os ordenamentos jurídicos podem adotar e adotam formas diferenciadas para a certificação ou realização dos direitos. São formas de antecipar provimentos, de se contornar o padrão da ordinarização, pelo qual a realização do direito, em princípio, só deveria ocorrer após amplo contraditório apto para a sua prévia certificação: *nulla executio sine titulo*.

É pois o *periculum in mora*, genericamente considerado, que motiva a adoção das chamadas tutelas sumárias ou dos processos sumários do direito de que se falou, pelos quais se reduz a amplitude da cognição, reduzindo as oportunidades de contraditório, que normalmente é remetido para uma fase ulterior ou para outro processo, tudo para favorecer a antecipação do provimento final, a certificação e execução do único direito em lide. É o que ocorre com a adoção dos chamados procedimentos injuncionais ou monitórios,

com a condenação sob reserva e outras formas de tutela que são qualificadas como sumárias (mas não cautelares), não só pelo aspecto da aceleração procedimental, mas principalmente em face das técnicas de se reduzir o campo da cognição, seja no sentido vertical (profundidade), seja no sentido horizontal (cognição parcial do objeto litigioso), levando-se e em conta a particular aptidão dos meios probatórios ou a especial natureza da relação controvertida (causas de menor complexidade, de menor expressão econômica, particulares razões que militam em favor do autor, etc.) Outras vezes, embora se preserve a integridade da cognição (cognição dita plena ou exauriente), proporciona-se uma sumariedade de rito, um rito dito sumário, com concentração de fases procedimentais e redução de prazos.

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. Os provimentos sumários, não cautelares, ainda que sujeitos a eventuais recursos ou ações impugnativas (embargos), nascem, como já dizia CALAMANDREI, para ser definitivos, pois aspiram à definitividade; nascem na perspectiva de que não havendo impugnação ou recurso o ato que consubstancia o provimento se consolide como ato final ou definitivo quanto à regulação dos interesses.

Por outro lado, os provimentos cautelares, como já dizia LOPES DA COSTA, nascem na expectativa da provisoriedade, pois não aspiram à definitividade e, segundo ele, na sua visão tradicionalista, nasceriam para ser substituídos por uma regulação definitiva nos processos principais, cujas providências poderiam até ter o mesmo efeito prático, mas se consubstanciariam em outros atos, com suas próprias ou peculiares eficácias.⁵⁴⁷

⁵⁴⁷ COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Medidas preventivas: medidas preparatórias – medidas de conservação*. 2. ed., Belo Horizonte: Bernardo Álvares Editora, 1958, p. 16.

É de se observar, porém, segundo a ótica substancialista, que não se trata propriamente de provisoriedade a transitoriedade que caracteriza os provimentos cautelares, mas a temporariedade, porque nascem e duram enquanto dura uma situação de *fumus* e de *periculum*, sendo circunstancial a cessação da eficácia em face da superveniência de uma regulamentação definitiva. Vale dizer, o provimento cautelar não inibe o definitivo, mas não significa absolutamente que nasça para o fim de tutelar o processo definitivo, pois esse tipo de instrumentalidade é impossível de estabelecer (vício da relatividade).

São várias as técnicas de sumarização que tendem a abreviar o lapso de tempo para que um processo antecipe o provimento, em comparação às técnicas de outros procedimentos, notadamente o ordinário. Todavia esses provimentos assim antecipados não assumem natureza cautelar (conservativa ou antecipatória), precisamente porque decorrem de técnicas idealizadas em face da *consideração genérica do periculum in mora*, e não em face de *situações ocasionais e emergenciais de perigo de dano irreparável*, que não encontram no âmbito das demais tutelas jurisdicionais de direitos, previstas pelo ordenamento, condições favoráveis para obter desde logo uma tutela definitiva que elimine de vez a situação de dano.

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, provisória, 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*, enquanto *fumus*, em situação de perigo qualificada, que exige tutela de urgência urgentíssima.

OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, que se empenhou em evidenciar essa característica da cautelaridade, anota que o *periculum in mora* pode ser associado genericamente ao perigo de *tardività*, o que motiva a instituição das tutelas sumárias *tout court*,⁵⁴⁸ e, por outro lado, ser associado à noção do perigo de *infrutuosità*, ou seja, do *periculum damnum irreparabile*, que se reporta não ao simples risco de *tardività*, mas ao perigo de prejuízo irreparável *em face de uma situação extraordinária, de um estado emergencial de perigo*.⁵⁴⁹ Enfim, quanto ao perigo que legitima a emanção da providência cautelar não é o comum a que estão sujeitos todos os interesses (perigo de *tardività*), mas o perigo atual ou iminente decorrente de uma situação objetiva de perigo que infunde uma razoável conclusão de plausibilidade de sua ocorrência.⁵⁵⁰ A constatação de um estado de lesão a um interesse plausível por si já demonstra uma situação de prejuízo. Mas não é esse prejuízo que pode dinamizar proficuamente a pretensão cautelar, porque o fundamento dessa pretensão e de toda a tutela provisória de urgência urgentíssima (cautelar), reside na identificação de uma situação de *perigo de dano irreparável ou de difícil reparação*. Um perigo qualificado portanto.⁵⁵¹ No mesmo sentido é a manifestação de VICTOR MARINS,⁵⁵² de ANTONIO CLAUDIO DA COSTA MACHADO,⁵⁵³ de ANDREA PROTO PISANI⁵⁵⁴ e GIOVANI ARIETA.⁵⁵⁵

⁵⁴⁸ SILVA, Ovidio Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 3, p. 71.

⁵⁴⁹ SILVA, Ovidio Baptista da. *Do processo cautelar*, p. 12.

⁵⁵⁰ SILVA, Ovidio Baptista da. *As ações cautelares e o novo processo civil*, 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 78.

⁵⁵¹ CUNHA, Alcides Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*, p. 161.

⁵⁵² “É verdade que, em maior ou menor grau, todo conflito de interesses gera perigo. Não é este todavia o perigo que caracteriza a proteção cautelar, mas sim aquele que se apresenta como urgente no sentido da plausibilidade de que, se não afastada prontamente a situação perigosa, esta se transformará em dano efetivo irreparável ou de difícil reparação” (*Comentários ao código de processo civil*, v. 12, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 94).

⁵⁵³ Referindo-se ao conceito de *periculum in mora* como nota essencial da cautelaridade, que inclui tanto medidas conservativas como antecipatórias de urgência, ANTONIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO também registra que esse conceito pressupõe, em sede cautelar, “a irreparabilidade, ou pelo menos, difícil irreparabilidade do dano”,

Esse perigo de dano irreparável constitui-se, pois, em elemento indissociável da tutela cautelar, conservativa e antecipatória, que justifica o direito de cautela, que qualifica a pretensão e a lide cautelar, autorizando esse tipo de tutela residual, de mera de verossimilhança, sem compromisso com a certeza ou com a presunção de certeza quanto a existência de direito subjetivo ou primário a dar sustentação aos interesses em lide.

16. Interesses plausíveis e interesses periclitantes: a perspectiva da atuação finalística e instrumental sobre o *fumus* em sede cautelar

Outra característica notável do *periculum* para a demonstração da autonomia da função e da lide cautelar para a emanção de providências conservativas e antecipatórias e que, simultaneamente, serve para evidenciar enfaticamente a diversidade da função cautelar em relação às medidas antecipatórias de cognição sumária (que atuam sobre uma lide cognitiva), diz respeito ao fato de que a situação de dano irreparável nem sempre incide diretamente sobre os interesses plausíveis, isto é, sobre aqueles interesses, bens

acrescentando: “Sem dúvida, para a concessão da tutela cautelar não basta o perigo de que a lesão ocorra, ou se agrave, é absolutamente necessário que o juiz vislumbre a sua irreparabilidade num juízo prospectivo e sumário.” (*Tutela antecipada*, 2. ed., São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998, p. 150).

⁵⁵⁴ ANDREA PROTO PISANI também enfatiza a nota característica do perigo de dano irreparável que deve ser aferida pelo juiz, ressaltando o caso das tutelas típicas em que a situação de perigo já vem valorada: “Il requisito dell’irreparabilità del pregiudizio costituisce il nodo teorico e pratico principale posto dalla misura cautelare. Come si è già detto la lettera dell’art. 700, a differenza di tutte le altre misture cautelari, no tipicizza in modo alcuno il *periculum in mora*; quasi pero come contropartita di questa atipicità richiede che il danno verificabile durante il tempo necessario a fare valere il diritto in via ordinaria sia un danno che assurga agli estremi della irreparabilità.” (I provvedimenti d’urgenza. In: *Appunti sulla giustizia civile*, p. 377).

⁵⁵⁵ GIOVANNI ARIETA também observa que a função cautelar pressupõe essencialmente uma situação substancial que se quer proteger em face de um dano com caráter de iminência e irreparabilidade. (*Funzione non necessariamente anticipatoria dei provvedimenti ex art. 700 C.P.C.* In: *Rivista di Diritto Processuale*, 1984, p. 602-603).

ou utilidades inerentes ao *fumus* que é o interesse a ser atuado em via cautelar, e que pode oportunamente ser atuado em via de cognição.

Ocorre, e isso é freqüente, que a situação de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação possa ser pertinente a outros interesses relevantes, que são reputados pelo ordenamento como sendo dignos de proteção e que dependem entretanto da atuação apenas instrumental e urgente sobre o *fumus*, para garantir ou resgatar a sua inteireza.

Nos casos em que se cogita de inter-relação de lides vê-se facilmente que esses outros interesses, distintos do *fumus*, em nada interessam ao pedido cognitivo. O *fumus* representa o interesse que se supõe privilegiado momentaneamente em dada relação material litigiosa (direito aparente) e que pode ser atuado em via cautelar sem perder o estado de *fumus* e, em via cognitiva, visando ser reconhecido como direito subjetivo em detrimento do interesse subordinado. Esse outro interesse periclitante e relevante que aspira ser preservado ou ter resgatada a sua idealidade mediante a atuação do *fumus*, não integra a relação material em que se insere o *fumus*, apenas depende de sua atuação.

Perante uma lide cognitiva, em cognição exauriente, esses outros interesses corresponderiam a fatos estranhos à lide e não seriam conhecidos. Tratando-se de cognição sumária, que aspira também definir direitos subjetivos pela via da presunção, esses outros interesses seriam, além de estranhos, um grande complicador se fossem situados como pressupostos de uma antecipação de urgência qualificada. Todavia, nem poderiam ser situados como pressuposto dessa antecipação sumária, por se referirem a fatos inesperados, insuscetíveis de obter um regramento prévio, apto a autorizar a tutela excepcional da cognição sumária.

Somente através de uma tutela residual, de urgência, que visa suprir as insuficiências insuperáveis da tutela normativa e inclusive das tutelas jurisdicionais primárias, é que poderiam encontrar guarida. E é o que freqüentemente ocorre.

O exemplo já referido outra vez bem ilustra a situação: aquele que invocando o provável direito de crédito contra “X”, pede que o juiz atue imediatamente o *fumus* para determinar que X adiante aparte do crédito que seja suficiente para custear as despesas de uma cirurgia vital a que deve se submeter, não tendo outros recursos em face dos gastos já efetuados com sua doença.

Nesse caso, o interesse plausível (*fumus*) corresponde ao provável direito de crédito contra “X” e o pedido para atuação do *fumus* reporta-se a uma situação externa, emergencial, vital, para salvar de dano irreparável outros interesses relevantes. O *fumus* nesse caso poderá ser atuado instrumentalmente para preservar a inteireza de outros interesses periclitantes.

Como se vê, o objeto da lide cautelar é em tudo inconfundível com o possível objeto da lide cognitiva que, por certo, limitar-se-á a examinar a relação material de crédito entre o requerente e “X”, para certificar se esse interesse pertinente ao recebimento de determinada quantia corresponde ou não a um direito subjetivo. Não obstante, em sede cautelar, o juiz será instado a examinar a situação de *fumus* (suposto direito de crédito) e a situação de perigo que se reporta a outros interesses que devem ser preservados ou até satisfeitos mediante atuação do *fumus*, que nem por isso perderá o *status* de *fumus*.

Tudo se insere em uma situação de urgência, carecedora de tutela específica e residual em relação às tutelas primárias. E o juiz, por certo, se reputar presentes os requisitos do *fumus* e do *periculum* irá deferir a tutela adequada, que pode corresponder à determinação para a antecipação parcial do crédito, apenas suficiente para as despesas anunciadas. E se acaso se trata de uma cirurgia que pode ocorrer a qualquer tempo, mas que depende ainda de um doador, por se tratar de caso que exige transplante de órgãos, poderá o juiz determinar que a quantia seja mantida em depósito para pronta liberação no momento oportuno.

Esse tipo de antecipação, com fundamento no *fumus* e no *periculum*, a despeito das provas produzidas para a caracterização destes requisitos, não poderá ensejar a presunção do direito e estabilidade do provimento, por falta e

impossibilidade de regramento prévio específico e, ainda porque se afina ao regime da cautelaridade. Retomando o exemplo antes referido, pode se dar que a cirurgia seja afinal considerada desnecessária, em face um tratamento alternativo considerado mais conveniente e isso poderá levar à revogação da medida, quando não, a sua adequação às novas circunstâncias.

Decididamente, o disposto no inciso II, do artigo 273, não tem por objetivo instituir modalidade de antecipação sumária do direito com presunção de certeza e estabilidade do provimento. A função ali prevista é essencialmente cautelar. O contrário se dá com relação ao inciso II, do artigo 273, idealizado em face do *periculum in mora* apenas, levando em conta fatos de um processo que tende a se prolongar indevidamente em face de certos comportamentos do réu, cujo dispositivo sugere que deve haver suficiência de elementos de convicção para dar configuração a abuso de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Com essa sumarização se procura evitar os riscos marginais da demora decorrente de uma ordinarização que se revela desnecessária no caso concreto, autorizando a medida interinal, quando não, até formas alternativas de julgamento antecipado da lide, em cognição exauriente. A doutrina e a jurisprudência por certo fixarão as balizas das tutelas sumárias antecipatórias *tout court* do inciso II, do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Com efeito, nas modalidades de tutela sumária de direitos o ordenamento considera genericamente o *periculum in mora* para agilizar a satisfação de direitos subjetivos, tipificando situações de modo específico, ou mesmo de modo relativo, mas sempre fornecendo dados de suficiência para os fins da presunção, como se dá em todos os casos já referidos. Antecipa-se pela via sumária a definição e satisfação de um direito presumido sobre a mesma lide que, em cognição exauriente, pode certificar o direito dando ou convalidando a satisfação, mas com a potencial eficácia da coisa julgada.

O que deve ser enfatizado entretanto é que nas antecipações sumárias, interinais, do direito há uma única lide, não havendo o juiz que fazer um juízo emergencial de verossimilhança, em face de uma situação emergencial de perigo,

cujas situações configuram uma causa de pedir diversa, que configura nova lide, exigindo provimentos essencialmente temporários, sem aptidão intrínseca para aspirar estabilidade ou definitividade.

A tutela cautelar, porém, seja antecipatória, seja conservativa, como se tem dito e repetido, há uma lide específica. Normalmente, e parece lógico que assim seja, os interesses periclitantes (ameaçados de dano irreparável) correspondem aos interesses plausíveis. Assim, v.g., a pretensão cautelar conservativa de seqüestro de um imóvel do qual se discute a propriedade, visa resguardar o interesse sobre a coisa seqüestrada, com base no direito de propriedade provável (*fumus*), contra as situações descritas de risco iminente de danificação sobre a coisa; o pedido liminar nas ações de nunciação de obra nova visam satisfazer os interesses do proprietário ou possuidor de um imóvel contra os riscos iminentes que possam ser causados ao imóvel em face de obras em prédio vizinho. Nesses casos há sem dúvida coincidência entre interesses plausíveis e interesses periclitantes, a que se busca dar proteção ou realização pela via provisória e de urgência.

Mas essa coincidência realmente não é uma constante e tampouco é rara. Pode surgir a qualquer momento a necessidade de se proteger ou realizar a pretensão plausível (na dimensão da temporariedade e da probabilidade) com urgência, para o fim de evitar o perigo de dano a outros interesses que apenas instrumentalmente podem ser entendidos como correlativos ao *fumus*. Assim, v.g., aquele artista que está reivindicando contra o *marchand*, por algum vício no negócio jurídico de compra e venda, o quadro em que ele se retratou, absolutamente nu, pede incidentalmente, pelas via dos artigo 273, I ou do Livro III, a busca e apreensão e depósito da coisa, invocando o *fumus* do direito de propriedade, apontando como situação de perigo o fato de ter assumido importante função pública e que a exposição iminente do quadro em galeria de arte do *marchand* poderá, *circunstancialmente*, comprometer a sua imagem de homem público, tanto que como provável proprietário do bem (*fumus*) não o cederia para a exposição naquele momento.

O interesse plausível diz respeito ao suposto direito de propriedade sobre o quadro; o interesse em situação de perigo de dano irreparável, porém, é outro, pertinente ao suposto direito de imagem, em uma perspectiva relativizada por pressupor que a venda do quadro teria ocorrido precisamente para o fim de integrar o acervo de pinturas sobre “nu”. Pode o juiz, então, reconhecendo a situação de *fumus* quanto ao direito de propriedade e, bem assim, a situação de plausibilidade de perigo de dano irreparável e iminente ao direito de imagem, deferir a cautela.

Pense-se ainda no caso em que se pede tutela antecipatória para liberação de ativos financeiros bloqueados pelo governo, alegando-se nulidade do bloqueio e necessidade da liberação, ainda que parcial, para custear os estudos em uma instituição particular de ensino superior. O interesse plausível é de natureza patrimonial e refere-se ao suposto direito de propriedade sobre aqueles ativos financeiros bloqueados, sendo que o perigo de dano irreparável é reportado não ao direito de propriedade, mas a um interesse pertinente à educação e formação profissional do requerente, cujo interesse particular e relevante se entende que deve se sobrepor ao interesse público genérico, de natureza econômica, que teria motivado o bloqueio.⁵⁵⁶

⁵⁵⁶ No estudo *A lide cautelar no processo civil*, publicado em 1992, foi observado que em princípio poder-se-ia até admitir como constitucional a instituição pelo poder público de inibitórias de cautela, vale dizer, proibições de provimentos cautelares conservativos ou antecipatórios, quando visasse proteger expressamente um interesse público considerado especialmente relevante. Como v.g., a economia nacional, contra interesses meramente patrimoniais de particulares, considerando situações transitórias de perigo aos interesses nacionais. Não obstante se observou que essas proibições ou limitações ao direito de cautela e ao poder geral de cautela do juiz (inibitórias de cautela) jamais poderiam inibir o exercício da ação cautelar, conservativa ou antecipatória, porque somente a causa de pedir de cada ação poderá demonstrar em concreto se está delineada simplesmente a situação da inibitória idealizada pelo legislador (interesse público na economia nacional e interesse particular meramente patrimonial) ou, ao contrário, se no caso concreto, havendo *fumus*, a proteção ou realização dos interesses plausíveis seria condição para salvaguardar outro interesse vital, como o interesse à saúde, que pode se sobrepor aquele interesse meramente patrimonial do particular e que o legislador não quis privilegiar em sede cautelar, vindo daí que o juiz não poderá jamais se furtar ao exame do objeto da cautela para então estabelecer um juízo de proporcionalidade dos interesses em jogo. (CUNHA, Alcides Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*, p. 154-158).

Casos assim são exemplares para se demonstrar a diversidade das lides cautelares e cognitivas incidentes sobre os mesmos interesses. Todavia, de um modo geral, a situação de perigo de dano irreparável, seja ela incidente ou não sobre os mesmos interesses correlativos ao *fumus*, sempre representa uma alegação, um fato, uma causa de pedir que não se contém na eventual lide em torno da pretensão cognitiva propriamente dita.

Sobre essas situações especiais em que o *periculum* (de dano irreparável) se dissocia do interesse plausível, também já se pronunciou PROTO PISANI, para demonstrar precisamente que a situação de irreparabilidade do dano há que ser encarada muitas vezes em relação às necessidades da pessoa titular do direito e não somente na perspectiva do direito apontado como plausível.⁵⁵⁷ Sob essa perspectiva, as proibições ou limitações a liminares, notadamente às antecipatórias, tem que ser examinadas em cada caso concreto, porque a situação de perigo vislumbrada pelo legislador - normalmente para favorecer a preservação ou consecução de um interesse público em detrimento de um interesse patrimonial do particular, até que se resolva definitivamente a lide de cognição e certeza -, nem sempre se apresenta nessa dimensão linear de perigo aos interesses meramente patrimoniais em situação de *fumus*, podendo ocorrer que a satisfação fática do interesse patrimonial seja instrumentalmente essencial para a salvaguarda ou realização de outro interesse vital da parte.⁵⁵⁸

⁵⁵⁷ “Si consideri poi l’ipotesi in cui il diritto minacciato o violato sia un diritto a contenuto patrimoniale ma destinato a assolvere, istituzionalmente o in concreto nel caso singolo, una funzione non patrimoniale in quanto garantisce al titolare il godimento de una situazione di libertà o la soddisfazione di bisogni primari che non possono essere soddisfatti altrimenti. Anche in tal caso il permanere del diritto in uno stato di insoddisfazione per tutto il tempo (anche fisiologico) necessario per l’emanazione de una sentenza (esecutiva) a termine di un processo a cognizione piena ed esauriente è causa di un pregiudizio per definizione irreparabile, poichè per tutto quel tempo il titolare del diritto non potrebbe godere della situazione di libertà o soddisfare il bisogno primario.” (PISANI, Andrea Proto. I provvedimenti d’urgenza ex art. 700 C.P.C. In: *Appunti sulla giustizia civile*, p. 381-382).

⁵⁵⁸ A lei 4.348/64 (art. 5º e seu parágrafo e 7º), a lei 5.021/66 (art. 1º e § 4º), a lei 8.437/92 (arts. 1º, 3º e 4º), a lei 9.494/97 e suas sucessivas alterações, trazem limitações de duvidosa constitucionalidade quanto à emanção de medidas cautelares conservativas ou antecipatórias em ações movidas contra o poder público. Independentemente da

17. Temporariedade dos provimentos cautelares conservativos e antecipatórios

Desde as tradicionais concepções de CALAMANDREI e de CARNELUTTI, a provisoriedade foi apontada como nota distintiva dos provimentos cautelares. LOPES DA COSTA, na primeira monografia sobre o tema no Brasil, destacava que o fenômeno cautelar podia ocorrer tanto no plano das relações materiais, como no plano das relações processuais, essas últimas em face de conflitos em torno de uma pretensão processual de segurança. Distinguiu por isso as cautelas substanciais, provindas de negócios jurídicos (negociais) ou diretamente da lei (legais), das cautelas processuais, constituídas através dos provimentos jurisdicionais cautelares. As cautelas substanciais, dizia, fossem convencionais (hipoteca, penhor, caução), fosse legais (v.g. a caução que a lei impõe ao tutor ou curador para exercer a administração dos bens do tutelado ou curatelado), são cautelas que nascem de situações de perigo idealizadas pelas partes ou de situação de perigo prevista concretamente pelo legislador e seriam sempre *temporárias*, porque estariam destinadas a durar apenas até a satisfação do direito antes garantido, fora de um processo.

Por outro lado, as cautelas processuais não seriam apenas temporárias, mas sim *provisórias*, porque estariam destinadas a durar até serem substituídas por uma providência processual definitiva.⁵⁵⁹

constitucionalidade ou não sempre será possível deixar de dar aplicação às limitações impostas se a situação de *periculum* extravasar a dimensão simplesmente patrimonial idealizada pelo legislador, donde a importância em cada caso concreto do juízo de proporcionalidade sobre os interesses em jogo. Afinal, a tutela cautelar, conservativa ou antecipatória, sendo tutela de urgência, que se realiza em atenção ao *fumus e periculum damnum irreparabile*, é tutela supletiva, subsidiária para atender situações emergenciais que não foram valoradas suficientemente pela ordem normativa, nem mesmo através da predisposição de outros meios de tutela definitiva adequada.

⁵⁵⁹ COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. *Medidas preventivas – medidas preparatórias – medidas de conservação*, p.

Essa doutrina de LOPES DA COSTA a propósito da provisoriedade e não temporariedade das cautelas processuais, triunfou soberanamente, mesmo porque se afinava com a concepção tradicional de CARNELUTTI e de CALAMANDREI, para os quais os provimentos cautelares eram sempre necessariamente instrumentais de um provimento definitivo, o qual, afinal, deveria se substituir ao provimento cautelar. O provimento cautelar seria, por assim dizer, *preparatório* em relação à formação e à eficácia do provimento definitivo ao qual estava ontologicamente ligado.

Com o aprofundamento dos estudos sobre a tutela cautelar, notadamente sob a ótica substancialista, ganharam relevo as distinções entre a estabilidade das medidas cautelares e das medidas de medidas de cognição sumária em geral e, diante da valorização das tutelas sumárias, ganhou projeção a tese que OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA sempre defendeu,⁵⁶⁰ no sentido de que os provimentos cautelares são temporários, porque devem durar enquanto dura a situação de *fumus e periculum*, sendo que provisórios serão os provimentos antecipatórios que devem durar até surgir o provimento definitivo. Para efeito dessa distinção, todavia, OVÍDIO não distinguiu, no âmbito das antecipatórias, uma modalidade cautelar, que se dinamiza em situações de urgência urgentíssima, diante do perigo de dano irreparável à interesses plausíveis e que pode e deve integrar o gênero cautelar, inclusive porque os provimentos dessa modalidade, enquadram-se no regime da cautelaridade quanto à instabilidade, temporariedade, variabilidade, adequação e necessidade.

Com essa ressalva é de compreender e aceitar a proposição de OVÍDIO, na medida em que combate a provisoriedade sob a perspectiva em que foi projetada pela doutrina tradicional. Com efeito, se não é possível aceitar a orientação de que o provimento cautelar é instrumento do provimento definitivo, correspondente à tese clássica da provisoriedade, que pressupunha precisamente esse nexo de dependência ou acessoriedade, pelo qual o provimento cautelar

⁵⁶⁰ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 3, p. 49-58.

estaria vocacionado a ser substituído pelo provimento final que apenas preparava.

A orientação substancialista, cujos fundamentos se tem enfatizado e acolhido, é no sentido de que a tutela cautelar e, por isso, o provimento cautelar, tem ampla autonomia funcional, destinando-se a instrumentalizar imediatamente o direito de cautela para assim tutelar imediatamente, em regime de urgência, interesses plausíveis das partes, e não o processo definitivo, que pode até não existir. Vale dizer, a tutela cautelar pressupõe uma lide própria que existe, subsidiariamente, talvez até ignorada, nesse ou naquele ordenamento, nessa ou naquela situação concreta, independentemente da exigência, muitas vezes estéril, quanto à instauração concomitante de um processo definitivo.⁵⁶¹ Se o processo definitivo pode nem existir, não se poderia mesmo atrelar a qualidade de provisório em função da encampação, absorção ou derrogação do provimento provisório pelo definitivo.

Sob essa perspectiva o provimento cautelar é temporário porque deve existir enquanto subsiste a situação de *periculum damnum* ou de *fumus*, devendo desaparecer a providência cautelar, independentemente da existência de um processo e da superveniência de provimento definitivo, quando desaparecerem esses pressupostos. Basta lembrar o caso já referido do arresto de bens, que garante o direito de crédito daquele que detém uma nota promissória ainda não vencida em face de comportamentos do devedor que aliena ou onera prodigamente seus bens, quando, não obstante, na data do vencimento do título, o pagamento ocorre. Desvaneceu-se a situação de perigo, o direito de crédito foi satisfeito e não houve necessidade ou interesse processual para propor uma demanda primária, executiva, o que significa que não houve sequer lide para autorizar um processo definitivo. É de se frisar que o interesse em se obter

⁵⁶¹ Ainda que se admita que a exigência de dependência somente pode ser explicada por razões de política processual, ainda assim há situações em que, a despeito da existência da inter-relação de lides, a ação cautelar poderá se exercer autonomamente, como ocorre naquelas situações já referidas em que na medida antecedente o outro obtém uma providência faticamente irreversível.

medidas meramente conservativas de interesses plausíveis nem sempre compactua com o interesse processual em mover uma ação dita principal, porque pode inexistir conflito de interesses a motivar uma tal ação.

Pode ocorrer, porém, ainda no caso das medidas meramente conservativas que, embora havendo o fenômeno da *inter-relação de lides*, ainda assim o provimento cautelar deva durar enquanto subsista a situação de *fumus* e de *periculum damnum*, cujas situações podem desaparecer realmente antes do julgamento da lide principal, com o que o provimento cautelar perde o seu objeto, devendo por isso ser revogada ou declarada sem efeito a medida. Tome-se ainda como exemplo um caso de arresto incidental a uma ação de cobrança e que é revogado em de face um acréscimo sensível de bens no patrimônio do devedor que recebeu uma vultuosa herança. Dissipou-se o perigo, revogou-se a providência cautelar, independentemente de um provimento definitivo. Vale dizer, foi temporário o arresto, não tendo que durar até a absorção ou revogação dos seus efeitos pela superveniência do definitivo (o sentido da provisoriedade).

Com as medidas antecipatórias cautelares se dá exatamente o mesmo, pois em princípio elas são temporárias, devendo durar enquanto duram as situações de perigo de dano e de *fumus*. Desaparecendo um destes elementos, deve desaparecer o provimento antecipatório de urgência, ditado nessa espécie de tutela absolutamente residual às demais, como é a cautelar. Uma vez que a antecipatória cautelar tem lide própria e que para ocorrer uma tutela cautelar antecipatória o ordenamento processual brasileiro exige a *inter-relação de lides* (lide cautelar antecipatória e lide em torno da pretensão primária, ideal, de fundo), pode se dar, e isto é freqüente, que a providência cautelar dure até que sobrevenha o julgamento da lide definitiva, cuja providência irá precipitar a extinção do provimento cautelar porque, com a regulação definitiva dos interesses em jogo, desaparecem as situações de *fumus* e de *periculum* que até então sobreviviam.

Quando o provimento cautelar, conservativo ou antecipatório, dura até que sobrevenha o provimento definitivo na lide de cognição, primária, em torno da

pretensão ideal (ou principal), o que normalmente acontece, surge uma *aparência de provisoriedade*, que todavia não é essencial, mas circunstancial, pois ontologicamente, os provimentos cautelares, conservativos ou antecipatórios poderiam perder suas eficácias antes do provimento definitivo, quando, por fato extra-processual, desaparecesse o perigo. Então, pode-se afirmar que ontologicamente, os provimentos cautelares são temporários.

Para confirmar a temporariedade nas antecipações cautelares pode-se tomar o exemplo de uma ação que a empresa autora "A" move em confronto da empresa "B" da qual é representante comercial para promover a venda de certos produtos no território de um dos Estados da Federação e, em litisconsórcio passivo necessário, em confronto da empresa "C", que a despeito da cláusula de exclusividade foi contratada pela co-ré para promover a venda dos mesmos produtos no território do mesmo Estado, estabelecendo com isso uma concorrência aparentemente indevida com a empresa autora, donde os inevitáveis prejuízos patrimoniais pela redução dos ganhos na corretagem. Pede por isso a declaração de nulidade ou quiçá a anulação do contrato estabelecido entre as co-rés, mais perdas e danos. Alegando que a empresa "C" já está operando e com isso trazendo perigo de danos irreparáveis à autora, comprometendo a sua expectativa de receita para suportar os gastos que efetuou, inclusive para montar uma estrutura de venda em todo o Estado, pede a tutela antecipada, no sentido de ser *suspense* o contrato com a empresa concorrente. Diante das provas documentais produzidas, reputadas suficientes para aquilatar a situação de *fumus e de periculum damnun irreparabile*, o juiz concede a tutela antecipada, cujos efeitos executivos consistem precisamente em impedir a corretagem pela empresa "C" relativamente àqueles produtos. Na contestação as rés alegaram e provaram, ainda que sumariamente, que em face das demandas aceleraram de modo sensível o aumento da produção, enquanto a empresa autora não tem condições de acompanhar o mesmo ritmo para as vendas. Em face de requerimento das rés e entendendo ter cessado a situação de perigo de dano irreparável para autora e que a situação de risco se projetava para a empresa

“B”, o juiz revoga tutela antecipada e o processo prossegue com a instrução com vistas à solução definitiva.

Esse exemplo serve para ilustrar que as antecipações cautelares de urgência, submetem-se a um regime peculiar ao gênero cautelar, pois cessando a situação de perigo, tendem a desaparecer. Nesse caso, fica evidente que o provimento antecipatório não mantém ontologicamente uma relação de provisória instrumentalidade para com o provimento final, mas que foi essencialmente temporário, pois durou enquanto durou a situação de perigo.

A provisoriedade pode ser a tônica das outras modalidades de antecipação que se qualificam como antecipações de cognição sumária do interesse que se afirma fundado em direito subjetivo ou primário na única lide (sumárias *tout court*), tendo em vista que são idealizadas para situações genéricas de perigo (*periculum in mora*). Então não há que se cogitar de temporariedade, porque os provimentos dessas tutelas sumárias tendem a durar até que sobrevenha o acontecimento processual futuro que as convalide ou as faça cessar em definitivo.

Em suma, pode-se admitir que a temporariedade é uma característica inerente, tanto aos provimentos cautelares conservativos, como aos provimentos cautelares antecipatórios, enquanto se tem que admitir que os mesmos nascem para durar enquanto perdura uma situação de *fumus* e de *periculum damnum irreparabile*, constituindo-se em respostas a uma lide cautelar. Por outro lado, considerando a possibilidade da *inter-relação* de lides, que pode ocorrer quando, além da lide em torno da pretensão cautelar (conservativa ou antecipatória), existe a lide em torno da pretensão que se afirma fundada em direito subjetivo, primário (a pretensão ideal), sabe-se que o provimento cautelar, que é temporário por natureza, pode durar sustentado nas razões de *fumus* e de *periculum*, até o momento em que, com a tutela definitiva sobre o direito que anima a pretensão ideal, seja então precipitada a eliminação do *fumus* e do *periculum*. O provimento definitivo, sobre a lide principal, quer seja negativo (improcedência), quer seja positivo (procedência da pretensão

principal), eliminará o estado de *fumus*, porque o julgamento de improcedência transformará o estado de *fumus* em um estado de declaração de inexistência do próprio direito subjetivo, enquanto o julgamento final de procedência transformará o estado de *fumus* em um estado de certeza quanto à existência do direito, que poderá ser definitivamente atuado, quando a sentença torna-se eficaz. Sob esse prisma, a *temporarietate* cria uma aparência de provisoriedade, quando o desvanecimento da situação de *periculum* e de *fumus* é precipitado pelo julgamento definitivo da pretensão de fundo, nas hipóteses em que há *inter-relação de lides*.

Essa precisão terminológica, entre *temporarietate* e *provisorietae*, entretanto, se não é essencial para a compreensão do fenômeno cautelar é, pelo menos, importante quando se quer distinguir e isolar os provimentos cautelares, sejam conservativos ou antecipatórios, de outros provimentos de cognição sumária. Há que se ter sempre em mente que os provimentos cautelares decorrem de uma lide específica, que aspira a tutela do *fumus* diante uma situação emergencial de perigo, cujos provimentos tendem a desaparecer naturalmente, quando cessa a situação de *periculum* - que é objetivamente transitória -, ou quando cessa a situação de *fumus* - que é juridicamente transitória -, sendo que esse desaparecimento pode ser precipitado - e geralmente é -, pela regulação contida no provimento definitivo sobre os mesmos interesses, em outra lide, que não a cautelar.

É inegável que as antecipações promovidas com base no *fumus* e, principalmente, com base no *periculum damnum irreparabile*, exercem uma função subsidiária em relação a qualquer outro tipo de tutela jurisdicional, inclusive em relação aos outros tipos de tutelas antecipadas de cognição sumária do direito em lide, pois a urgência que dinamiza essas antecipações cautelares forja necessariamente a configuração de uma outra lide, a lide cautelar antecipatória. As concretas razões do perigo de dano iminente, seja em relação aos interesses plausíveis em torno de uma pretensão dita principal ou ideal, quando não em relação a outros interesses vitais que não se contêm

sequer naquela pretensão ideal em lide, evidenciam que o objeto litigioso assume outra dimensão, a caracterizar a lide cautelar antecipatória. O juiz é instado emergencialmente, subsidiariamente, a qualquer tempo, para conhecer e decidir sobre os fatos dessa lide em particular, emitindo então os provimentos de urgência, que terão efeitos executivos ou mandamentais, sem declaração de certeza, apenas no sentido de satisfazer, em maior ou menor medida, os interesses periclitantes diante da plausibilidade dos interesses identificados como situação cautelanda. Esses provimentos cautelares não definem em cognição sumária o direito que anima a pretensão ideal; esse direito permanece controverso, incerto, apenas há um juízo de plausibilidade como condição para decidir suficientemente a pretensão de urgência e a lide cautelar. Considerando pois que esses provimentos não nascem para julgar sumariamente a lide da pretensão ideal ou principal, ou seja, para decidir sobre a correspondência dos interesses a direitos subjetivos ou primários para que possam então ser duradouramente realizados, tem-se que esses provimentos cautelares não instrumentalizam finalisticamente o direito subjetivo ou primário, senão o de cautela.

Não constituindo a antecipação cautelar em uma antecipação sumária do julgamento da mesma lide que se forma em torno da pretensão ideal, poder-se-á admitir que a eficácia desses provimentos antecipatórios cautelares é, também *temporária* e não necessariamente provisória, pois podem e devem durar enquanto dura a situação de perigo ou *fumus*. Como o ordenamento pode exigir, tal como se dá no ordenamento brasileiro, que a lide da pretensão ideal (principal) seja julgada em seguida, de preferência no mesmo organismo processual (artigos 273, I e a 461, § 3º do Código de Processo Civil), esse julgamento tende a precipitar a eliminação do estado de perigo e *fumus*, cujas situações, entretanto, podem sofrer temperamentos enquanto se aguarda o julgamento da lide principal, ensejando modificações ou ajustes do provimento cautelar antecipatório, talvez até mesmo para motivar a sua revogação, ante a possível constatação de que se dissipou a situação de perigo iminente.

Quando se está diante de uma provimento antecipatório de cognição sumária, é que se aplica inteiramente a lição de OVIDIO, pois aí então se estará considerando uma antecipação de efeitos provisórios, relativamente à mesma pretensão que deve ser atuada em via definitiva, pois se estará diante de uma única lide. Nesses casos, o provimento antecipatório, tendo sido emitido quando ainda não se garantiu todas as oportunidade de contraditório, tem efeitos executivos provisórios porque nasce na expectativa de que fatos processuais sucessivos, assegurando oportunidade de contraditório ou ampla defesa, pela via recursal ou das ações impugnativas, consolidem os efeitos provisórios em definitivos, pois esses provimentos de cognição sumária, não cautelares, nascem ontologicamente com a virtude de consolidar seus efeitos em definitivos, salvo se forem cassados naquelas fases impugnativas ou recursais. Esses provimentos são provisórios, porque não estão vocacionados a desaparecer antes do fato processual que consolide, encampe, casse ou anule os seus efeitos. Afinal, o provisório aspira o definitivo em face da mesma lide.

18. Fungibilidade do pedido e das medidas cautelares conservativas ou antecipatórias

O direito de cautela, sendo atípico, presta-se a fundamentar as mais diversas pretensões cautelares nos casos concretos, tendo em vista a multiplicidade de interesses plausíveis (situações de *fumus*) e a multiplicidade de situações de risco (situações de *periculum damnum irreparabile*) que autorizam a tutela temporária de urgência, cuja resposta poderá consistir tanto na emanção de medidas conservativas como antecipatórias. Trata-se como se viu, de um direito geral de cautela a animar as mais variadas pretensões nos casos concretos e que se apresenta correlativo ao poder geral de cautela, que autoriza ao juiz decretar as medidas que entender adequadas a cada situação cautelanda.

A situação cautelanda, isto é, a identificação precisa dos interesses plausíveis ligados às mais variadas e possíveis situações jurídicas, cujos interesses devem ser atuados urgentemente para afastar uma situação de perigo iminente a esses interesses ou outros interesses periclitantes é que constitui a causa de pedir e, por isso, se diz que é a causa de pedir que fixa as balizas do pedido.

Se deve haver pedido cautelar expresso ou se o juiz está adstrito ao pedido formulado são questões sobre as quais a doutrina e a jurisprudência ainda se debatem.⁵⁶²

Desde logo cabe adiantar que a ideologia instrumentalista não se compadece com formalismos estéreis. As fórmulas *cautelar conservativa* e *cautelar antecipatória*, ou ainda (que seja!) *medida cautelar* e *medida antecipatória*, não foram suficientemente assimiladas, compreendidas, distinguidas ou aproximadas pela doutrina e jurisprudência. Exatamente por isso, as imprecisões conceituais não deveriam turbar a efetividade dessas tutelas provisórias de urgência, pois não se pode objetivamente considerar como

⁵⁶² Algumas decisões judiciais já admitem a possibilidade de o juiz deferir medida de natureza conservativa quando requerida medida antecipatória no próprio processo de conhecimento, ou de converter o processo cautelar em processo de conhecimento com pedido de tutela antecipada, adequando o provimento à situação fática descrita pelo autor: “Agravo de instrumento. Tutela antecipatória indeferida em ação de imissão de posse de veículo - poder geral de cautela exercido de ofício para determinar a apreensão e depósito do bem em mãos do autor - possibilidade - CPC, art. 798. Recurso provido em parte. Se o juiz não se convence da existência de prova inequívoca para conceder a tutela antecipatória pretendida pelo autor, mas do fundado receio de que uma das partes, antes do julgamento da lide, poderá vir a causar a outra lesão grave e de difícil reparação, pode e deve exercer o seu poder geral de cautela para, de ofício, deferir medida cautelar, no caso, de apreensão e depósito do bem” (TJPR – Agr. Instr. 92367500, 5ª. C. Cív., j. 15.08.2000), “Administrativo - ação cautelar inominada - pedido de pagamento de salários atrasados de professora, absolvida em processo disciplinar por abandono de cargo - errônea denominação dada pela autora a ação - irrelevância - pedido conhecido como ação de conhecimento com tutela antecipatória - sentença que julgou a ação parcialmente procedente confirmada. É irrelevante a denominação de ação, quando possível o seu julgamento, sem mudança da causa de pedir ou pedido. Reexame necessário desprovido.” (TJPR, Reexame necessário 60224800, 3ª C. Cív., j. 01.12.98). *Tribunal de Justiça do Estado do Paraná [on line], Jurisprudência, disponível: <http://www.tj.pr.gov.br>.*

erro grosseiro as questões que são objeto de divergências atuais na doutrina e na jurisprudência. Não obstante, a preocupação em demonstrar a adesão a essa ou aquela concepção, tem motivado a negativa de tutela adequada às situações de urgência.⁵⁶³

Cabe referir à advertência sempre precisa de BARBOSA MOREIRA, que *admitiu expressamente a fungibilidade entre pedidos conservativos e antecipatórios, porque nem mesmo do ponto de vista dogmático não logrou-se demonstrar uma linha divisória perfeitamente nítida.*⁵⁶⁴

⁵⁶³ A jurisprudência majoritária, entretanto, não tem admitido a fungibilidade entre pedidos antecipatórios e conservativos, qualificando por vezes como erro grosseiro a utilização da ação cautelar para veicular pedido antecipatório, satisfativo, como se observa pelas seguintes ementas: “Agravo de instrumento. Ação cautelar e tutela de urgência. Valendo-se a parte de processo cautelar, ao demandar medida satisfativa, incorre em erro que inviabiliza o provimento jurisdicional. As cautelares revelam-se inadequadas para a obtenção de medidas que exigem cognição plena. Agravo provido. Processo extinto.” TJRS – AI 598383214-RS, 9ª. C. Cív., Rel. Des. Tupinambá Pinto de Azevedo, j. 30.03.99 (Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul [on line], Jurisprudência, Disponível: <http://www.tj.rs.gov.br>); “Agravo de instrumento. Tutela de urgência. Procedimento cautelar eleito. Inadequação. Inviabilidade de conversão. A concessão de medida tipicamente satisfativa exige procedimento de cognição plena, não cabendo aplicar o princípio da fungibilidade para conhecimento do pedido como antecipação de tutela, quando presentes a irreversibilidade e o risco de violação do princípio da ampla defesa. Processo extinto de ofício.” TJRS, AI 598349089-RS, 9ª C. Cív., Rel. Des. Mara Larsen Chechi, j. 07.04.99 (Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul [on line], Jurisprudência, disponível: <http://www.tj.rs.gov.br>).

⁵⁶⁴ “Outro fenômeno apontado pelos juizes é o da relativa indistinção, na prática, ente a antecipação da tutela e a tutela cautelar. Providências essencialmente cautelares são às vezes requeridas como providências antecipatórias. Não será de estranhar a confusão, se tiver em vista a existência de dificuldades, mesmo do ponto de vista dogmático, científico, no traçado da linha divisória perfeitamente nítida entre os dois terrenos. Importaria aqui apurar como se tem conduzido, diante de situações do gênero, os órgãos judiciais. Em princípio, francamente, desde que não se altere a substância do pedido, não vislumbramos obstáculo irremovível à admissão de um requerimento pelo outro, determinando-se que o processamento observe à disciplina adequada à verdadeira natureza a matéria. O raciocínio será análogo ao que prevaleceu, no silêncio do Código, a favor da possibilidade de aproveitar-se, em certa medida, recurso inadequadamente interposto em lugar do cabível.” (*As reformas do Código de Processo Civil: condições de uma avaliação objetiva*. In: Genesis: Revista de Direito Processual Civil, Curitiba: Genesis, v. 2, maio/ago. 1996, p. 342-343).

Para bem caracterizar esse gênero cautelar, parece conveniente frisar que em face da pretensão cautelar anunciada pelo autor cabe ao juiz decretar as medidas temporárias adequadas, as quais, em vista da análise e ponderação das concretas razões que informam a causa de pedir, tanto poderão ser de natureza estritamente conservativa, como antecipatória dos efeitos, ainda que parciais, da pretensão cautelar. Aliás, isso vem exposto no artigo 798 do Código de Processo Civil. Ocorre que a urgência que normalmente inspira ou impulsiona a função cautelar, mais a característica da fungibilidade das medidas e da temporariedade dos seus efeitos, autoriza o convencimento de que não é tanto o pedido, *mas a causa de pedir, que define e fixa no âmbito da cautelaridade o possível conteúdo e efeitos do provimento judicial adequado*, que tanto pode ser meramente conservativo como antecipatório dos interesses que são objeto da pretensão cautelar (*fumus*), para atingir o ideal de efetividade da jurisdição.⁵⁶⁵

Tratando-se a tutela jurisdicional cautelar de uma tutela residual às demais, em face da urgência, que não se compadece sequer com as demais formas de cognição sumária para eliminar a situação de *risco iminente* a interesses que em tese são relevantes, não se pode mesmo exigir que a parte desde logo tenha que determinar com precisão ou exatidão o seu pedido, pois isso poderia consistir em causa freqüente para o perecimento da pretensão cautelar, para a inefetividade do direito de cautela e da própria jurisdição de urgência. As digressões sobre *arbor or vite* não podem ter lugar em situações de urgência. Se não há descrição de situação de urgência, não haverá que se cogitar de tutela cautelar antecipada ou mesmo conservativa. Mas, como adverte EGAS MONIZ DE ARAGÃO, *se a situação cautelanda está descrita, mediante dados que definem as situações de perigo e os interesses plausíveis, evidenciando necessidade de medida urgente, a demanda já se apresenta apta a merecer o exame dessa lide*.⁵⁶⁶

Pense-se, por exemplo, na hipótese em que o autor, pela via do mandado de segurança, pede a declaração de inexistência de uma obrigação tributária em

⁵⁶⁵ CUNHA, Alcides Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*, p. 161.

⁵⁶⁶ ARAGÃO, Egas Moniz de. *Medidas cautelares inominadas*, p. 52-55.

confronto da União ou do Estado e ainda pede, em via liminar, a suspensão da exigibilidade do tributo, alegando sua inconstitucionalidade e o comprometimento da sua disponibilidade financeira tendo em vista uma programação de investimentos, cujo comprometimento mais se agravaria diante da necessidade de propor oportunamente outra ação, de repetição do indébito, para a hipótese de procedência da primeira, o que ainda o remeteria para os morosos procedimentos do precatório requisitório para obter a restituição. O juiz, avaliando os elementos que informam a situação descrita pode, desde logo, deferir a liminar de suspensão, que tem evidentemente um conteúdo antecipatório dos efeitos práticos do pedido principal, pois dispensa, ainda que provisoriamente, o desembolso de certa quantia em dinheiro para fins de pagamento do tributo impugnado. Pode o juiz, todavia, em face da avaliação concreta da situação de urgência que motivou o pedido de liminar, não autorizar a suspensão do pagamento, mas facultar ao autor o depósito da quantia em juízo para se resguardar da necessidade de mover ação de repetição do indébito na hipótese de ser concedida a segurança, cuja ordem de depósito tem uma natureza essencialmente conservativa dos interesses plausíveis, na perspectiva de que a medida conservativa é já suficiente para assegurar a idealidade possível aos interesses, na medida da plausibilidade aferida pelo juiz, até que se decida sobre o pedido final de declaração de inexistência da suposta relação tributária. Vale dizer, o pedido de segurança urgente que caracteriza a lide cautelar em concreto, devendo redundar na concessão da medida provisória adequada (artigo 798 do CPC), poderá consistir tanto na concessão de medida estritamente cautelar ou conservativa, como em medida cautelar antecipatória.

Pode-se ainda pensar em outra hipótese, talvez mais significativa, daquele que, paralelamente ao pedido de reparação de danos e, em face da situação de *fumus*, pede a liberação imediata de determinada quantia para dela dispor tão logo os médicos confirmem a necessidade de uma urgente e dispendiosa cirurgia em pessoa da família, sua dependente, a ser realizada possivelmente no exterior. O juiz, considerando a situação de *fumus* e a dimensão do *periculum*

damnum, pode determinar que o réu deposite determinada quantia para garantir, no caso de se concretizarem as expectativas do autor, a pronta liberação do dinheiro, sem mais delongas. Trata-se de medida adequada, mesmo porque atende o princípio executivo de se impor o menor sacrifício ao réu, vale dizer, não onerá-lo além das necessidades.⁵⁶⁷ Enquanto permanecer em depósito o dinheiro, houve satisfação cautelar dos interesses plausíveis e dos interesses periclitantes mediante uma medida conservativa e, simultaneamente, preservouse a idealidade do *fumus*, na medida reputada adequada e suficiente, para sua oportuna atuação ou realização no plano material ou no plano das tutelas jurisdicionais primárias.

Esses exemplos servem para ilustrar que as medidas de antecipação, tanto quanto as medidas de conservação, correspondem também a conteúdos e efeitos de medidas temporárias de urgência, não se justificando as posturas radicais que se propõem a isolar tais providências como se fossem absolutamente diversas quanto aos pressupostos, objeto e fins da cautelaridade. É de se ressaltar que, a despeito de suas especificidades, pertencem ao mesmo gênero, que pode e deve ser identificado como *cautelar*.

Admitindo-se a fungibilidade entre medidas conservativas e antecipatórias, é de se admitir também que a fungibilidade pode ocorrer no âmbito de cada uma dessas espécies, de modo a permitir que o juiz ao invés de conceder exatamente aquela medida conservativa que foi especificada no pedido ou aquela particular medida antecipatória, possa conceder outra medida que importa em conservação ou antecipação reputada mais adequada à espécie. A parte pede arresto, o juiz faculta primeiramente a caução, consoante a previsão que, aliás, existe de modo expresso no artigo 805 do Código de Processo Civil. Pode ainda se dar uma situação similar à descrita por CALAMANDREI, em que uma dama da sociedade alegando estar sendo já lesado o seu direito à imagem, pede a supressão antecipada de uma pintura em afresco no interior de uma casa noturna,

⁵⁶⁷ ARAGÃO, Egas Moniz de. *Medidas cautelares inominadas*, p. 55.

mediante a alegação de que é sua a figura ali representada, sendo que o juiz, ao invés de suprimir antecipadamente, manda encobrir a pintura de modo eficiente até a decisão final. A providência de encobrir a pintura não foi simplesmente conservativa dos interesses plausíveis pertinentes à imagem, mas satisfativa, de modo provisório e fático do direito à imagem que poderia mesmo estar sendo violado. Surtiu o mesmo efeito prático da supressão, um caso particular de tutela equivalente. Pode até mesmo acontecer que o provimento final seja no sentido de não se suprimir ou de não se desfazer a pintura, sob a ponderação dos mais variados argumentos e interesses, concluindo afinal por deixá-la encoberta com essa ou aquela técnica de ocultação por vários anos, com o que se estaria satisfazendo naquele caso concreto, plenamente, no aspecto fático e até mesmo, adequadamente, no aspecto jurídico em face das tutelas primárias, o direito à imagem da autora e ainda preservando para o futuro o valor artístico da obra. Tudo a conspirar para a conclusão de que cautelar é o gênero que congrega medidas conservativas e antecipatórias.

Assim como se admite a fungibilidade das medidas, tem-se que admitir necessariamente a fungibilidade do pedido cautelar. Se deve ou não haver um pedido expresso na demanda, isso se resolve através da interpretação do que se contém na demanda. Se existe a causa de pedir denotando uma lide cautelar, ou seja, uma situação de perigo ou situação cautelanda, e, ainda, se o pedido é por natureza fungível nesses casos, é o quanto basta para se tornar apta a demanda para o exercício da função cautelar de urgência. Aliás o ordenamento positivo contempla hipóteses de pedidos implícitos em outras tutelas.

19. Variabilidade das medidas cautelares

Tal como ocorre com as expressões *provisoriedade* ou *temporariedade*, nota-se que em sede cautelar não há um consenso na doutrina e na jurisprudência sobre a terminologia mais adequada para designar esse ou aquele fenômeno inerente a esse tipo de tutela. Aliás, o próprio vocábulo cautelar tem gerado

ambigüidades, notadamente após a reforma processual de 1994. Isso vem confirmar o quanto foi desprezada a função cautelar, inclusive no momento da consolidação do pensamento dogmático.⁵⁶⁸ Com a recente crise de segurança é que as atenções convergiram para a *antiga novidade* da cautelar, o que explica as divergências na linguagem para a identificação das características dessa tutela.

Realmente, além da confusão entre *temporiedade* e *provisoriedade*, percebe-se que há confusões entre os significados das expressões *fungibilidade*, *variabilidade* e *instabilidade* quando pertinentes aos provimentos cautelares em geral. Essas expressões são utilizadas meio que indistintamente, para se referir a essa ou aquela características dos provimentos cautelares.

Essas imprecisões causam maiores perplexidades, porém, quando são utilizadas para promover distinções entre as características das medidas cautelares em relação às característica das medidas antecipatórias em geral, sem levar em conta que parte das medidas antecipatórias tem feição cautelar, integrando esse tipo de tutela de urgência urgentíssima e subsidiária. Diante do *gênero cautelar*, deve-se apontar inicialmente as convergências quanto a essas características para, só a partir daí, apontar as variantes que podem ocorrer no âmbito de cada espécie (conservativa e antecipatória) e, principalmente, para a partir daí, evidenciar as diferenças entre as medidas que integram o gênero cautelar e as medidas antecipatórias de cognição sumária, pertencentes ao gênero das tutelas cognitivas do direito subjetivo ou primário.

Não há dúvida realmente que a grande utilidade da questão terminológica, em sede cautelar, é a de favorecer a identificação dos diferentes fenômenos que podem ocorrer com esses provimentos quanto à adequação e quanto à estabilidade dos mesmos. Em princípio, é possível observar que as especiais

⁵⁶⁸ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Anotações sobre alguns aspetos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós. Evolução da cautelaridade e suas reais dimensões em face do instituto da antecipação de tutela. As obrigações de fazer e não fazer. Valores dominantes na evolução dos nossos dias.* In: Revista de Processo, n. 97, p. 50-65.

características da *temporarietade*, *fungibilidade*, *variabilidade* e *instabilidade*, têm tudo a ver com a subsidiariedade do direito de cautela e a natureza residual da função cautelar. Vale dizer, essas características são pertinentes exclusivamente aos provimentos cautelares, sejam eles conservativos ou antecipatórios, enquanto destinados a exorcizar uma situação emergencial de perigo a interesses plausíveis, preservando-os ou satisfazendo-os no nível da plausibilidade e não da certeza jurídica como direitos subjetivos (cognição exauriente), tampouco ao nível da presunção de certeza (cognição sumária).

A *subsidiariedade* da função cautelar corresponde à *subsidiariedade* (não acessoriedade) do direito de cautela em relação a todos os demais direitos subjetivos ou primários, dinamizando por isso pretensões absolutamente singulares, como as pretensões à tutela jurídica à função residual cautelar vocacionada a resolver precisamente as lides residuais, cautelares.

A *subsidiariedade*, informada pela urgência, é que autoriza a *fungibilidade* dos pedidos, para que a final seja decretada a medida adequada, conservativa ou antecipatória cautelar, independentemente da denominação pela qual o requerente a tenha rotulado, sob pena de se comprometer a efetividade da jurisdição de urgência.

A fungibilidade não interfere com a temporarietade, posto que essa última condiciona naturalmente a existência dos provimentos cautelares à subsistência da situação cautelanda informada pelos pressupostos inelimináveis de *fumus* e de *periculum damnum*. A temporarietade define o prazo máximo em que poderá ocorrer a fungibilidade e a variabilidade dos provimentos. Todavia, a temporarietade não condiciona suficientemente a duração ou estabilidade da cautela, ou seja, dos provimentos cautelares, porque a lei pode impor condições exógenas para a cessação dos efeitos e da eficácia dos provimentos cautelares, a despeito de subsistir a situação cautelanda, informada pelo *fumus* e *periculum damnum*.

Quanto à estabilidade dos provimentos cautelares, cabe mesmo enfatizar que não se confunde com a temporarietade ontológica dos provimentos

cautelares e tampouco com a provisoriedade circunstancial que pode precipitar a temporariedade em face de um provimento definitivo mediante as tutelas primárias cognitiva-executiva, fazendo com que a medida cautelar desapareça, circunstancialmente, em face da inter-relação de lides, pela superveniência do provimento definitivo. Também, não se confunde com a característica da variabilidade, porque essa se distingue pelo fato de comportar alterações de conteúdo e de efeitos dos provimentos, enquanto deve subsistir a cautela.

A estabilidade, portanto, diz respeito especificamente às condições que um dado ordenamento impõe para se manter ou fazer cessar a eficácia ou efeitos das medidas cautelares, tanto que se pode sujeitar essa eficácia a condições de política processual, que nada tem a ver com a existência temporal, mutante e ontológica desses provimentos.

Dentre as condições de estabilidade pode se cogitar de regramentos como os que impõem a cessação de eficácia por desídia do requerente em promover a execução da medida concedida, quando a execução dependa, obviamente, de atos a serem praticados pelo requerente (artigo 808 II, do Código de Processo Civil); ou que impõe a cessação da eficácia por desídia do requerente em propor a ação principal no prazo indicado, quando há obviamente *inter-relação de lides* e há o intuito do legislador em precipitar a eliminação do estado de *fumus* e de perigo em face de provimento definitivo (artigo 808, I); ou que dispõe sobre a manutenção da eficácia do provimento cautelar durante o período de suspensão do processo principal, quando ocorrer a *inter-relação de lides* (parágrafo único do artigo 807).

Inversamente, pode se idealizar uma regra que confira estabilidade ao provimento cautelar, especialmente ao provimento cautelar antecipatório, a ponto de converter a sua eficácia ontologicamente provisória, tanto que nascida da lide cautelar, em situação de urgência, em eficácia definitiva se a outra parte em dado prazo (prescricional) não promover as ações impugnativas. Nessa última hipótese haveria um caso singular em que uma tutela sumária cautelar,

fundada na atuação do direito de cautela, converte-se em tutela sumária do *direito acautelado*, em face de motivos externos à cautelaridade.

A singularidade da tutela cautelar, porque residual, incidente sobre um direito de cautela subsidiário, é evidente, sendo que a característica da *variabilidade* confirma essa singularidade e tem a ver com a possível diversidade do conteúdo e dos efeitos destes provimentos, que estão sujeitos a modificações, no âmbito da *temporariedade*. Já se disse que as condições de *fumus* e de *periculum* podem variar no tempo, agravando-se ou atenuando-se, sem desaparecer.⁵⁶⁹ Enquanto subsiste a *temporariedade*, existe a perspectiva da *variabilidade* do provimento já concedido, para ajustá-lo às subseqüentes modificações do estado de *periculum* ou de *fumus*. Essa *variabilidade* poderá importar em substituição da medida de uma espécie por outra, ou na alteração da medida no âmbito da mesma espécie, por uma medida mais ou menos ampla e, ainda, na substituição por caução.

A expressão *variabilidade*, portanto, deve ser tomada como indicativo da possibilidade de modificação ulterior dos provimentos já concedidos, para a adequação ou substituição das medidas antes deferidas, diante das *considerações que incidem sobre as alterações surgidas na situação cautelanda, diante da superveniência de novas situações de fato e de direito*, tudo a ensejar novas avaliações do *fumus* e do *periculum damnum irreparabile*. A *variabilidade* pode ocorrer na dimensão da fungibilidade, para permitir a substituição ulterior de medidas antecipatórias por conservativas ou, mesmo, de medidas conservativas por antecipatórias. A *variabilidade* pode se dar ainda no âmbito das mesmas espécies, alterando para mais ou menos a extensão de uma medida antecipatória ou conservativa. É sempre em atenção ao *princípio do menor sacrifício do demandado quanto aos meios executivos ou contrições*, será possível a substituição da medida antes concedida por caução. Pode ainda se dar que essa *variabilidade* se manifeste através da incoação de uma

⁵⁶⁹ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, p. 78-86.

contracautela, com o que se modifica a dimensão da cautela antes concedida.⁵⁷⁰ Em suma, a variabilidade pressupõe a alteração ou modificação de medidas antes concedidas, em face de alterações no estado de fato e de direito da situação cautelanda, para o fim de se manter um estado de cautela adequado.

A expressão *variabilidade* dos provimentos cautelares conservativos ou antecipatórios refere-se pois à contínua adequação dos mesmos à situação cautelanda. CALAMANDREI cogitava da intrínseca *variabilità* dos provimentos cautelares para designar precisamente essa característica. Por isso mesmo não se inclui no âmbito da variabilidade as alterações havidas em face de reconsiderações ou novas avaliações sobre o mesmo estado de fato e de direito da situação cautelanda. A isso se denomina *revisão* - revisão da adequação do provimento à lide tal como foi solucionada -, e é o que acontece com as reconsiderações e provimentos recursais, que à vista do mesmo estado de fato e de direito, reformam provimentos cautelares. Essa revisão não é uma característica peculiar das medidas cautelares, mas de todo provimento judicial, enquanto passível de revisão ou reforma, mediante recurso ou ações impugnativas. Poderá haver modificação da medida, substituição da caução, revogação, tudo sob a ótica de que a primeira medida concedida não foi a adequada à solução da lide cautelar. Essas situações importam em juízos sucessivos sobre o mesmo estado da lide e não se confundem com as modificações ou substituições da medida antes concedida, sob o fundamento de que se alteraram as situações da própria lide cautelar, que tem essa virtude de permitir ajustes positivos - *variabilidade*.

Tampouco se aplica a variabilidade às situações em que, em face do indeferimento ou extinção, por qualquer motivo, de um provimento cautelar, se renova um pedido de cautela, o que faz pressupor nova ação, nova pretensão cautelar, nova lide.

⁵⁷⁰ CUNHA, Alcides Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*, p. 153-158. Ver ainda item 27 da Parte II.

A variabilidade pressupõe que a situação de urgência, que dinamiza a pretensão cautelar para acionar uma tutela residual de urgência urgentíssima (ação cautelar), é passível de mutações e que por se tratar de uma tutela excepcional, que atua um direito subsidiário, deve atuar autonomamente e, ainda, finalisticamente ou instrumentalmente, o *fumus* para preservar a idealidade de interesses relevantes, diante das situações emergenciais de perigo, essas mutações não podem deixar de ser consideradas no âmbito da excepcionalidade, para imprimir cautela (conservativa ou antecipatória) na medida da absoluta necessidade, tendo em vista as condições variáveis de *fumus* e *periculum*, tudo isso sem eliminar o estado de incerteza sobre a titularidade dos interesses plausíveis, porque uma tutela assim subsidiária não pode aspirar essa função.⁵⁷¹

Por outro lado, essas considerações autorizam o convencimento de que a pretensão material de cautela já traz em si a cláusula da adequação para se manter a idealidade dos interesses plausíveis e periclitantes e que, por isso, a função cautelar residual se compraz naturalmente com provimentos sujeitos às mutações, consoante o variar da situação cautelanda, vale dizer, *a função cautelar traz em si os condicionamentos da cláusula 'rebus sic stantibus' para fins de adequação do provimento.*⁵⁷²

É preciso anotar que as alterações no estado de fato ou de direito de uma situação cautelanda podem ensejar, de um lado, a variabilidade, mas, sob outro aspecto, podem ensejar o exercício de nova ação, naqueles casos em que, tendo sido indeferida, cassada ou revogada uma medida cautelar, o interessado renova o pedido, alegando, pelo menos, novos fundamentos, ainda que para sustentar a mesma causa de perigo.⁵⁷³ Nesses casos, como se disse, está-se diante de nova ação, de outra lide cautelar. As alterações no estado de fato e de direito da situação cautelanda admitem a variabilidade enquanto pende a lide e, de outro

⁵⁷¹ ROCCO, Ugo. *Trattato di diritto processuale civile*, p. 89.

⁵⁷² ARAGÃO, Egas Moniz de. *Medidas cautelares inominadas*, p. 64.

⁵⁷³ ARAGÃO, Egas Moniz de. *Idem*, p. 65.

lado, ensejam nova ação, se a lide anterior já foi extinta, o que evidencia duas dimensões para se dar aplicação à cláusula *rebus sic stantibus*, seja em uma dimensão *intra-processual*, seja em uma dimensão *inter-processual*. A variabilidade autoriza modificações na pendência da lide cautelar sobre a qual já houve concessão de medida cautelar, cuja medida está produzindo efeitos, a qual, todavia, poderá ser alterada para se ajustar a cautela às atuais condições do *fumus* e do *periculum*. Trata-se aqui da aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* na dimensão *intra-processual* para adequação positiva e contínua dos provimentos cautelares diante da mesma lide (cautelar), ainda que sob os influxos das vicissitudes ocorridas na lide cognitiva com a qual pode estar se inter-relacionando.

Se porventura sobrevier a extinção da medida, seja qual for o motivo da extinção, somente será possível nova cautela para proteger ou realizar faticamente os mesmos interesses, se o requerente alegar, pelo menos, novo fundamento, para escapar da eficácia preclusiva do julgado anterior, sendo que aí, então, haverá a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* na dimensão *inter-processual*, isto é, em relação a outro processo.

20. Fungibilidade das técnicas processuais para requerer tutela cautelar: ação independente, antecedente, incidente e cumulativa ao pedido cognitivo

Quanto à fungibilidade de técnicas cautelares, conservativas e antecipatórias, tem-se que é de se admitir como perfeitamente possível e, mais, como necessária e indispensável até a admissão dessa fungibilidade, na medida do interesse processual do autor e na perspectiva da máxima instrumentalidade do processo.

Muitos são os autores que têm afirmado que após a normatização da tutela antecipatória no âmbito do processo de conhecimento, tornou-se incabível a utilização das ações cautelares do Livro III do Código para se pleitear essa

tutela.⁵⁷⁴ Tais afirmações são precipitadas e importam em uma generalização indevida. O assunto merece reflexão, pois há que se distinguir entre as antecipações que têm natureza cautelar, como aquelas do inciso I do artigo 273 e do artigo 461, do Código de Processo Civil, das antecipações não cautelares e que importam, aí sim, em espécies de tutela sumária do único direito em lide em processo de conhecimento, assim como as antecipações do inciso II, do artigo 273 do mesmo Código.

Realmente, as antecipações do inciso II, do artigo 273 do diploma processual constituem uma novidade, pois configuram uma peculiar modalidade de julgamento antecipado da única lide, ou mesmo, já havendo julgamento, uma modalidade de imprimir imediata executividade às sentenças em face de comportamentos abusivos do réu, seja no exercício de suas defesas, seja em incidentes protelatórios, independentemente da caracterização ou da sanção da má-fé processual do réu e, note-se, *independentemente de uma situação de perigo de dano irreparável aos interesses em lide cognitiva, na atuação da tutela primária.*

O juiz, tendo elementos suficientes para o julgamento do mérito, profere a sentença final e lhe imprime imediata executividade. Em outra, o Tribunal, reputando protelatórios os incidentes provocados pelo recorrido, imprime imediata executividade ao julgado que favorece ao autor. Privilegia-se o autor, mas, principalmente, privilegia-se a dignidade da Justiça, pois ao juiz incumbe zelar pela celeridade da justiça e evitar tratamento desigual às partes.

Aí sim parece que se caracteriza a situação idealizada por CALMON DE PASSOS e já referida.⁵⁷⁵ Trata-se entretanto de um tipo de tutela que deve gerar

⁵⁷⁴ SILVA, Ovidio Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 3, p. 105-106.

⁵⁷⁵ Quando escreveu sobre as inovações ocorridas no artigo 273, CALMON DE PASSOS sustentou que se tratava de modalidade que permitia ao juiz, tão logo tivesse sido instalado o contraditório, proferir sentença mandamental ou executiva, em face do elevado grau de verossimilhança, senão de evidência do direito alegado, sendo que o provimento sucessivo haveria de se referir aos eventuais provimentos recursais. (*Inovações no Código de Processo Civil*, p. 5-30).

ainda mais confusão ou perplexidade do que a antecipação do inciso I, do artigo 273, precisamente pelo caráter absolutamente inovador. Cogitando o dispositivo de atitudes do réu como móvel para antecipação, pressupõe-se que deve ter havido oportunidade para o contraditório sobre o objeto litigioso, nesse processo ou em processo anterior, envolvendo exatamente a mesma questão de fato e de direito, ainda que a parte autora fosse diversa. A partir daí, doutrina e jurisprudência deverão de fornecer as balizas para a caracterização do abuso e do intuito protelatório. Com base nesse dispositivo poder-se-á pensar em julgamento parcial e antecipado de um dos pedidos, remanescendo o processo para elucidação de pedidos ainda carentes de prova, com o que se estará atendendo objetivamente ao ideal de celeridade proposto pelo legislador da reforma processual; poder-se-á cogitar de abuso em face do oferecimento de defesa padronizada e absolutamente dissonante da jurisprudência dominante ou da súmula dos tribunais; poder-se-á cogitar de casos em que há antecipação de julgamento e não dos seus efeitos executivos, simplesmente para agilizar o processamento de eventuais recursos; poder-se-á admitir que o juiz *ex-officio* indefira a continuidade de instrução probatória, em maior ou menor extensão, reputada abusiva, com o intuito de acelerar o procedimento e não antecipando necessariamente o julgamento, pois se pode o mais (antecipar julgamento por abuso), pode o menos (acelerar o procedimento) por excessos na fase instrutória que anteriormente, sob outra perspectiva processual havia deferido.

Essas e outras indagações certamente deverão ser enfrentadas com serenidade e adequação em cada caso concreto. Em princípio, a ideologia instrumentalista compraz-se com as providências que favoreçam a celeridade, sem arbitrariedade. As decisões têm que ser motivadas de modo a justificar a antecipação mediante *cortes* no *iter* procedimental ou mediante a antecipação do julgamento parcial ou total dos pedidos, ou, ainda mediante uma peculiar modalidade de execução provisória.

O artigo 273 contém disposições que somente se aplicam à tutela antecipada do inciso I e outras, que somente se aplicam à tutela antecipada do

inciso II, o que não deve causar maiores perplexidades, cabendo à doutrina e jurisprudência estabelecer as distinções, como fez em relação aos dispositivos que tratam da assistência, identificando quais as disposições aplicáveis à assistência adesiva e quais as aplicáveis à assistência litisconsorcial.⁵⁷⁶

Voltando, porém à questão das técnicas processuais utilizáveis para o exercício da função cautelar, conservativa ou antecipatória, cabe enfatizar que nesse limiar da fase instrumentalista não se pode mais incidir nos mesmos erros que inspiraram o formalismo excessivo da fase dogmática. Se a todo pedido de natureza cautelar, seja conservativa seja antecipatória, corresponde uma ação processual, não se pode pretender confinar a produção das medidas cautelares conservativas às técnicas da ação cautelar do Livro III, do Código de Processo Civil, quando, proveitosamente, com economia processual, puderem ser deduzidas cumulativamente a um pedido principal no processo de conhecimento, por existir, no caso concreto, o fenômeno da *inter-relação de lides*.

Nem mesmo a fungibilidade sempre inerente ao gênero cautelar pode se compadecer com esse rigor formal. E ainda, se conservar é um *minus* em relação a antecipar e se o pedido cumulado de antecipação cautelar é admissível sem discussões, não há porque, logicamente, não aceitar a cumulação do pedido meramente conservativo. Afinal, é princípio de lógica jurídica o de que *quem pode o mais, pode o menos*.

Há que se ter em mente ainda que não se vive mais o momento do *sistema das ações típicas*, que inspirava o direito romano (sistema de *actiones*). Hoje,

⁵⁷⁶ Considerando que o artigo 273 é polivalente, contemplando no inciso I, a modalidade de medida cautelar para atuação do *fumus* em situações de perigo de dano a interesses relevantes, cujo regime se compadecer com medidas fungíveis, instáveis, temporárias, concedidas na medida da necessidade e que, no inciso II contempla situação de antecipação em cognição sumária que pressupõe elementos suficientes para presumir direito subjetivo e antecipar sua satisfação, independente de situação de perigo, com medidas que aspiram a estabilidade, pode-se dizer que os §§ 1º e 2º aplicam-se aos dois tipos de tutela; que o § 3º é apropriado às hipóteses de antecipação mediante cognição sumária do direito subjetivo e que o § 4º é pertinente às medidas cautelares. O § 5º é referível às duas espécies de tutela, ressalvadas as situações em, que com base no inciso II se proveja desde logo em cognição exauriente, fora das condições tradicionalmente inseridas no âmbito do artigo 330 do Código de Processo Civil.

distingue-se ação material da ação processual e se prioriza a tônica da instrumentalidade. No momento em que se apregoa, cada vez com mais insistência, a possibilidade de se servir das técnicas procedimentais da tutela cautelar do Livro III para deduzir pretensões satisfativas autônomas⁵⁷⁷ e até mesmo com eficácia declaratória e efeitos definitivos, como nas hipóteses de direito evidente⁵⁷⁸ e extrema urgência, não se pode mais pretender isolar as técnicas que o ordenamento predispõe para as tutelas de urgência, sem o exame do caso concreto, isto é, sem aferir a adequação do procedimento adotado em face do interesse processual do autor, cabendo ao juiz, até *ex-officio*, tratando-se de tutela de urgência, adequar o procedimento. Afinal, a partir das reformas de 1994 *relativizou-se a ordinarização do Processo de Conhecimento do Livro I e, tecnicamente, inexistem óbices para que essa relativização se opere em toda a dimensão do possível, senão à propalada adesão aos princípios basilares de CHIOVENDA sobre a máxima instrumentalidade do processo e sua natural expansão se não ocorrerem óbices fáticos insuperáveis e sobre a máxima adequação dos procedimentos às pretensões tuteladas.*

As técnicas do Livro III do Código de Processo Civil sempre foram e continuam sendo adequadas às medidas cautelares conservativas para as quais se delineou um procedimento próprio, como o arresto ou seqüestro, que implicam em atos materiais de arrecadação de bens, cujos atos podem até turbar o normal desenvolvimento de um processo principal, quando houver a *inter-relação de lides*, para a discussão de um direito de crédito ou sobre o direito de propriedade.⁵⁷⁹ Também as medidas de produção antecipada de prova haverão

⁵⁷⁷ SILVA, Ovidio Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 3, p. 67-81.

⁵⁷⁸ FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência: fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 306-334.

⁵⁷⁹ “O cabimento do pedido incidental (cumulativo) revelar-se-á particularmente adequado, nos casos em que a inserção de tal pedido não venha tumultuar o procedimento peculiar a ser imprimido ao processo definitivo, notadamente quando dispensar a renovação ou duplicidade de atos instrutórios.” (CUNHA, Alcides Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*, p. 143).

que ser requeridas mediante as técnicas do Livro III, diante da singularidade do objeto e dos procedimentos, além do que, medidas como as de produção antecipada de prova e como o próprio arresto, podem até dispensar a existência de um processo principal futuro, seja porque a temida questão quanto à responsabilidade civil não se configurou para se valer o interessado da prova antecipada que produziu, seja porque a garantia do crédito pelo arresto tornou-se suficiente, para que o devedor, que dissipava os bens, pagasse a dívida na data do vencimento, meses após à efetivação do arresto.

Os alimentos provisionais disciplinados no Livro III têm feição nítida de antecipação sumária do direito subjetivo e não obstante, persiste o interesse processual em se servir das técnicas ali previstas (artigos 852 a 860) sempre que não for possível ou adequado ao caso concreto incoar o pedido de alimentos urgentes com a ação de cognição exauriente sobre a mesma lide (como ocorre com os chamados alimentos provisórios, liminarmente concedidos na ação principal), seja porque a ação principal, versando sobre alimentos definitivos ou sobre relações de família ou parentesco (que também ensejam pedido de alimentos), encontra-se em grau de recurso no tribunal e os alimentos devem se processar em primeira instância (artigo 853), seja porque a situação de urgência já regrada recomenda que o pedido de alimentos provisionais se faça de modo antecedente ao ajuizamento de uma ação principal, com vários pedidos.

Situações de especial urgência podem recomendar que pedidos antecipatórios cautelares sejam deduzidos de modo antecedente ao pedido principal, aplicando-se *no que couber*, as técnicas do Livro III, do Código de Processo Civil sobre a ação cautelar antecedente. Assim como as situações de *inter-relação de lides* poderão motivar desde logo a cumulação de pedido conservativo ao principal, aplicando-se as técnicas do artigo 273, I, assim também deverá ser possível que o pedido de antecipação se faça em ação antecedente, tudo conspirando para configuração do regime jurídico das cautelares, conservativas ou antecipatórias, conjugando-se regras do Livro I,

tais como as do artigo 273, I, §4º, e do artigo 461, § 3º com regras do Livro III.

Sabe-se que o fenômeno da *inter-relação* de lides há de ser uma constante em casos de antecipação cautelar, ainda que ditada por razões de política processual, e que, de outro lado, pode não ocorrer em todas as situações em que o pleito é de medida essencialmente conservativa. O fato é que, ocorrendo a expectativa concreta da *inter-relação de lides*, os pedidos, tanto os antecipatórios como os conservativos, poderão ser cumulados desde logo com o pedido principal ou, até mesmo, poderão ser ajuizados de modo antecedente, em face de extrema urgência ou da eventual necessidade de justificação prévia para a demonstração do *fumus e periculum*, dependendo nessas últimas hipótese de uma cumulação ulterior para manter a eficácia do provimento cautelarmente obtido, tudo se processando, a partir daí, em um único processo. A fungibilidade de técnicas cautelares implica em que os pedidos poderão ser deduzidos segundo a disciplina do artigo 273, I ou, ainda, combinando-se técnicas Livro III do Código de Processo Civil, pelo menos em parte, para que, não sendo possível ou adequada ao caso a cumulação inicial, aconteça a cumulação ulterior do pedido principal ao cautelar.

Um pedido urgente de sustação de protesto, em relação ao qual ainda não se firmaram as posições sobre a natureza, no âmbito da cautelaridade, se corresponde a uma medida antecipatória ou a uma medida conservativa,⁵⁸⁰

⁵⁸⁰ Com efeito, a natureza antecipatória ou cautelar da sustação de protesto ainda não está assente na jurisprudência, que se debate quanto à possibilidade de utilização das técnicas do art. 273, I, ou do Livro III, do Código, para a veiculação do pedido. Afirmando a possibilidade de pedido de sustação de processo como medida antecipatória, com base no art 273 do CPC, os seguintes julgados: TAPR, Agravo de instrumento 89797800, 3ª C. Cív., DJ 02.08.96; TJDF, Agravo de instrumento 831997, 4ª T. Cív., DJ 25.03.98; TARS, Agravo de Instrumento 195149919, 3ª C. Cív., Rel. Juiz Otavio Mazon Coimbra (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul [on line], Jurisprudência, disponível: <http://www.tj.rs.gov.br>). Caracterizando a sustação de protesto como pedido de natureza cautelar, que só pode ser veiculado através da ação cautelar do Livro III do Código, pode-se citar as seguintes decisões: TAPR, Agravo de instrumento 95142000, 2ª C. Cív., DJ 18.11.96; TAPR, Agravo de Instrumento 118785500, 2ª C. Cív., DJ 22.05.98; TAPR, Apelação cível 105781100, 2ª C. Cív., DJ 01.08.97; TARS, Agravo de instrumento 195169065, 6ª

poderá ser deduzido cumulativamente a um pedido cognitivo de nulidade do título ou da relação jurídica que ele supostamente consubstancia, se a prova documental produzida com a inicial for desde logo suficiente para autorizar o convencimento sobre a plausibilidade da pretensão principal e sobre os riscos de dano irreparável aos interesses patrimoniais e àqueles relativos à imagem do autor.

De outro lado, em situação de extrema urgência, demonstrando a iminência do protesto e fazendo prova suficiente da possível nulidade do título ou da obrigação que ele consubstancia, poderá o autor requerer a sustação em ação cautelar antecedente, segundo as técnicas do Livro III, pelo menos em parte (*no que couber*), propondo-se a ajuizar a ação principal de nulidade no prazo de trinta dias após a efetivação da medida (artigo 806 do Código de Processo Civil), justificando que não há tempo razoável para formular a demanda principal em face dos cuidados especiais que se deve ter para a fixação do mérito em demandas definitivas, sendo que o caso possivelmente ensejará a cumulação de outros pedidos, mesmo porque os pedidos definitivos conduzem à coisa julgada. Enfim, pode o autor ter prova suficiente para a demonstração do *fumus* e do *periculum*, mas não ter tempo suficiente para articular todas as razões do pedido ou dos pedidos principais. Após o deferimento do pedido de sustação poderá então ajuizar a ação principal, a qual, todavia, *em face das novas técnicas preconizadas no art. 273, I, do Código de Processo Civil, deverá ser reunida ao processo da ação cautelar já iniciado para prosseguirem cumuladas – uma cumulação ulterior às avessas-*, com unidade de procedimento, priorizando-se, é óbvio, as garantias do procedimento ordinário, ao qual às partes trarão todas as razões, provas e exceções que tiverem, sejam em relação ao pedido cautelar (antecipatório), seja em relação ao pedido ou pedidos principais, tudo em *simultaneus processus*, como se tivesse havido a cumulação inicial.

Afinal, havendo a *inter-relação de lides*, entre pedido cautelar (antecipatório ou conservativo) e o pedido principal, ainda que tenha havido ação antecedente em face da urgência, não terá sentido manter o procedimento cautelar do Livro III na sua inteireza, com contestação, instrução e sentença de convalidação da liminar no organismo exclusivamente cautelar, porque já se sabe que é perfeitamente admissível e adequada a cumulação em unidade procedimental, cuja cumulação pode ser inicial ou ulterior, só importando a ordem da apresentação dos pedidos cumuláveis em face do exame do interesse de agir em cada caso concreto. Tudo se dá em benefício das partes e da própria atividade jurisdicional, que ganha em economia e ganha em efetividade. Ganha a ideologia da instrumentalidade.

As situações que podem ensejar a fungibilidade de técnicas são as mais variadas possíveis. Pode o interessado ter prova suficiente para a demonstração da plausibilidade dos interesses que informam a pretensão principal e não ter ainda provas suficientes para demonstrar a plausibilidade do perigo, seja em relação àqueles interesses plausíveis, seja em relação aos outros interesses periclitantes.⁵⁸¹ Poderá ter lugar a justificação prévia, em autos apartados, mas integrando o mesmo processo, ou, então, ser o autor remetido, *ex-officio*, para prosseguir com as técnicas do Livro III, notadamente se o fato a ser demonstrado referir-se a situações de perigo a outros interesses que não aqueles plausíveis da pretensão ideal, o que pode ensejar a necessidade de dupla instrução, uma para a lide cautelar e urgente, outra para a lide principal. Enfim, são várias as combinações possíveis e que devem ser admissíveis, adequadas aos casos concretos, para tornar efetivo o princípio da instrumentalidade, sob pena de se estar aderindo apenas formalmente à ideologia da instrumentalidade, mudando o discurso, mas mantendo as técnicas superadas do isolamento das funções processuais e do apego às formalidades (*arbor or vite!*).

⁵⁸¹ Vide *supra*, item 16 da Parte II, sobre interesses plausíveis e periclitantes.

21. *Fumus* e prova inequívoca da verossimilhança: insuficiência para favorecer objetivamente a presunção de direito em cognição sumária quando conjugada com o perigo de dano irreparável

Em face das modificações havidas no Código de Processo Civil, notadamente no artigo 273 inciso I e parágrafos 4º e 5º, bem como no artigo 461, § 3º, autorizou-se a incoação de liminares antecipatórias no curso de um procedimento ordinário de processo de conhecimento.

Combinando-se o *caput* do artigo 273, com o inciso I, extrai-se 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. Dos parágrafos 4º e 5º extrai-se que a medida antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, sendo que, mesmo concedida a antecipação, o processo prosseguirá até final julgamento.*

Por outro lado, combinando-se o *caput* do artigo 461, com o seu § 3º, tem-se que *na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, 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 justificação prévia. E o mesmo parágrafo acrescenta que a medida poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.*

Nos casos referidos há certamente antecipação. E trata-se de antecipação cautelar. Essas inovações indubitavelmente relativizaram a ordenarização do *Processo de Conhecimento* do Livro I, do Código de Processo Civil, posto que antes da sentença definitiva de mérito que julgar procedente o pedido inicial de cognição, já se torna possível a emanção de uma liminar e a produção imediata de efeitos naturais, materiais, em face da mandamentalidade ou executividade inerente a essas medidas liminares, interinais.

Os provimentos de antecipação sumária do direito subjetivo (cognição sumária), como se sabe, representam uma exceção ao padrão da ordinarização da tutela cognitiva (cognição exauriente), inserindo-se, ainda assim, na tutela cognitiva, primária, porque encerram uma atuação e uma realização do próprio direito subjetivo presumido como certo, nas hipóteses expressamente previstas pelo legislador, que destaca objetivamente os pressupostos fáticos e jurídicos pertinentes à lide cognitiva que favorecem a presunção e com isso a antecipação. *E por isso as hipóteses de sumarização, enquanto excepcionais, são sempre de direito estrito.*⁵⁸²

Os provimentos cautelares antecipatórios, por sua vez, representam atuação sobre outro direito, que não os direitos subjetivos ou primários, mas sobre o direito de cautela, subsidiário, insuscetível de produzir provimentos com declaração (ordinarização) ou presunção de certeza (sumarização) sobre direitos subjetivos. *E por isso, porque são idealizadas "in genere" para completar as insuficiências da tutela normativa, as providências cautelares conservativas ou antecipatórias são residuais. A enunciação dos seus pressupostos serve apenas para evidenciar essa função integrativa do sistema, quando não se pode prever objetivamente ou suficientemente uma espécie de sumarização.*

A importância da distinção está em que se altera o regime jurídico sobre as condições para formação e para a estabilidade dos provimentos (consoante sejam sumários ou cautelares), tendo em vista os diferentes temperamentos que exigem na aplicação dos princípios constitucionais da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição.

Não se pode negar a fluidez e generalidade do pressuposto da antecipação previsto no inciso I, do artigo 273 e no § 3º do artigo 461. Apesar de fórmulas diferentes, um e outro dispositivos cogitam na verdade do fundado receio de

⁵⁸² Consoante se tem enfatizado, com base nos ensinamentos de autores nacionais e estrangeiros, as antecipações de cognição sumária são admissíveis em situação de *direito estrito*, isto é, de rigorosa tipicidade. Nesse sentido são já conhecidas as posições de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA (*Do processo cautelar*, p. 14) e ANDREA PROTO PISANI (*Problemi della c.d. tutela giurisdizionale differenziata*. In: *Appunti sulla giustizia civile*, p. 244-259).

dano irreparável ou de ineficácia de um provimento definitivo (*periculum damnum irreparabile*), quando há fundamento relevante ou verossimilhança da alegação (*fumus boni iuris*).

Em suma, os pressupostos dessas antecipações correspondem efetivamente ao perigo de dano irreparável (genericamente considerado) e à existência de interesses verossímeis, que são livremente indicados pelas partes. Tais pressupostos não se afinam com os fundamentos que legitimam as antecipações de cognição sumária, que pressupõe dados objetivos - *de direito estrito* - que favorecem a presunção de certeza sobre direitos subjetivos, que devem ser realizados por antecipação em relação ao tempo da cognição exauriente. A discricionariedade na indicação e valoração dos pressupostos é incompatível com o regime da presunção da certeza e estabilidade potencial dos provimentos sumários. É tanto é assim que o próprio legislador imprimiu às antecipações dos artigos 273, I e 461, § 3º, do Livro I do Código de Processo Civil, o mesmo regime da cautelaridade, que se compadece com a temporariedade ontológica, com a variabilidade, fungibilidade, instabilidade e antecipação na medida da necessidade e não na medida do *fumus*.

As antecipações referidas são cautelares, pois decorrem do pressuposto genérico de *periculum damnum irreparabile* a interesses juridicamente relevantes, que autorizem a atuação finalística ou instrumental do *fumus*, o que sugere que com o pedido de antecipação, alegando-se livremente as razões de *fumus* e de *periculum damnum*, surge a incoação cumulativa de uma lide cautelar, com causa de pedir específica, estranha à lide cognitiva com a qual se inter-relaciona no caso concreto, exigindo do juiz uma avaliação discricionária, balizada tão só pela adequação dos pressupostos aos fins alegados para a urgência e para a extensão da antecipação apenas na medida suficiente para eliminar a situação de perigo e manter a idealidade dos interesses periclitantes, mediante provimentos temporários, revogáveis a qualquer tempo. Vale dizer, tudo conspira realmente para evidenciar o regime próprio da cautelaridade.

Não há no inciso I do artigo 273 e no § 3º do artigo 461 dado objetivo, vinculativo, relacionado a algum fato particular da lide cognitiva ou do processo cognitivo, para autorizar a ilação de que se trata de sumarização da cognição.

Fossem esses casos de antecipação sumária os provimentos emitidos liminarmente não poderiam ser suscetíveis a variações ou revogações antes do surgimento do provimento em cognição exauriente que porventura os modificasse. Essa é a característica da sumarização, como se dá com as antecipações sumárias interinais nas possessórias, nas ações de despejo, de busca e apreensão de bem nos casos de alienação fiduciária, de imissão provisória na posse, em ação de desapropriação.⁵⁸³ A modificação somente é possível em agravo, em regime de revisão dos pressupostos. Se há situação de perigo iminente, isso foi valorado previamente pelo legislador, não havendo que se fazer prova dessa situação de perigo, bastando fazer prova sumária dos fatos elencados descritivamente pelo legislador como autorizadores da antecipação.

OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA enfatizou como *condição peculiaríssima para se distinguir o regime residual da cautelaridade do regime excepcional da sumarização*, precisamente o dado de que, nas hipóteses de sumarização, o próprio legislador avalia e aceita para uma classe de demandas (ações materiais) a situação de urgência que deve motivar a antecipação, enquanto que na *sede da cautelaridade, essa avaliação circunstancial será sempre e necessariamente atribuída ao magistrado, que poderá livremente avaliar a ocorrência da situação perigosa, originada de elementos circunstanciais do caso concreto.*⁵⁸⁴

A posição da doutrina e da jurisprudência, entretanto, não é assim tão pacífica em admitir essa fisiologia e essa natureza cautelar para as antecipações dos artigos 273, I e 461, § 3º, do Código de Processo Civil.⁵⁸⁵

⁵⁸³ PISANI, Andrea Proto. *Op. Cit.*, p. 251-262.

⁵⁸⁴ SILVA, Ovídio Baptista da. *Do processo cautelar*, p. 11.

⁵⁸⁵ A jurisprudência, em sua maioria, não atribui natureza cautelar à antecipação do art. 273, I, do CPC, distinguindo, quanto ao grau de certeza, o *fumus boni iuri* da cautelar da *prova inequívoca ou verossimilhança* da tutela

Considerando que o legislador exigiu, no *caput* do referido artigo 273 a *prova inequívoca da verossimilhança da alegação* para fins da antecipação, quanto ao *fumus* e ao *periculum damnum* (inciso I), tem-se sustentado que a antecipação do artigo 273, I pressupõe mais do que *fumus* e que, por isso, assumiria a natureza de uma tutela sumária do interesse como direito subjetivo ou primário, na única lide existente. A mesma interpretação certamente teria que ser conferida ao § 3º do artigo 461 por extensão ou, eventualmente, porque cogita de *relevância do fundamento e justificado receio de ineficácia do provimento final* em dispositivo inserido no Livro I, que trata do *Processo de Conhecimento*. Aliás, bastava a previsão de antecipação no artigo 273, I, para que pudesse ser aplicada extensivamente também às obrigações de fazer ou não fazer, diante da natureza genérica da antecipação, extensível a qualquer procedimento (artigos 271 e 272 do CPC).

O curioso, porém, é que se enquanto se quer imprimir uma significação revigoradora ao enunciado *prova inequívoca da verossimilhança*, o artigo 798 do Código de Processo Civil desde há muito já continha um enunciado mais *vitalizador* e enfático, pois sempre cogitou de perigo de dano irreparável a *direito da outra parte*, o que, à toda evidência, diz mais do que *fundamento relevante para o interesse alegado e prova inequívoca da verossimilhança de*

antecipada, como se pode notar dos seguintes julgados: “A tutela antecipatória, por constituir medida excepcional, já que importa na antecipação provisória dos efeitos da própria solução definitiva que advém com a sentença, exige, ao contrário da tutela cautelar, requisitos muito mais rígidos para sua concessão. Assim, enquanto para a cautelar bastam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, para a antecipação da tutela são necessários também o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e a prova inequívoca.” TAMG, Processo 2281069/97, Rel. Juíza Maria Elza (RJTAMG 66/57). “Ação de revisão de contrato de leasing. Cláusulas abusivas. Pedido de depósito das prestações vencidas para evitar a mora. Permanência do bem com o agravado. Revogação da tutela antecipada por ferir direito líquido e certo. Provimento do recurso. O juiz da causa concedeu liminarmente medida cautelar face a existência do ‘periculum in mora’ e ‘fumus boni iuris’, e não a tutela antecipatória, que necessita da prova inequívoca que convença da verossimilhança da alegação.” TAPR, Agr. Instr. 117969700, 5ª C. Civ., DJ 07.08.98. Ver ainda, no mesmo sentido: TAPR, Agr. Instr. 87661500, 6ª C. Civ., DJ 31.05.96; TAPR, Agr. Instr. 95552600, 4ª C. Civ., DJ 14.03.97; STJ, REsp 131.853, 3ª T., DJ 08.02.99.

alegação. Não obstante ter sido esse dispositivo do artigo 798 que sempre destacou o ordenamento brasileiro em relação aos demais ordenamentos, pela previsão expressa do poder geral de cautela, a referência à *lesão à direito* sempre foi entendida como a lesão a um direito plausível, verossímil, que deve ser preservado pela atuação do *fumus boni iuris*, enquanto *fumus*, sendo que esses elementos sempre caracterizaram a *lide cautelar* para permitir a atuação do *fumus* enquanto *fumus* através de medidas antecipatórias e conservativas, diante da fungibilidade inerente à providência cautelar (adequada).

Agora, sob essa nova inspiração, tem-se sustentado que não haveria no artigo 273, I e tampouco na situação anunciada no § 3º do artigo 461, do Código processual a *inter-relação de lides*, mas apenas a lide cognitiva, primária, admitindo que em cognição sumária, isto é, diante daquelas situações de perigo de dano irreparável, genericamente enunciadas, torne-se possível adiantar o julgamento do mérito da única lide, sem prejuízo da continuidade do contraditório com vistas a completar ciclo da cognição exauriente.

Antes da reforma do Código, não se cogitava de *prova inequívoca da verossimilhança da alegação*, mas já se cogitava de *relevância do fundamento*, de *justificado receio de ineficácia da medida final*, de *caso de urgência* e de outras fórmulas assim fluidas, vagas, denotando a exigência de *fumus* e de *periculum damnum irreparabile*. E, nesse quadro, a doutrina e jurisprudência, com raras exceções, reportando-se aos ensinamentos de CALAMANDREI e de CARNELUTTI, consideravam essas antecipações, fundadas em *fumus* e *periculum damnum*, cujos conteúdos eram indicados livremente pelas partes, como providências cautelares, formadas segundo as técnicas do Livro III do Código de Processo Civil, quando não, excepcionalmente, de modo cumulativo a um processo cognitivo especial, através de liminares.

Com as inovações ocorridas a partir de 1994, uma parte significativa da doutrina e da jurisprudência passou a considerar todas as antecipações como providências previstas – *de direito estrito* – para excepcionar a *ordinarização*, inclusive naquelas hipóteses sabidamente residuais, fundadas na urgência

urgentíssima, ou seja, de perigo de dano irreparável, que exigem providências imediatas em uma situação de intranquilidade, que apenas agrava a possibilidade de cognição, ainda mais a de cognição sumária, para presumir direitos subjetivos e realizá-los no âmbito da presunção. Passou-se a entender que todos os casos do artigo 273 tratam de situações de sumarização do direito *tout court* - uma novidade substancial, sem nenhum comprometimento com a tutela cautelar tratada no Livro III do Código, porque corresponderia a uma vertente prodigiosa da tutela de direitos mediante cognição sumária do direito na única lide existente - a lide cognitiva. A incoação de um dado externo a essa lide cognitiva, tal como a situação de perigo de dano irreparável a ser avaliada pelo juiz teria deixado de ser um dos elementos caracterizadores de uma outra lide, a lide cautelar. Teria assumido desde então a natureza de uma condição (externa) para a sumarização (interesse processual), apesar da evidente inadequação dessa condição externa aos fins da antecipação como presunção de direito subjetivo, que reclama por um regime de estabilidade dos provimentos.

Essa nova posição que a doutrina vem assumindo progressivamente deixa de considerar até mesmo que *as antecipações fundadas em requisitos genéricos de perigo de dano irreparável, geralmente externos à lide cognitiva (eventualmente internos) sempre representam a incoação de uma nova causa de pedir a ser avaliada discricionariamente pelo juiz, agravando a situação da cognição em relação às tutelas primárias, não se prestando portanto como critério seguro e objetivo para sumarização do direito. É campo próprio, residual, para cautela e para o regime cautelar.*

Ainda assim, não se pode dizer que seja dominante essa posição da *doutrina progressista*. A posição dominante é a da perplexidade dos operadores do direito.

Em artigo intitulado *Antecipação da tutela satisfativa na doutrina e na jurisprudência*, ERNANE FIDELIS DOS SANTOS traz uma resenha notável

sobre as posições, das mais significativas, sobre esse tema.⁵⁸⁶ Anota a conhecida posição de BEDAQUE, que equipara essas manifestações às medidas cautelares na esteira da concepção tradicional, vinculando-as ao fim de tutelar o processo (tutela) ou provimento definitivo de mérito,⁵⁸⁷ ainda que através do mesmo organismo processual.⁵⁸⁸ A prova inequívoca da verossimilhança indicaria apenas a preocupação do legislador em impor ao julgador o dever de demonstrar que identificou uma situação qualificada de *fumus*, um grau maior do que o exigido para as cautelas conservativas, mas ainda um grau menor do que o exigido para a tutela cognitiva de certificação⁵⁸⁹ (presunção de certeza diante de dados absolutamente genéricos). Aponta também a posição de ANTONIO CLAUDIO DA COSTA MACHADO que, revendo a posição assumida logo após a reforma, refluíu, equiparando as medidas temporárias de antecipação às cautelares, tal como as medidas conservativas de urgência.⁵⁹⁰ Refere-se ainda a CLITO FORNACIARI JUNIOR, cujo discurso sobre as antecipações dos

⁵⁸⁶ SANTOS, ERNANE Fidelis dos. *Antecipação da tutela satisfativa na doutrina e na jurisprudência*. In: Revista de Processo, n. 96, p. 45-58.

⁵⁸⁷ “Não vejo motivo para a criação de forma autônoma de tutela, com todas as características de cautelar, apenas pelo caráter antecipatório da medida ou pelo rigor eventualmente maior quanto à probabilidade da existência do direito.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*, p. 287).

⁵⁸⁸ Aliás, nem BEDAQUE logrou caracterizar suficientemente a finalidade da tutela cautelar, conservativa ou antecipatória, como sendo a finalidade de tutelar o processo definitivo, pois insiste que, a despeito dessa finalidade institucional, reflexamente tudo é motivado pela necessidade de se tutelar interesses materiais das partes em situação de perigo. Tanto que observa: “Na tutela antecipada, ou cautelar com efeito antecipado, o próprio interesse substancial é satisfeito.” (*Op. Cit.*, p. 188).

⁵⁸⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. Cit.*, p. 316-319.

⁵⁹⁰ ERNANE FIDELIS DOS SANTOS ressalta a posição de ANTONIO CLAUDIO DA COSTA MACHADO que no artigo *Observações sobre a natureza cautelar da tutela antecipatória do art. 273, I, do CPC* (In: Reforma do Código de Processo Civil, obra coletiva, coord. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, p. 215-232) situa a tônica da cautelaridade no *periculum in mora* (na verdade, perigo de dano irreparável), enquanto o *fumus* seria elemento apenas formal. (*Antecipação da tutela satisfativa na doutrina e na jurisprudência*, In: Revista de Processo, n. 97, p.196).

artigos 273 e 461, aproxima-as em tudo das cautelares. Aliás, do estudo de CLITO FORNACIARI JUNIOR percebe-se que tudo se resolve em uma questão de técnica processual.⁵⁹¹

A proposta de ERNANE FIDELIS DOS SANTOS, entretanto, é a de dar ênfase às posições daqueles que, como ele próprio, sustentam que as antecipações dos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil, nada têm a ver com a tutela cautelar. Depreende-se de suas observações que o fato do legislador haver introduzido a técnica da *antecipação no Livro I do Código de Processo Civil (Processo de Conhecimento)*, aliada ao fato de que se associa ao pressuposto do *fumus* o da *prova inequívoca da verossimilhança da alegação*, viria significar que as antecipações ali referidas jamais poderão ser tratadas como medidas de cautela nem concedidas com os seus respectivos pressupostos. Sob essa nova ótica, a prova inequívoca da verossimilhança seria um *equivalente da certeza*, quando não, de uma *presunção de certeza* ou de uma *quase certeza*⁵⁹² ou, ainda, algo mais do que mera verossimilhança,⁵⁹³ mas tudo a ensejar,

⁵⁹¹ “O autor poderá solicitar a medida antecipatória (do art. 273, I, do CPC) na própria inicial (...) Também pode ser pleiteada no tribunal, sendo competente para conhecer do pedido o relator do recurso. A medida vem atender àqueles casos que a cautelar era auto-satisfativa, garantindo o resultado final do processo, ao invés de simplesmente protegê-lo. A vantagem do instituto liga-se à dispensa do processo cautelar, muito embora nada impeça que o demandante o promova”. (FORNACIARI JUNIOR, Clito. *A reforma processual civil, artigo por artigo*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 38).

⁵⁹² Para JOSE MANOEL DE ARRUDA ALVIM a prova inequívoca da verossimilhança designa um *fumus* qualificado, o estado de quase certeza, a autorizar a sumarização (*Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós. Evolução da cautelaridade e suas reais dimensões em face do instituto da antecipação de tutela. As obrigações de fazer e não fazer. Valores dominantes na evolução dos nossos dias*. In: Revista de Processo, n. 97, p. 96-97).

⁵⁹³ “Aparentemente, *prova inequívoca* e *verossimilhança* são conceitos incompatíveis. Se se aceita mera verossimilhança não é possível pretender que a prova seja inequívoca. Para se compreender o enigma tem-se que admitir que constitui especial recomendação aos magistrados avaliarem com rigor a verossimilhança. Não devem eles ceder à simples plausibilidade. Devem exigir mais, devem verificar se há forte probabilidade.” (ARAGÃO, Egas Moniz de. Alterações no Código de Processo Civil. In: *Reforma do Código de Processo Civil*, obra coletiva, coord. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, p. 242).

antecipação de juízos em cognição sumária, sobre a única lide existente no processo, cujos provimentos, apesar de conterem potencialmente a virtude da certeza, antecipam apenas os efeitos executivos, retendo a eficácia declarativa até o momento em que, respeitadas as garantias do contraditório, possam se convalidar e, excepcionalmente, ser modificados.

Para CALMON DE PASSOS *prova inequívoca da verossimilhança da alegação* – quanto ao *fumus e periculum* – traduz um equivalente de certeza jurídica para propiciar julgamento antecipado da lide, em cognição exauriente, fora das situações estratificantes do artigo 330 do Código de Processo Civil, sendo que o eventual prosseguimento do processo se dá em virtude dos recursos (apelação). A sentença antecipada, ao contrário do que se dá nas hipóteses normais de julgamento antecipado da lide (artigo 330 do Código de Processo Civil), seria prontamente exeqüível pelas técnicas da mandamentalidade ou da executividade inerente às chamadas ações executivas *lato sensu*, para se evitar precisamente as situações de perigo de dano irreparável aos interesses da parte, nas hipóteses do inciso I, do artigo 273 e 461, § 3º. Nas hipóteses do inciso II poderia comportar, dentre outras modalidades de execução, a da execução provisória.⁵⁹⁴

Todas as posições que se propõem a identificar na locução *prova inequívoca da verossimilhança da alegação* o indicativo de um grau de certeza, compatível com a presunção de certeza relativa, endoprocessual, para autorizar a produção de provimentos sumários interinais, no âmbito do processo de cognição exauriente, apresentam-se equivocadas.

Nessas expressões vagas, fluidas, há um grau de indeterminação e subjetivismo incompatível com os critérios de que tem se valido o legislador para admitir formalmente graus diferentes de certeza e, paralelamente, eficácias diferentes aos provimentos quanto à estabilidade. O ordenamento, sempre que admite presunção de certeza, reporta-se a dados específicos de uma relação

⁵⁹⁴ Para CALMON DE PASSOS a prova inequívoca da verossimilhança seria um equivalente da certeza jurídica, diante da relatividade ineliminável entre certeza e aparência. (*Inovações no código de processo civil*, p. 5-38).

jurídica material que pode dar origem à lide, favorecendo objetivamente a presunção. Assim faz com os títulos executivos extrajudiciais e com as hipóteses tradicionais de sumarização, sendo que a presunção sustenta, com estabilidade, o conteúdo e efeitos do título e do provimento até que a presunção seja eventualmente elidida, desconstituída, mediante provimento de cognição exauriente (ressalvados os casos normais de revisão mediante recursos e os casos residuais de modificação decorrente de medidas cautelares motivadas pelo perigo de dano iminente a interesses plausíveis na perspectiva do conteúdo da decisão de cognição exauriente).

A locução *prova inequívoca para o convencimento da verossimilhança da alegação* somente pode significar que existe prova suficiente, já constituída, para a caracterização do *fumus*, isto é, da aparência de um direito. Quanto ao indicativo de que prova inequívoca quer significar prova suficiente do *fumus*, posicionou-se também MARINONI.⁵⁹⁵

Mas esse requisito, isolado, tem um significado equivalente a uma eventual locução que enunciasse o óbvio, tal como, *deve o juiz reconhecer o direito em favor daquele que demonstrar ser o seu titular*. Ora, isso é um princípio geral de direito e de processo, não representando uma técnica de atuação do direito ao caso concreto. Se uma locução, assim genérica, fosse correspondente a uma técnica que autorizasse o juiz desde logo a decidir, não haveria necessidade de se estabelecer todo um sistema de garantias processuais para que o juiz resolvesse os conflitos, atribuindo o direito àquele que provou ser o titular do direito em conflito.

Ocorre que há o princípio da *segurança jurídica*. Esse princípio, como foi visto, ao se tratar dos fundamentos constitucionais da tutela de urgência, está atrelado ao padrão da ordinarização (ampla defesa), mas em face da necessidade de harmonização com o princípio, igualmente constitucional da efetividade da jurisdição, admite temperamentos, que possam dar caracterização ao princípio do

⁵⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação de tutela*, p. 155-157.

devido processo legal para diferentes situações de conflito, dentro de um sistema de pesos e contrapesos. Toda exceção à ordinarização deve ter uma justificativa e uma compensação.

Tudo indica que *prova inequívoca da verossimilhança* corresponde a um conceito meramente processual à semelhança do que se dá com o conceito de *direito líquido e certo*,⁵⁹⁶ cuja expressão o legislador utilizou até mesmo em sede constitucional para designar a existência de *prova pre-constituída, suficiente*, para fundamentar a alegação (*causa petendi*) quanto à existência de ato de autoridade que seria ilegal ou abusivo aos direitos do impetrante.

Direito líquido e certo não significa direito incontroverso, nem direito certo, nem direito presumido como certo, nem *fumus*. Indica apenas a exigência processual no sentido de que o impetrante utilize a prova pre-constituída que tem para buscar a definição do seu interesse como direito subjetivo.

Nesse caso, o legislador constitucional justificou a *ratio* para uma sumarização documental e de rito do processo do mandado de segurança, associando o requisito da prova pre-constituída a uma categoria de pretensão dirigida contra atos do poder público, cuja estrutura organizacional já sugere uma superioridade em todos os planos, inclusive no plano processual, em face das prerrogativas que detém. Esse tipo de processo favorece os administrados com a possibilidade de obter, em um primeiro momento, liminares conservativas ou antecipatórias (*cautelares*), na medida da necessidade e suficiência para evitar ou afastar perigo de ineficácia do provimento final (*periculum damnum irreparabile*), diante da relevância do fundamento (*fumus*).

⁵⁹⁶ “A evolução jurisprudencial fixou um conceito processual para a liquidez e certeza, referendando a orientação do Ministro Costa Manso do STF, partindo do pressuposto de que todo o direito é sempre certo, a despeito de eventuais dificuldades na interpretação da lei. Daí que o conceito de direito líquido e certo haverá de corresponder à invocação de um (suposto) direito com base em fatos incontroversos, o que pressupõe prova pré-constituída, que dispensa dilação probatória.”(O mandado de segurança e as novas técnicas de sumarização. Artigo do Núcleo de Estudos e de Pesquisas sobre Direito e as Relações Sociais, coordenado pelo prof. ALCIDES MUNHOZ DA CUNHA com a participação dos acadêmicos Elisane Belniaki, Ketty Benedicto da Costa, Lilian Klupel Bach e Roberto Althein. In: Revista Jurídica Themis, n. 9, do Centro Acadêmico Hugo Simas da UFPR, 1997).

Em um segundo momento, poderão obter no mesmo organismo processual o provimento de cognição exauriente, mandamental ou executivo.

Aliás, a fungibilidade entre medidas antecipatórias e conservativas é evidente no mandado de segurança. Assim como o juiz pode determinar a imediata suspensão de uma exigência tributária, pode facultar ao impetrante somente que deposite em juízo a quantia, para prevenir o impetrante de possível ação para repetição do indébito. Não admitir esta fungibilidade é amesquinhar a função jurisdicional e negar tutela adequada, a menos que se possa considerar uma afronta à parte o juiz facultar o depósito ou, se não, uma afronta ao processo do mandado de segurança, o juiz admitir uma medida banal, meramente conservativa, através do *mandamus*, desde que reputou inadequado ao caso a dignificante medida antecipatória de suspensão da exigência tributária.

O rito sumarizado, em princípio, não se compadece com a variação da medida cautelar, mas é perfeitamente possível que isso ocorra independentemente de recurso. Se após as informações prestadas pela autoridade o juiz é instado a determinar a citação de litisconsortes necessários e vê diminuída a situação de risco do impetrante pode transmutar a cautela antecipatória em conservativa, assim, v.g., quando havia autorizado a posse do candidato supostamente preterido em cargo público, pode determinar a suspensão da posse de todos os candidatos, inclusive daqueles que serão citados como litisconsortes: preserva o suposto direito à posse, mas nega a posse que antes havia autorizado.

O requisito da *prova inequívoca da verossimilhança* por si só é insuscetível de autorizar qualquer exceção à ordinarização, sob pena de comprometer princípio da segurança jurídica, que exige uma *ratio* para a sumarização e uma disciplina jurídica para estabelecer o regime de compensação que venha assegurar o equilíbrio entre sumarização (efetividade do processo) e ordinarização (padrão de segurança jurídica).

E o legislador da reforma procurou atender a essas exigências que são de ordem pública. A esse requisito processual da prova da aparência do direito invocado associou outros requisitos, que são precisamente aqueles previstos nos incisos I e II do artigo 273 do Código de Processo Civil.

No inciso I estabeleceu o co-requisito do fundado receio de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, vale dizer, o requisito do *periculum damnum irreparabile*. Esse requisito associado à exigência de comprovação de *fumus*, somente pode ser considerado como pressuposto integrativo para a configuração a lide cautelar, porque a situação de perigo, correspondendo a um fato externo à lide cognitiva, apenas agrava a cognição sumária, não trazendo nenhum elemento que favoreça objetivamente uma presunção de certeza quanto ao *fumus*. Ao contrário, o juiz deverá exercer uma avaliação discricionária sobre fatos que são alegados livremente pelas partes para conceder a medida, se cabível, na medida da necessidade, balizada pelo *periculum*, não pelo *fumus*, que, no mais, tanto pode ser atuado finalisticamente, como instrumentalmente (quando através da atuação do *fumus* - do interesse na lide cognitiva - visa assegurar a idealidade ou resgatar a inteireza de outros interesses relevantes, como v.g., a liberação de parte de provável crédito que está inserido em lide cognitiva para viabilizar uma cirurgia inadiável para quem não tem outros recursos). Daí se explica o regime do § 4º do artigo 273, em sintonia com o regime do § 3º do artigo 461 e, enfim, em sintonia com o regime do livro III do CPC.

Se porventura prevalecesse o entendimento de que se trata de hipótese de antecipação sumária *tout court*, aplicável a qualquer procedimento, tanto que inserido no âmbito do procedimento comum do processo de conhecimento, então o ordenamento brasileiro terá *quase* conseguido a proeza inimaginável de praticamente expurgar o regime da cautelaridade. Pois se o perigo de dano irreparável e inesperado pode autorizar desde logo a satisfação de todos os interesses correlativos ao *fumus*, então, quando o juiz se convence de que há

fumus e *periculum*, não haverá mais interesse em se atuar o *fumus* para conferir medida meramente conservativa.

Por outro lado, o inciso II, do artigo 273 em comento, traz um co-requisito que se compadece efetivamente com as antecipações de cognição sumária e até mesmo com formas alternativas de julgamento antecipado da lide em cognição exauriente. Como se disse, *o artigo 273 é polivalente*.

O abuso do direito de defesa e o propósito manifestamente protelatório do réu, a despeito da fluidez das locuções, reporta-se a fatos do processo em concreto, induzindo que já houve debate suficiente entre as partes sobre as questões de fato ou jurídicas que informam o pedido ou um dos pedidos na lide cognitiva, de modo a autorizar a antecipação do julgamento, ainda que em cognição sumária e interinal. Pode-se até admitir um conceito *pan-processual* de abuso de direito de defesa ou de propósito manifestamente protelatório do réu, servindo-se do contraditório já estabelecido sobre as mesmas questões de fato e de direito em confronto do mesmo réu, em outros processos, em relação ao mesmo réu, ainda que se trate de autor diverso, se porventura os diversos autores individuais pudessem ter exercido o pedido em regime de ação supraindividual (coletiva). Seja como for, nesses casos a antecipação se dá na perspectiva da repressão à demora que o réu pretende obter com a incoação ou dilação do processo. E por isso, o regime é de antecipação da medida na extensão do *fumus*, com provimentos que tendem à estabilidade, donde a inaplicabilidade do contido § 4º do artigo 273 e no § 3º do artigo 461, do Código de Processo Civil.

Se prevalecer a tese inovadora ou revolucionária, no sentido de que são de cognição sumária todas as antecipações - quer decorram de pressupostos específicos e vinculativos para o juiz, quer decorram de pressupostos absolutamente genéricos, que cogitam apenas de *fumus boni iuris* e *periculum damnum irreparabile*, então poderão surgir efetivamente problemas que ameaçam comprometer cada vez mais o já conturbado enquadramento da tutela cautelar.

Com efeito, poder-se-á tecer as seguintes argumentações que denotam a projeção de situações de grande perplexidade: a) quanto à insegurança jurídica decorrente da equiparação das antecipações cautelares às antecipações sumárias, posto que a relatividade sociológica e histórica entre verdade e verossimilhança passará a ser uma constante também para o ordenamento jurídico, com a eliminação dos temperamentos ou condicionamentos que asseguram o equilíbrio entre os princípios da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição; b) quanto à expectativa de se estar apenas transferindo a espécie antecipatória do gênero cautelar, para criar uma nova sub-espécie de medida antecipatória no âmbito das tutelas sumárias, uma tutela de cognição sumaríssima; c) quanto à expectativa de absorção da cautelar conservativa pela antecipação sumária do direito diante da generalidade dos pressupostos que autorizam desde logo antecipação, reduzindo drasticamente as hipóteses de medidas conservativas e eliminando a característica da fungibilidade dentre medidas conservativas e antecipatórias na perspectiva da adequação e suficiência da medida ao caso concreto; d) quanto à reação que fatalmente advirá com o recrudescimento de ações e medidas cautelares para se contrapor ao sistema da cognição sumaríssima visando a emanação de providências tanto conservativas como antecipatórias residuais às situações em que não haveria a tal *prova inequívoca*, mas haveria *simplesmente prova do fumus* e do *periculum damnum*.

22. Cognição sumária e discricionária para a presunção de direito: violação ao princípio da segurança jurídica

A relatividade sociológica e histórica entre verdade e verossimilhança passará a corresponder igualmente a uma relatividade no plano jurídico, gerando perplexidade e insegurança, diante da eliminação que se está propondo de um critério formal e objetivo que sempre orientou as exceções à ordinarização (à cognição exauriente) no estabelecimento de diferentes graus de

certeza para conferir diferentes modos de formação aos provimentos e diferentes eficácias quanto à estabilidade desses provimentos.

O maior ou menor grau do *convencimento subjetivo* do juiz sobre o *fumus* em situação de perigo de dano irreparável, jamais traduziu qualquer segurança para a produção de medidas que antecipam sumariamente direito subjetivo. Trata-se de uma graduação desprovida de sentido jurídico. A insuperável relatividade dos conceitos de verdade e verossimilhança, sempre foi eliminada pela ordem jurídica, que superou essa relatividade através de técnicas formais, amparadas em *dados objetivamente apreciáveis, vinculativos*, para deferir eficácias declaratórias de certeza ou de presunção de certeza de direitos ou, quando não, a eficácia de declaração de aparência (equivalente a *declaração de incerteza jurídica de direitos* ou *declaração de existência de "fumus"* a ser atuado diante de uma situação emergencial de perigo a interesses relevantes).

Essas diferentes eficácias produzem reflexos na maior ou menor estabilidade dos provimentos, temperando sempre os princípios da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição. Seguramente, o perigo de dano irreparável constituiu-se sempre em motivo de aceleração de provimentos para atuação do *fumus* através de uma função residual, mas não se constitui em motivo para autorizar uma cognição sumária (apenas excepcional ao padrão cognitivo), porque essa situação de perigo configura uma agravante negativa da presunção de certeza.

Trata-se de uma imposição constitucional para se assegurar a efetividade da jurisdição na resolução de conflitos emergenciais sobre interesses que sempre têm repercussão no plano material. Mas daí a considerar que o *fumus*, em face da situação de perigo de dano, é motivo suficiente para a antecipação do julgamento da lide cognitiva, com subversão integral do contraditório e em regime de total discricionariedade, traduz situação evidente de insegurança jurídica, não se podendo, por conseguinte, cogitar de efetividade da jurisdição.

Apesar do modo de formação acelerado, nem todas as antecipações têm a mesma vocação funcional no sistema processual, pois a par das antecipações que

apenas excepcionam o padrão da cognição, há antecipações que se inserem no regime residual da tutela cautelar, sendo que para cada vocação funcional o ordenamento exige temperamentos, com coordenadas diferentes, entre segurança jurídica e efetividade da jurisdição.

Poder-se-á argumentar então que, no caso, o temperamento dos princípios constitucionais está presente, desde que os provimentos interinais de sumarização dos direitos, em situações de urgência urgentíssima (risco de dano irreparável aos interesses plausíveis tuteláveis) são juridicamente instáveis, temporários, variáveis no conteúdo e revogáveis a qualquer tempo. Mas, se é assim, então o regime não é o da sumarização, *mas o da cautelaridade*, porque sumarização pressupõe estabilidade potencial e conatural (juridicamente) do provimento, em face dos dados objetivos e descritivos quanto a prévia enunciação dos pressupostos e sua avaliação regrada, vinculativa para o juiz, devendo por isso permanecer estáveis, ressalvada a modificação em face de recurso, até que possa ser substituído pelo provimento definitivo, que consolide os seus efeitos - *geneticamente estáveis*.

Então, a questão toda se resolveria mediante uma nova classificação das tutelas, transferindo simplesmente tudo o que é antecipatório para as tutelas cognitivas, ordinária, sumárias e *sumaríssima*, submetendo-se essas últimas em tudo, ou melhor, em quase tudo, ao regime de cautelaridade, porque haverá a agravante de que não se estará admitindo a fungibilidade entre medidas conservativas cautelares e medidas *sumaríssima* e, tampouco, tal como a experiência está revelando, não se estará admitindo a fungibilidade de técnicas, apesar de se submeterem as medidas antecipatórias da suposta espécie de *cognição sumaríssima* ao mesmo regime da cautelaridade. E isso, em plena fase instrumentalista que condena o isolamento das funções processuais que a dogmática tentou impor de modo inexorável ao ordenamento processual.

A insegurança jurídica instala-se contra as partes, contra os advogados, contra a Justiça e contra o Direito.

Ora, se é sabido que não é tanto o pedido, como a causa de pedir, que fixa as balizas do provimento cautelar adequado, tem-se que somente através da avaliação criteriosa das concretas razões aduzidas livremente pelas partes, quanto ao *fumus* e quanto ao *periculum*, é que se poderá identificar a medida adequada, se conservativa ou antecipatória de *cognição sumaríssima* (cautelar), total ou parcial, ou, quiçá, uma medida equivalente, desde que se admite hoje a tutela do equivalente, como foi amplamente demonstrado.

Não obstante, porque se estará supondo que se tratam de espécies de medidas submetidas a diferentes gêneros, não se admitirá a fungibilidade de técnicas. A medida antecipatória adequada na espécie pode ter a cara de cautelar, cheiro de cautelar, cor de cautelar, tamanho de cautelar, mas ainda assim não seria cautelar, seria medida de *cognição sumaríssima*, da qual só tem em comum o sobrenome - *antecipação*.

E esse sobrenome vai custar muito caro para o autor, para todos os jurisdicionados e para a máquina judiciária. E isso porque, em face da diferença de sobrenome não se admitirá, após o exame judicial, discricionário, mas prudente, das concretas razões, que se possa incoar no curso de um organismo processual que contém também, concomitantemente, pedido de tutela cognitiva ordinária, que se instale ali uma medida qualificada como conservativa. Se não for assim, se a situação for inversa, não se permitirá, após aquele exame prudente das concretas razões, que se instale em uma ação processual à qual se deu o nome de ação cautelar antecedente ou incidente, a medida que tem o sobrenome de antecipatória.

Uma postura assim radical, não permitirá mais a aplicação do regime integral da cautelaridade em qualquer situação, pois será inadmissível, em face de uma tutela de urgência estar remetendo o autor, ora para a via cautelar, ora para a via antecipatória, ora devolvendo o autor para uma outra via em face dos recursos. Jamais se poderá aplicar, nesse contexto, o regime da cautelaridade em sua inteireza funcional, com todo os seus mecanismos de pesos e contrapesos

com os quais sempre harmonizou os princípios da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição.

E a despeito de todas essas situações anacrônicas, ainda se diz que com as inovações se está ingressando na nova fase da instrumentalidade. Todavia, todos os sintomas são indicativos de que se está regredindo para o formalismo arcaico da locução *arbor or vite!*⁵⁹⁷

Aliás, há o ensinamento bíblico de que não se coloca remendo novo em pano velho, porque há risco de se esgarçar o tecido e de se perder tanto o remendo como o pano velho. Sob essa inspiração é que se tem que examinar as *mini reformas* que estão remendendo o Código, não desprezando o sistema processual que ele inaugurou e ainda sobrevive como um *pano velho*, mas tomando como ponto de partida para se compreender o valor, a agilidade, a efetividade das reformas, a sua compatibilidade com o sistema em que está se inserindo, pois somente a partir do sistema que se tem é que será possível tornar aceitável e compreensível o espírito das reformas, pois os operadores do direito haverão de lidar – todos sabem – com os olhos voltados sempre para o sistema que se tem, não para um sistema ideal, apenas virtual.

E o sistema aponta que as medidas antecipatórias dos artigos 273, I, e 461 § 3º, do Livro I são cautelares, atribuindo-lhes o regime da cautelaridade que consta dos seus próprios dispositivos em sintonia com o Livro III, do Código de Processo Civil. E *a grande utilidade da reforma, no particular, foi a de evidenciar a possibilidade de fungibilidade de técnicas cautelares, combinando proveitosamente as regras do Livro III com as novas modalidades de antecipações cautelares.* E se cogitou de antecipações, com regime de cautelaridade, é porque há de se imprimir o regime da cautelaridade, quando os pressupostos são *fumus* e *periculum damnum irreparabile*, dependentes de individualização e avaliação judicial discricionária.

Nem haveria motivo para autorizar cognição sumaríssima, discricionária sobre o direito em lide, diante de um complicador para a cognição do direito

subjetivo, em regime de urgência, assinalado pela existência de um perigo de dano irreparável aos interesses plausíveis ou a outros interesses periclitantes. Essa discricionariedade na avaliação da situação de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação é o elemento propulsor da cautelaridade. Sua marca registrada para suprir a insuficiência normativa e das demais tutelas apenas na medida da necessidade emergencial.

Finalizando, o grau de convencimento do *fumus* e do *periculum damnum* para decretar medidas cautelares, ontologicamente temporárias e apenas circunstancialmente provisórias (em face da probabilidade de perdurar a situação de *periculum* e *fumus* até surgir o provimento final) é exatamente igual, seja para decretar medidas conservativas ou antecipatórias.

Afinal, as medidas conservativas do *fumus*, em situação de perigo podem ser tanto ou mais constrictivas a supostos direitos da contraparte, do que as medidas antecipatórias.

O fato é que o grau de convencimento há de ser o adequado a cada espécie de medida no caso concreto, pois as medidas conservativas podem implicar também em atos de constrição a possíveis direitos da contraparte, como ocorre, v.g., com o arresto e seqüestro de bens, que podem ser apreendidos, tirados da posse direta do réu e confiados à administração de um outro depositário, quiçá do próprio autor, que poderá assim obter indiretamente antecipação provisória de algum efeito (posse, ainda que limitada, a outro título) sobre o bem. Dizer-se, pois, que para a decretação dessas medidas conservativas se exige um grau de convencimento menor sobre o *fumus* do que aquele exigido para as medidas antecipatórias, é um convite à arbitrariedade ou, como diria CALMON DE PASSOS, uma instigação ao mero *palpite*,⁵⁹⁷ um menosprezo à função cautelar conservativa, em detrimento dos interesses do requerente da medida e, ainda, uma ofensa ao princípio da isonomia: na medida em que se estaria dispensando

⁵⁹⁷ Vide *supra*, item 25 da Parte I.

⁵⁹⁸ PASSOS, J. J. Calmon de. *Inovações ao código de processo civil*, p. 11.

tratamento desigual às situações que, nesse particular, exigem igualdade de tratamento ou juízo.

Enfim, o que se quer enfatizar é que as condições do *fumus e periculum damnum*, apesar das diferentes fórmulas de enunciação, sempre genéricas, nas previsões dos dispositivos processuais comentados, do Código de Processo Civil modificado, não diferem substancialmente das condições do *fumus e de periculum damnum* que sempre foram exigidas para a concessão de medidas cautelares, conservativas ou antecipatória, pelas técnicas do livro III, do mesmo Código.

Há uma lide cautelar que autoriza a concessão de medidas conservativas ou antecipatórias. Essa lide coincide com a situação cautelanda da qual falou, genericamente, OVÍDIO e pressupõe necessariamente exame sobre as condições do *fumus* e do *periculum*, para a emanção de provimentos que não são aptos a coincidir juridicamente com os provimentos cognitivos. Esses últimos se notabilizam substancialmente por conter definição de direitos subjetivos com as eficácias de declaração ou presunção, foram de uma situação urgência urgentíssima. Os provimentos cautelares, por sua vez, se contêm declaração é apenas sobre o direito de cautela, porque se notabilizam mesmo é pela antecipação de efeitos meramente executivos ou mandamentais, não antecipando a própria eficácia jurídica dos provimentos de certeza, mas apenas efeitos práticos.⁵⁹⁹

As revolucionárias e inegáveis virtudes que se está procurando imprimir ao inciso I, do artigo 273 e ao § 3º do artigo 461 do Código de Processo Civil,

⁵⁹⁹ “Se não quisermos imputar ao legislador o cometimento de um grave erro técnico, teremos de interpretar a locução ‘prova inequívoca’, constante do art. 273, como querendo aludir simplesmente a alguma espécie de prova consistente, no sentido de prova congruente, capaz de oferecer ao julgador base suficiente de sua provisória admissão da existência do direito alegado pelo autor. Se estivéssemos, verdadeiramente, em presença de prova inequívoca, então, como procuramos mostrar em outro trabalho (*Curso de processo civil*, cit., v. 3, p. 46), a tutela não seria apenas antecipatória de uma futura sentença, na mesma relação processual, mas haveria de ser tutela satisfativa final.” (SILVA, Ovídio Baptista da. A antecipação da tutela na recente reforma processual. In: *Reforma do código de processo civil*, obra coletiva, coord. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, p. 137).

encontram-se, na verdade, regularmente embutidas no inciso II, do artigo 273, onde se cogita dos pressupostos processuais de *abuso de defesa ou intuito protelatório do réu, para fins de antecipação*. Pelas condições enunciadas, que se situam fora das situações de *periculum damnum irreparabile*, vê-se a descrição de situações processuais que, ao contrário do inciso I, indicam que as questões vazadas no processo já foram suficientemente conhecidas, total ou parcialmente, para autorizar antecipações sumárias, totais ou parciais. Aí sim pode-se cogitar de provimento de cognição sumária - interinal e até mesmo final - e até mesmo de provimento de cognição exauriente com sumarização de rito em face da suficiência ocasional das provas, em hipóteses diversas daquelas enunciadas para a o julgamento antecipado da lide (artigo 330 do Código de Processo Civil).

23. Reação da tutela cautelar à cognição sumaríssima para fins de presunção de direitos subjetivos

Foi dito que a tentativa de equiparação das antecipações previstas nos artigos 273, I e 461, § 3º do Código de Processo Civil, com as antecipações sumárias do direito *tout court*, em face da mesma lide que deve prosseguir animando o processo à procura da definição em cognição exauriente, poderá significar, surpreendentemente, senão o mutilamento da tutela cautelar como tutela de segurança, a reação cautelar para conquistar o espaço constitucionalmente assegurado para dinamizar novas formas de tutela cautelar com vistas à imprimir segurança a interesses plausíveis que estarão sendo sumarizados discricionariamente.

Se é possível concordar com a assertiva de que quanto mais se sumariza menos se acautela, por outro lado pode-se afirmar que quanto mais se sumariza com insegurança jurídica, maior será a incidência da tutela cautelar de mera segurança para se contrapor a essas situações absolutamente discricionárias.

A análise do artigo 273 do Código de Processo Civil logo evidencia que nele se contém a previsão de pelo menos duas modalidades de antecipação, como ainda há pouco foi referido. No inciso I, do artigo 273, à semelhança do que se contém no § 3º do artigo 461, está prevista uma antecipação cautelar, de urgência urgentíssima, para realização, total ou parcial, dos interesses plausíveis para o fim de se exorcizar uma *situação de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação*. Há uma lide cautelar que se processa cumulativamente com a lide cognitiva, o que dá ensejo à *inter-relação de lides*, fator esse que certamente motivou o legislador a permitir essa técnica, muito mais ágil e expedita do que as técnicas do LIVRO III, muito embora tenha mantido essas últimas, o que revela que permite uma *fungibilidade de técnicas* e até mesmo a combinação de técnicas, no que couber, de acordo com o interesse processual do requerente da medida de urgência.

O inciso I, do artigo 273 referido, não indica, mas é de se presumir que a situação de perigo possa estar comprometendo tanto a realização dos mesmos interesses que se situam como objeto do pedido cautelar (*fumus*), como possa estar comprometendo a realização de outros interesses relevantes e plausíveis, que passam a integrar a causa de pedir da lide cautelar, mas que não se contém na lide do processo ordinário de cognição, em cujo procedimento se inclui essa peculiar modalidade de antecipação. Nesses casos, a realização total ou parcial do *fumus* é condição instrumental para a satisfação de outro interesse periclitante e plausível, senão até evidente.

Não há dúvida que essa antecipação retrata uma modalidade de tutela de cautelar, de urgência e que se pode dizer *sumária apenas figuradamente*, mediante uma comparação pan-processual entre as formas de produção dos provimentos.

A tutela cautelar incide sobre um outro direito, subsidiário – o direito material de cautela, que anima a pretensão processual à função cautelar residual, que reclama autonomamente por uma resposta emergencial, que não visa solucionar antecipadamente a lide de cognição (que exige declaração de

certeza), mas que aspira tão só resolver a lide de urgência, fundada nas razões de *fumus e periculum damnum*.

O que se deu com o inciso I do artigo 273 foi uma inovação de técnica apenas, que implicou em uma alteração estrutural equivalente à possibilidade de se relativizar a ordinarização do processo de conhecimento. Não se trata, absolutamente de uma inovação substancial, criando uma modalidade de tutela sumária genérica e interinal do direito subjetivo ou primário diante da mesma lide cognitiva (o que exigiria a indicação de pressupostos específicos para toda uma classe de demandas, vinculativos para o juiz), cujo processo deve prosseguir até completar o ciclo da cognição exauriente, com a emanção do provimento definitivo.⁶⁰⁰

Não obstante, a proposta de que se trata de mera antecipação da realização do direito subjetivo, presumido como certo, em cognição sumária, na mesma lide, tem propiciado a adesão de muitos processualistas.

Para admitir que se trata de uma tutela de cognição sumária e provisória do único direito subjetivo ou primário em lide, ter-se-ia que descaracterizar a existência de uma lide cautelar antecipatória, com pretensão fundada naquelas razões de *fumus* e de *periculum* e que constituiriam o mérito cautelar. Ter-se-ia que admitir que a situação de perigo de dano se constituiria apenas em condição reveladora da necessidade ou do interesse processual em se obter, excepcionalmente, a tutela sumária do único direito em lide, sob a justificativa

⁶⁰⁰ “A demanda cautelar define-se, precisamente, por responder a um estado de perigo e de urgência, *não previsto pelo legislador*, capaz de por em risco a incolumidade de uma situação de direito material, ou mesmo de direito processual. Essa distinção é fundamental, podendo-se dizer, sem exagero, que aqueles que a ignoram não terão condições de distinguir um processo monitorio de outro que seja cautelar. Nos processos monitorios, como nos demais processos sumários, não cautelares, dir-se-ia que a urgência e as demais circunstâncias determinantes de celeridade procedimental passam a ser *avaliadas e aceitas abstratamente pelo legislador para uma classe inteira de demandas*. Ao passo que para a ação cautelar, essa avaliação circunstancial será sempre e necessariamente atribuída ao magistrado, que poderá livremente avaliar a ocorrência da *situação perigosa*, originada dos elementos circunstanciais do caso concreto.” (SILVA, Ovidio Baptista da. *Do processo cautelar*, p. 21).

de que naquele caso concreto a necessidade de urgência não poderia se afeiçoar ao regime padrão da ordinaryidade.

Sob essa ótica a situação de perigo não integraria o mérito da lide cautelar, mas corresponderia a uma condição da ação sumária (*sumaríssima*), de urgência *tout court* (interesse processual).⁶⁰¹ O *fumus*, por sua vez, não seria o objeto da tutela, como se dá com as cautelares, que atuam autonomamente sobre o *fumus*, mas corresponderia a uma simples técnica de sumarização qualificada da cognição - a *cognição sumaríssima* -, que permite o corte vertical na cognição de modo absolutamente discricionário, para conhecer e julgar o pedido antecipatório sobre o direito na lide cognitiva a qualquer momento, independentemente de qualquer pressuposto objetivo previamente definido. O exame de todas as questões seriam pois remetidas para fases posteriores tendentes a integrar o contraditório e a obter provimento definitivo, em cognição exauriente, que convalida o provimento antecipatório, quando não for o caso de revogação.

Todavia, em face da estrutura da tutela antecipatória do artigo 273, I e do § 3º do artigo 461, do Código de Processo Civil, essas considerações não podem convencer e são fonte de perplexidade para os estudiosos e operadores do direito. Se tais dispositivos podem realmente assumir uma dimensão de tutela sumária do direito em lide, em situações de extrema urgência, sem qualquer outro balizamento senão a exigência do requisito altamente subjetivo quanto à prova inequívoca da verossimilhança da alegação - cuja relatividade não pode significar outra coisa senão convencimento da aparência de direito a fundamentar a pretensão em lide -, então o ordenamento brasileiro teria supostamente conseguido a proeza inimaginável de acabar com a necessidade da tutela residual, cautelar, porque não existiria mais espaço nem ocasião para essa tutela subsidiária, diante da generalidade e desmedida abrangência da inovadora tutela sumária de urgência.

⁶⁰¹ ARAGÃO, Egas Moniz de. *Medidas cautelares inominadas*, p. 63-65.

Com efeito, até mesmo a tutela cautelar para buscar medidas conservativas em face de perigo de dano irreparável a um direito provável, poderia ficar desde logo absorvida pela tutela sumária de urgência, sempre que houvesse o fenômeno da *inter-relação de lides*. Assim o credor que move uma ação de cobrança e que tem prova inequívoca da verossimilhança quanto ao seu direito de crédito e que, simultaneamente, prova o perigo de dano irreparável a esse direito, em face do devedor estar dissipando os seus bens, pode desde logo, ao invés de requerer o arresto, pedir tutela antecipada quanto aos efeitos executivos da futura e provável condenação. Por que haveria de se servir de uma tutela residual, de mera proteção do direito de crédito, prevista no Livro III do Código, se agora, a situação de dano irreparável a esse direito, em face da normatização de nova tutela, primária, no Livro I do Código, pode ser desde logo elidida a situação de perigo mediante antecipação do próprio direito. Não haveria mesmo sentido em se remeter esse credor para a via cautelar, residual, se o ordenamento lhe confere a possibilidade de atuar o próprio direito em tais situações. Situação similar poderia ocorrer com o autor em uma ação reivindicatória, que ao invés de pedir o seqüestro da coisa, em face do perigo de dano irreparável de destruição da coisa pelo réu que a possui e se intitula proprietário, provando a verossimilhança de sua alegação poderá desde logo obter os efeitos executivos da reivindicação. Afinal, a situação litigiosa poderá estar evidenciando realmente que há prova inequívoca de perigo de dano irreparável aos interesses plausíveis do autor.

Certamente, não foi esse o propósito das antecipações dos artigos 273, I, e 461, § 3º, do Código de Processo Civil. Afinal, segundo o sistema processual brasileiro, com fundamento constitucional, quando se está em face de uma tutela emergencial, diante de uma situação urgência urgentíssima, que se revela objetivamente perturbadora de uma cognição mais refletida com vistas à tutela do direito subjetivo primário, o ordenamento deve assegurar, em maior ou

menor medida,⁶⁰² consoante o maior ou menor grau de normatização das tutelas primárias, a tutela cautelar, residual, que tutela os interesses meramente plausíveis, na medida da necessidade, do modo menos gravoso para a contraparte.⁶⁰³

Por essas considerações se vê que não se pode pretender sustentar a diversidade de natureza entre uma tutela cautelar essencialmente conservativa e uma medida antecipatória sumaríssima (ou antecipatória cautelar) quando se trata de decretar a medida adequada para preservar a idealidade do *fumus* diante de uma situação de perigo de dano irreparável. O balizamento para concessão de medidas que tenham como pressuposto o perigo de dano irreparável genericamente considerado, sem qualquer regramento, incidente sobre interesses plausíveis, não é propriamente o grau de cognição (verosimilhança ou certeza) sobre o possível direito subjetivo, para o fim de satisfazê-lo prontamente, diante da urgência qualificada, e isso porque nesses casos inexistente indubitavelmente outra lide, animada pelo direito subsidiário de cautela, com as características próprias de *notio* e de *imperium*.

Na realidade, é a gravidade do perigo iminente, a sua repercussão direta ou reflexa sobre os interesses plausíveis (co-relativos ou não ao *fumus*), que ditará se a medida no caso concreto é de conservação ou de antecipação, total ou parcial, dos interesses apenas plausíveis. Não interessa a diversidade qualitativa das medidas em confronto com a tutela do direito subjetivo ou primário, pois o que interessa é a adequação da medida, seja uma medida meramente conservativa, seja uma medida antecipatória, seja uma medida do equivalente à antecipação. As diferenças qualitativas ou quantitativas das medidas correspondem a dados meramente circunstanciais na tutela cautelar, enquanto regrada pelos princípios da necessidade e da suficiência da medida para preservar continuamente, enquanto perdura a situação cautelanda, a idealidade dos interesses plausíveis.

⁶⁰² SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 3, p. 17-21.

⁶⁰³ ARAGÃO, Egas Moniz de. *Op. Cit.*, p. 55.

Mas se agora, está-se sustentando que se está diante de uma *cognição sumaríssima* do próprio direito subjetivo ou primário, para fins de antecipação, a coerência a tal afirmação exigirá que se antecipe todos os efeitos fáticos pertinentes ao *fumus*, sendo a situação de perigo apenas o móvel para essa antecipação e realização antecipada do direito subjetivo. Daí que perderão relevância as medidas conservativas, porque o interesse processual, em face da mudança de perspectiva que dizem estar se operando com as antecipações inseridas no Livro I, do Processo de Conhecimento, estaria autorizando desde logo o pedido de antecipação mediante *cognição sumaríssima* do direito subjetivo, primário.

E se acaso persistir o entendimento de que se trata efetivamente de antecipação sumaríssima, com base em prova inequívoca de verossimilhança, cuja regra é a estabilidade e que as previsões de modificação ou revogação se referem apenas a recursos ou à superveniência do provimento definitivo, donde um regime não cautelar para a antecipação, *então certamente haverá a contrapartida, a reação da tutela cautelar*.

Surgirá uma crise de segurança às avessas à que ocorreu nas últimas décadas e que motivou as reformas. Surgirão as medidas cautelares residuais de outro grau, em relação às quais certa feita se pronunciou OVÍDIO, ressaltando o recrudescimento de medidas cautelares *inibitórias* (que não se confundem com as *inibitórias* referidas por MARINONI). Essas medidas *inibitórias*⁶⁰⁴ visariam influir nos conteúdos e efeitos dos provimentos sumaríssimos, que, em princípio, deveriam permanecer estáveis até à sentença de *cognição exauriente*, para buscar adequação às situações concretas de perigo, reportando-se inclusive ao princípio da segurança jurídica que exige um sistema diferenciado de pesos e contrapesos para autorizar antecipações sumarizadas ou cautelares (com pressupostos regradados ou discricionários). E teriam esses pedidos cautelares residuais por objeto uma providência urgentíssima a um interesse plausível em

⁶⁰⁴ SILVA, Ovídio Baptista da. *Do processo cautelar*, p 30.

situação que não comportasse sumarização, porque, embora plausível o interesse, não haveria prova inequívoca da verossimilhança.

24. Medidas cautelares no Código de Processo Civil e em leis extravagantes

O direito de cautela, na sua atipicidade e subsidiariedade, que se dá tanto no plano substancial como no plano processual, para superar a insuficiência normativa em todas as dimensões da ordem jurídica, atua em situações de urgência urgentíssima e, a despeito do incremento de tutelas diferenciadas, sumárias, para atuação do direito subjetivo primário, não se pode negar que sempre subsistirão situações carentes de uma tutela cautelar, urgente e subsidiária, inclusive para fins de antecipação.

Antes da reforma de 1994, essa tutela, ressalvadas as exceções de incoação interinal em procedimentos especiais regulados pelo Código ou mesmo por leis extravagantes, só restava a técnica das ações cautelares do Livro III, enquanto correspondiam às vias normais de tutela jurídica de segurança.

Com as inovações introduzidas no Código a partir de 1994, trazendo a previsão das tutelas antecipatórias cautelares do artigo 273, I e do artigo 461, § 3º, e, ainda, das tutelas antecipatórias sumárias, consoante a previsão do inciso II, surgiu a possibilidade genérica de incoação interinal de medidas cautelares antecipatórias e de medidas antecipatórias sumárias no curso do Processo de Conhecimento, do Livro I.

Não pode haver dúvida alguma que essa previsão de antecipações, cautelares e sumárias, no curso do procedimento ordinário do Processo de Conhecimento, tem um significado relevantíssimo para o sistema processual brasileiro. Indica que se admite a partir das reformas a relativização genérica da ordinarização. Se o Processo de Conhecimento do Livro I é o padrão da tutela jurisdicional no ordenamento brasileiro, cujas normas, consoante se diz, com

base em expressa previsão legal (arts. 271 e 272 do CPC), são de teoria geral do processo e aplicáveis complementarmente a todas as demais formas de tutela, tem-se que essa possibilidade de incoação de medidas interinais, cautelares e sumárias, passa a ser admitida em qualquer tipo de procedimento, independentemente de prévia ou expressa previsão legal.

E há mais. Se o Código reformado permite a antecipação cautelar interinal em qualquer processo, não pode deixar de estar prevendo, necessariamente, a possibilidade de medidas conservativas cautelares interinais a todos os tipos de processo, pois a fungibilidade dessas medidas é indispensável ao regime da cautelaridade, que se compromete com a adequação da medida ao caso concreto, tendo em vista, não tanto o pedido do autor, mas as razões da causa de pedir.⁶⁰⁵

Essa extensão ampla para a incoação e concessão de medidas cautelares, antecipatórias e, em face disso, também de medidas conservativas, em qualquer processo, não elimina por certo o interesse processual em se servir de técnicas previstas no Livro III, do Código de Processo Civil, seja quando há procedimento específico regrado, disciplinando todo o *modus faciendi* para a obtenção e efetivação de certas medidas que exigem a prática de vários atos estranhos ao processo da tutela cognitiva, seja quando o interesse processual, encarado sob o ponto de vista da parte e sob o ponto de vista oficial (do juiz) apresentar-se o mais adequado à utilização, total ou parcial, das técnicas do Livro III, no caso concreto, tanto que são infinitas as hipóteses de cautelares, em face da natureza subsidiária do direito material de cautela e da natureza residual da função cautelar. As combinações de técnicas podem ser as mais variadas possíveis.

A imprescindibilidade, no âmbito da cautelaridade, da característica da fungibilidade, que importa na decretação tanto das chamadas medidas antecipatórias cautelares, como das chamadas medidas antecipatórias ou inovativas cautelares, para que possa o juiz, independentemente do que foi

⁶⁰⁵ ARAGÃO, Egas Moniz de. *Op. Cit.*, p.52-53.

pedido, decretar a medida mais adequada e suficiente para afastar o perigo, significa que não se pode vislumbrar diferenças substanciais entre essas medidas, pois as diferenças são circunstanciais, para os fins da adequação ao caso concreto. Essa adequação (suficiência da medida) pode se dar no momento inicial da concessão (fungibilidade) ou em oportunidade posterior, diante do variar das circunstâncias sobre o *fumus* e o *periculum* (variabilidade).

Não há como se pretender estabelecer graus diferentes de apreciação (*notio*) sobre a situação cautelanda, para determinar que se exige em um caso ou no outro cognição mais ou menos ampla, ou mais ou menos aprofundada sobre as razões da pretensão cautelar (direito de cautela) para se conceder medidas cautelares antecipatórias ou conservativas.

O grau de cognição do juiz sobre o interesse alegado como verossímil e merecedor de proteção para a salvação de interesses periclitantes, será exatamente o mesmo na avaliação do *periculum* e na avaliação do *fumus*. Dizer-se que nessa se exige um grau de convencimento maior do que naquela ou vice-versa, é apenas retórica, porque, objetivamente, o compromisso judicial é com a adequação, utilidade e necessidade da medida, seja qual for a sua função para resolver a lide cautelar.

Também não é a gravidade do perigo nem a maior ou menor relevância jurídica dos interesses em jogo, se patrimoniais ou não, que autoriza a distinção entre medidas conservativas e antecipatórias cautelares. Tampouco o grau de constrição aos interesses da contraparte se presta para a distinção, consoante já se viu. Tudo depende da avaliação dos pressupostos, normalmente argüidos livremente pelas partes, e apreciados discricionariamente pelo juiz, porquanto não existe fato vinculativo, expresso, quanto à natureza da medida e à extensão da medida ser concedida.

Até mesmo nos casos de cautelares típicas, que representam uma exceção à regra da atipicidade das medidas cautelares, se porventura a lei prevê, em face de determinados pressupostos uma providência tipicamente conservativa ou antecipatória, será lícito ao juiz, à vista das concretas razões das partes,

conceder medida diversa,⁶⁰⁶ tendo em vista o poder geral de cautela que constitucionalmente detém em homenagem aos princípios da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição, o que lhe impõe o dever de decretar a medida que se apresenta mais adequada, suficiente. Isso está inserido no direito geral de cautela e no poder geral de cautela de que está investido o juiz, cabendo-lhe apenas motivar a decisão, o que, aliás, é imposição constitucional (artigo 93, inciso IX da Constituição Federal).

Seja como for, o grande mérito da inovação contida nos artigos 273, I e 461, § 3º, do Código de Processo Civil, foi o de permitir a fungibilidade de técnicas em todos os casos que apresentem uma situação de *inter-relação de lides*, ou seja, a possibilidade de coexistência em dado momento, ainda que uma lide possa ter se configurado em momento posterior. E a novidade consistiu precisamente na generalização da incoação de liminares em quaisquer processos, porque, substancialmente, essa técnica já era conhecida no ordenamento, como se disse anteriormente, em procedimentos especiais previstos no Código, quando não em leis extravagantes, como na lei que disciplina o mandado de segurança (lei n.º 1533/51), na lei que disciplina a ação popular (lei n.º 4.717/65) ou nas leis que disciplinam as ações coletivas (lei n.º 7.347/85 e lei n.º 8.078/90). Essas leis pressupõe a possibilidade de pedido e provimento liminar, interinal, que tanto podem ter conteúdo conservativo como antecipatório e que tradicionalmente foram qualificados como provimentos cautelares, fundados nas razões de *fumus e periculum damnum*, sem qualquer enunciação descritiva de pressupostos fáticos ou jurídicos que possam especializar essas antecipações para que possam ser consideradas antecipações sumárias do direito, o que pressuporia a estabilidade dos provimentos antecipados até a sentença definitiva de cognição exauriente tornar-se eficaz – até que não coubesse mais recurso com efeito suspensivo. Mas não é assim, a sentença de improcedência faz cessar desde logo o estado de *fumus*, e somente mediante outra medida

⁶⁰⁶ ARAGÃO, Egas Moniz de. *Op. Cit.*, p. 53-57.

cautelar, nas perspectiva das razões recursais, se pode pretender assegurar o interesse ainda periclitante.⁶⁰⁷

Com efeito, a lei do mandado de segurança prevê no artigo 7º, inciso II, a possibilidade de liminar para suspensão do ato impugnado quando, sendo relevante o fundamento (*fumus*) houver o risco da ineficácia da medida deferida a final (*periculum damnum irreparabile*). A lei cogita de suspensão liminar do ato, o que denota em geral uma liminar de conteúdo antecipatório, mas a grandeza desse remédio constitucional comporta todo tipo de medidas provisórias urgentes, incluindo obviamente as conservativas como depósito de quantia para evitar possível ação de repetição de indébito, além das antecipatórias sob diferentes formas. Tanto é assim que dependendo do caso concreto pode se ordenar o depósito da coisa que está para ser apreendida ou eximi-la da apreensão; exigir caução e ordenar a liberação; determinar liminarmente a repetição de ato em inquérito administrativo ao invés de determinar de imediato a sua suspensão, por suposto vício daquele ato inquisitivo.

O mesmo é de se dizer em relação às demais ações constitucionais, como a liminar na ação popular e as liminares nas ações coletivas, valendo ressaltar que, quanto a essas, se prevê as duas técnicas, da ação cautelar antecedente (artigo

⁶⁰⁷ Súmula 405 do STJ: “Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto (hoje o recurso cabível é a apelação, não o agravo), fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária”. “Denegada a segurança, não pode o juiz restaurar a liminar, ao receber a apelação interposta pelo impetrante” (RJTJESP 99/167, 108/353, citada por THEOTÔNIO NEGRÃO. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 30. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 1.523). A liminar só poderá ser restabelecida através de outra medida cautelar, e diante da demonstração de *fumus* e *periculum* em face da tramitação do recurso. Nesse sentido: “Ação cautelar. Restabelecimento de liminar deferida em mandado de segurança e cassada na oportunidade da sentença. *Periculum in mora* e *fumus boni iuri* indemonstrados. Improcedência. Não restando demonstrado o *periculum in mora* decorrente da regular tramitação do recurso de apelação, julga-se improcedente a ação cautelar interposta com o fito de que se restabeleça liminar anteriormente deferida, contudo, cassada pela sentença que denegou a segurança impetrada, máxime, se não se vislumbra a fumaça do bom direito.” (TJDF, Medida Cautelar Mct11796, 5ª Turma cível, Rel. Juiz Romão C. Oliveira, DJU 23.04.97, p. 7473).

5º da Lei n.º 7.437/85) e da cumulação de pedido cautelar com o principal, inclusive para fins de antecipação (artigo 84, §§ 3.º e 4.º), o que evidencia mesmo que inexistente nenhuma objeção ontológica à cumulação, mesmo porque essas ações coletivas seguem o procedimento ordinário, ressalvadas as peculiaridades procedimentais que se contêm na lei respectiva. Aliás, ainda que haja previsão para esse ou aquele tipo de providência, o interesse processual do autor combinado com o interesse processual na perspectiva oficial (direito geral de cautela e poder geral de cautela), é que irá ditar, no caso concreto, qual a providência adequada, qual o seu conteúdo, e quais os seus efeitos. Assim, v.g., pede-se a interdição de uma via de acesso a um parque ecológico para a proteção da fauna e o juiz concede liminarmente medida impondo à contraparte certas medidas de salvaguarda, reputadas suficientes para manter a idealidade do interesse plausível, sendo que, a final, na sentença de cognição exauriente, essa pode também ser a resposta final à pretensão de preservar o meio ambiente.

Percebe-se daí que existe uma relatividade entre os próprios conceitos de medidas conservativas e antecipatórias, principalmente no momento em que se admite a tutela do equivalente (artigo 461 do Código de Processo Civil e artigo 84 do Código do Consumidor).

A atipicidade das liminares interinais em todos os casos referidos sempre comportou a fungibilidade entre medidas de conservação ou de antecipação. E é de se admitir que subsiste a atipicidade mesmo nas situações que o legislador tipificou, com vistas a preservar um interesse plausível, em face de um perigo de dano irreparável, porque, como já foi referido, nem sempre os pressupostos fáticos e jurídicos do caso concreto se ajustam perfeitamente à situação idealizada pelo legislador, para contornar a situação de urgência, na medida da suficiência, do modo mais adequado, e menos oneroso para a contraparte. Essa adequação atípica é inerente ao direito subsidiário e, por consequência, ao poder geral cautelar do juiz, na tutela residual que qualifica a função cautelar.

Finalizando, cabe observar que em toda tutela cautelar, seja para a emanção de medidas conservativas, seja para a emanção de medidas

antecipatórias, haverá sempre referibilidade a um *direito acautelado* correlativo aos interesses que se preserva ou se realiza na dimensão da plausibilidade, como correlativos idealmente a determinadas situações jurídicas ainda não certificadas pelas tutelas primárias.

Na suposição de que a tutela antecipatória sempre implica em tutela sumária do único direito em lide é que MARINONI negou a característica da referibilidade nas antecipatórias. Todavia, se está falida a concepção tradicional; se há que se admitir que existe o direito material de cautela, bem como pretensão e lide cautelar, obviamente a referibilidade será uma constante em relação ao suposto direito subjetivo primário (acautelado) que poderá eventualmente, em outra lide, legitimar o interessado a perseguir o reconhecimento da sua titularidade sobre os interesses (acautelados), afirmando a qualidade de titular de direito subjetivo ou primário sobre tais interesses.⁶⁰⁸

25 . Satisfatividade através de medidas cautelares: uma questão meramente conceitual

Um dos pontos mais controvertidos, polêmicos ou mesmo confusos em matéria cautelar diz respeito aos conceitos de satisfatividade e irreversibilidade dos provimentos, o que se explica em face das diferentes concepções que a doutrina e a jurisprudência têm a propósito dos fundamentos, objeto, fim e limites da tutela cautelar. O tema está intimamente ligado à distinção que tradicionalmente se fez entre medidas conservativas e antecipatórias.

Tem-se dito, notadamente após as reformas de 1994, que as medidas cautelares não poderiam satisfazer um interesse plausível, pois essa satisfação implica em realização antecipada do próprio direito subjetivo, cujo campo estaria reservado às tutelas jurisdicionais primárias que sumarizam a cognição; que a tutela cautelar apenas teria o escopo de prevenção de um possível direito,

⁶⁰⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. Cit.*, p. 197.

tanto que estaria vocacionada somente à emanção de medidas conservativas dos interesses plausíveis em situações de urgência; que a temporariedade ínsita às medidas cautelares não se comprazeria com medidas satisfativas que tendem a ser estáveis; que a satisfação jurisdicional de um interesse implicaria necessariamente no reconhecimento de que o interesse corresponderia a um direito, ainda que definido em cognição sumária (presunção de certeza), o que comporta execução propriamente dita, a qual não se confundiria com atos de execução cautelar, que visam realizar o fim da mera conservação ou preservação dos interesses plausíveis (não de direitos).

As objeções são infundadas. Enquanto prevalecia a concepção tradicional, até era compreensível a distinção, porque se supunha que a função cautelar estava preordenada necessariamente a contribuir para a solução da lide principal, preservando o objeto litigioso da lide principal para que essa pudesse ser solucionada eficazmente na realização dos direitos subjetivos (não o de cautela, pois esse era inadmitido). Tanto era assim que os conceitos de medidas conservativas e antecipatórias foram construídos em uma visão *pan-processual*, levando em conta o efeito das medidas cautelares em relação a uma pretensão não cautelar, isto é, em relação ao objeto litigioso de um processo principal. Então a medida cautelar, na sua essência, devia apenas preservar o objeto litigioso do processo principal, porque somente no processo cognitivo é que poderia haver definição de direitos para a oportuna satisfação.

Se, eventualmente, através da função cautelar se antecipava efeitos que andavam além da mera preservação do objeto litigioso, a medida cautelar estaria, em princípio, invadindo função do processo principal, porque satisfazia a pretensão material do processo principal, mas ainda assim, seria tolerável juridicamente essa usurpação, porque o ordenamento não previa formas de sumarização do direito subjetivo ou previa de modo muito reduzido. Assim, a tutela cautelar acabava exercendo uma função residual, aceitável em face do regime da cautelaridade, que não pressupõe declaração, nem presunção de

certeza, atuando através de provimentos temporários, instáveis, de conteúdo variável.

Mas, a partir do momento em que o ordenamento teria se dinamizado para admitir a sumarização do direito subjetivo, tomando como pressuposto precisamente a situação de perigo em torno dos interesses plausíveis, a cautelaridade teria perdido toda a sua vocação residual para a antecipação.

HUMBERTO THEODORO JUNIOR enfatiza exatamente o dado de que a Lei 8.952, normatizou uma modalidade de tutela sumária do direito subjetivo, mediante antecipação, inclusive através do inciso I, do artigo 273 do Código de Processo Civil, porque, tratando-se a sumarização de exceção (*direito estrito*), houve a preocupação de se condicionar essa sumarização a *requisitos rigorosamente traçados pela lei*.⁶⁰⁹

Todavia, já foi suficientemente examinada essa problemática, concluindo-se que não há a mínima possibilidade de se considerar essas situações como previsão típica para a atuação dos direitos subjetivos pela via da cognição sumária, tal a generalidade dos pressupostos, que não diferem substancialmente daqueles enunciados no artigo 798 do Código de Processo Civil, onde sempre se localizou a fonte para as medidas cautelares inominadas.

Trata-se de uma visão que mutila a tutela cautelar, impondo um limite indevido à subsidiariedade que informa o direito de cautela e à natureza residual da função cautelar, como se os fundamentos constitucionais que exigem os temperamentos entre os princípios da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição (cujos princípios animam tanto a tutela cautelar como também a tutela sumária de direitos), não comportassem residualmente hipóteses de

⁶⁰⁹ “O normal continua sendo a tomada de medidas satisfativas após a coisa julgada. A exceção, isto é, o deferimento de antecipação de providências de tal natureza, somente se tolera para cumprir a meta da efetividade da prestação jurisdicional, quando posta em risco pela iminência de dano grave e de difícil reparação ou de conduta temerária e inaceitável do réu, frente a direito líquido e certo do autor.” (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Antecipação de tutela em ações declaratórias e constitutivas*. In: Revista de Processo, n. 94, p. 25).

antecipação de efeitos satisfativos dos interesses na dimensão da mera cautelaridade.

TEORI ZAVASCKI, como já foi visto,⁶¹⁰ identifica os mesmos fundamentos constitucionais a motivar a tutela cautelar (conservativa) e a tutela antecipatória em geral, seja de urgência urgentíssima e inesperada, seja de urgência relativa, prevista nas tutelas normatizadas, mas, tratando-se de antecipação, integraria de qualquer forma o campo das tutelas sumárias do direito subjetivo ou primário, o que importaria na diversidade de técnicas de atuação.⁶¹¹ Enfim, se a diferença é apenas de técnica, posto que a cautelar conservativa deveria ser confinada às ações antecedentes ou incidentes do Livro III, enquanto as antecipações deveriam ser cumuladas com o pedido de tutela primária do direito subjetivo, então, tudo estaria a revelar que se trata unicamente de uma diferença formal, não substancial, entre conservação e antecipação de urgência urgentíssima aos interesses plausíveis. Sendo circunstâncias formais que as distinguem, bastaria ampliar o conceito da cautelaridade para se equacionar a questão e superar o grave problema: *arbor or vite!*

Há que se insistir que existe mais do que simples convergências entre as medidas conservativas e antecipatórias cautelares (ditadas em face do *fumus* e do *periculum damnum irreparabile*), porque uma ou outra integram a característica da *adequação* da medida cautelar, vindo daí que essa antecipação cautelar é inconfundível com aquelas que sumarizam o direito subjetivo primário com base em dados objetivos, previamente valorados pelo legislador para autorizar uma presunção de certeza compatível com a maior estabilidade dos provimentos.

A posição de OVÍDIO BATISTA DA SILVA é peculiar, posto que reduz o campo da cautelaridade pondo em confronto os conceitos de cautela e execução. E desde que considera que execução propriamente dita só incide sobre direitos

⁶¹⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*, p. 58-68.

⁶¹¹ Reportando-se ainda aos fundamentos constitucionais comuns que legitimam a tutela de urgência sumária e cautelar, torna-se sugestivo o título do artigo *Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes e função constitucional semelhante*, que TEORI ZAVASCKI publicou na Revista de Processo n. 82, p. 52-59, 1996.

e, ainda assim, somente quando se dá a transferência física, de utilidades, bens, ou vantagens do patrimônio de um sujeito para outro, acrescentando juridicamente o patrimônio do exeqüente, ainda que de forma provisória, qualquer satisfação de interesses por ato jurisdicional é satisfação de um direito e, por isso, incompatível seria a antecipação de efeitos satisfativos de interesses plausíveis com a tutela cautelar; se não há transferência material ou física da titularidade sobre as utilidades, bens ou vantagens pertinentes aos interesses em lide, a medida é conservativa e é cautelar.

Tanto é assim que OVÍDIO aponta como característica das medidas cautelares apenas a *mera mandamentalidade* (excluindo as decisões com eficácias meramente executivas), posto que o conceito de *mera mandamentalidade* se resume a emissão de comandos, sem prévia definição de direitos e sem definição de direitos não haveria execução propriamente dita para operar essa transferência material de titularidade sobre bens inerentes a um dado interesse.

O óbice levantado por OVÍDIO BATISTA DA SILVA acaba também se resumindo a uma questão conceitual, porque juridicamente se pode admitir *execução cautelar*, atuando em concreto sobre o direito de cautela, cuja entidade jurídica o ilustre professor sempre defendeu.

Se for adotado *um conceito pan-processual de execução*, para comportar todos os modos de realização dos interesses materiais, inclusive o de cautela, seja através de *efeitos positivos*, que provocam alteração material no mundo fático, seja através dos *efeitos meramente negativos*, que impedem modificações no mundo fático, poder-se-á vislumbrar a exata dimensão da cautela, atuando sobre lides próprias, que pressupõe afirmação de *fumus* e de *periculum damnum*, satisfazendo a pretensão cautelar, mediante medidas conservativas ou antecipatórias e simultaneamente assegurando a idealidade dos interesses plausíveis para a tutela cognitiva.

Tome-se os seguintes exemplos: a) um pedido de liberação, com requerimento de liminar de natureza antecipatória, de mercadoria apreendida

que se encontrava sob o risco de deterioração, por falta de condições adequadas de armazenamento; b) um pedido de declaração de nulidade de ato licitatório, com requerimento liminar (conservativo nesse caso concreto) de suspensão da licitação, por ter sido o requerente considerado inabilitado em face de contestação quanto à autenticidade de documento que apresentou. Nesses exemplos, vê-se claramente que o conteúdo é antecipatório no primeiro caso e conservativo do possível interesse do licitante em participar da licitação no segundo caso. Todavia, no temperamento discricionário dos pressupostos quanto ao *fumus* e ao *periculum damnum*, que se condicionam aos princípios da suficiência, da necessidade e da adequação nas situações de urgência qualificada, podia o juiz, ter adotado providências outras, conservativa no primeiro caso e antecipatória no segundo. No primeiro caso, determinaria que o depositário tomasse certas providências para garantir a qualidade da mercadoria. No segundo caso determinaria que a licitação prosseguisse em face da urgência com a participação do requerente, até que, mediante perícia, se confirmasse a autenticidade ou não do documento.⁶¹²

Como se vê, o regime das antecipações previstas genericamente com base em *fumus* e *periculum damnum* nos artigos 273, I e § 3º do artigo 461, continua sendo o da cautelaridade. A antecipação pressupõe a conservação e ambas se condicionam ao deferimento de medidas apenas suficientes para preservar ou satisfazer o interesse (*fumus*) na medida da necessidade e da suficiência para afastar o *periculum*, não antecipando todo o *fumus*, tal como sustentam CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA⁶¹³ e HUMBERTO THEODORO JUNIOR.⁶¹⁴

⁶¹² O exemplo pertinente à licitação foi referido sob outro enfoque por HUMBERTO THEODORO JUNIOR, reportando-se a SERGIO SAHIONE FADEL. (*Antecipação de tutela em ações declaratórias e constitutivas*, In: Revista de Processo, n. 94, p. 31).

⁶¹³ “Antecipa-se o efeito bastante e suficiente para impedir a lesão, mediante tomada de medidas práticas. A se consubstanciarem em ordens ou mandados do órgão judicial.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Alcance e*

Se houvesse que se incluir essa antecipação no âmbito das sumarizações, somente poderia ser qualificada como medida de *cognição sumaríssima*, em uma perspectiva *pan-processual*, tomando como referência o *status* de direito subjetivo para o interesse que se está atuando como *fumus*, enquanto *fumus*, com base no direito de cautela, tanto que em sede cautelar esse interesse não assume sequer o *status* de direito subjetivo presumido. Inexiste, porém, a necessidade aventada e por isso é melhor designar a atividade que se desenvolve para a produção das antecipações cautelares como *cognição cautelar*, com o que já se evidencia que se trata de uma função que atua sobre outra lide, vocacionada a instrumentalizar um direito subsidiário como o de cautela.

Se o regime das antecipações do artigo 273, I e 461 não for o da cautelaridade, então desfigurou-se o regime da cautelaridade e descaracterizou-se o poder geral de cautela, porque o juiz não poderá mais admitir fungibilidade entre antecipação e conservação para decretar a medida mais adequada e suficiente, que previna a idealidade dos interesses na medida do *fumus* e que cause o menor gravame à contraparte. E mais, se medidas conservativas e cautelares não mais se comunicam, também não se comunicariam as técnicas e quem perde, como se disse, são os jurisdicionados e o movimento instrumentalista.

E é apenas no plano *pan-processual*, que se pode entender o conceito multifário da satisfatividade. Há satisfatividade fática e jurídica da pretensão cautelar através das medidas cautelares conservativas e antecipatórias, no todo ou em parte, consoante correspondam, no total ou parcialmente à demanda do autor. É evidente que se a antecipação cautelar for contraposta aos interesses na dimensão da cognição sumária (direito presumido) haverá apenas satisfação fática, mesmo porque submetida a outro regime jurídico.

natureza da tutela antecipatória. In: Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 114).

⁶¹⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Op. Cit.*, p. 26.

O mesmo ocorrerá se for posta em confronto a antecipação cautelar e antecipação de cognição sumária com a satisfação do interesse na perspectiva da cognição exauriente (direito declarado como certo), posto que somente nesse último caso o provimento satisfativo recebe a eficácia própria da certificação (declaração, constituição, condenação) e da coisa julgada material. Mas cada uma dessas antecipações, no âmbito das respectivas tutelas, na perspectiva do interesse apenas aparente e periclitante, se não na perspectiva do interesse presumido como direito subjetivo ou, finalmente, na ótica do interesse declarado como autêntico direito subjetivo absolutamente certo, será satisfativa tanto no plano fático, como no plano jurídico.

Não obstante, parte significativa dos processualistas contemporâneos, engajados no movimento instrumentalista, partilha dessas concepções restritivas quanto à possibilidade de antecipação e satisfatividade ao âmbito da cautelaridade, como OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, LUIZ GUILHERME MARINONI, CÂNDIDO DINAMARCO, HUMBERTO TEHODORO JUNIOR, ARRUDA ALVIM, ADA PELLEGRINI GRINOVER, KAZUO WATANABE, TEORI ZAVASCKI, NELSON NERY JUNIOR.

Sob a ótica dessas concepções, uma ação cautelar satisfativa ou uma medida cautelar satisfativa, antes da reforma de 1994 na lei processual, representava uma contradição axiológica, mas não uma contradição jurídica, porque não havia até então uma disposição normatizando a cognição sumária de modo genérico, no âmbito do processo de conhecimento, ressalvados casos especiais como os das liminares possessórias, de despejo e outras. Enfim, por razões contingenciais, decorrentes de anomalia do sistema, *acautelava-se antecipando*.⁶¹⁵

Após a reforma, a tutela antecipatória teria adquirido autonomia em relação à tutela cautelar, porque foi incluída no âmbito do *Processo de*

⁶¹⁵ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Op. Cit.*, p. 69.

Conhecimento do Livro I, do Código de Processo Civil, em termos genéricos, nos incisos I e II, do artigo 273 e § 3º do artigo 461.

ARRUDA ALVIM observa que diante do princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, não se podia mesmo dispensar as ações cautelares satisfativas, ainda que de efeitos irreversíveis que asseguravam tutela residual em situações de urgência, em face da raiz constitucional da tutela cautelar, subsidiária, mas que, com o advento da tutela antecipatória dos artigos 273 do Código de Processo Civil, deixou de existir o espaço antes ocupado pelas cautelares, porque as antecipatórias surgiram como modalidades de tutela sumária do direito, que combinam, técnicas cognitivas (de declaração) e executivas ou vice-versa.⁶¹⁶

VICTOR BOMFIM MARINS,⁶¹⁷ seguindo a linha tradicionalista, persiste no entendimento de que existe antecipação cautelar, desde que o fim seja o de assegurar o resultado do processo principal, incluindo entre essas antecipações o caso dos alimentos provisionais, do Livro III, enquanto os alimentos provisórios, concedidos liminarmente em ação de alimentos, já representariam antecipação sumária do direito subjetivo aos alimentos. Todavia, reconhece que tanto lá, como cá, incorre a satisfatividade jurídica, apenas fática dos interesses aos alimentos, precisamente porque o provimento antecipatório não é precedido de declaração de certeza, consoante o padrão da ordinarização. O critério apontado para distinguir a antecipação cautelar da antecipação sumária baseia-se praticamente na *diferença de técnicas* previstas nas leis processuais, se procedimento autônomo, incidental ou antecedente e, de outro lado, se mediante liminares antecipatórias interinais. Todavia, como se tem enfatizado, a diferença de técnica é um dado apenas circunstancial, existindo a possibilidade e, mais do que isso, a necessidade de se imprimir fungibilidade de técnicas, o que se afina com os propósitos do movimento instrumentalista. Ademais, os exemplos dos alimentos provisionais e provisórios servem adequadamente para

⁶¹⁶ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Idem, p. 68-70.

⁶¹⁷ *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 12, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 69-80.

justificar essa fungibilidade de técnicas a partir da necessidade ditada pelo interesse processual no caso concreto, pois não pode haver dúvida de que sejam provisionais, sejam provisórios, os alimentos concedidos satisfazem interesses materiais da parte, finalisticamente, em casos de necessidade e urgência, com pressupostos valorados pelo legislador e pertinentes à pretensões específicas, o que os situa no âmbito das tutelas sumárias do direito.

Se porventura se considera possível a fungibilidade de técnicas no âmbito da sumarização do direito subjetivo, através da tutela cognitiva, primária (alimentos provisionais e alimentos provisórios), por que não seria possível a fungibilidade de técnicas em relação às medidas cautelares em geral, sejam conservativas e antecipatórias? Cabe apenas a ressalva de que não há que se cogitar que o fim da tutela cautelar seria, supostamente, o de tutelar o processo principal, porque aí se incidirá inexoravelmente na relatividade do fim, isto é, do escopo do provimento cautelar, que não pode manter de modo constante um conteúdo e efeitos que sejam proveitosos ao provimento definitivo da tutela cognitiva.

Enfim, para concluir, é de se admitir a existência do direito de cautela, da pretensão material cautelar, da pretensão processual à tutela cautelar, da lide cautelar e das medidas cautelares, conservativas e antecipatórias enquanto adequadas à responder às particulares razões que infirmam a situação cautelanda e, ainda, há que se admitir satisfatividade fática e jurídica da pretensão cautelar com as medidas cautelares.

Sob essa ótica, continua persistindo com todo o vigor, sem nenhuma conotação patológica, as chamadas cautelares satisfativas, quando, através dessa locução, queria-se na verdade referir às cautelares inominadas que antecipavam efeitos em face de uma situação de perigo de dano irreparável. Patológico será admitir sumarização do direito em face de uma lide cautelar.

Quanto às antecipações do inciso II, do artigo 273, essas sim, a toda evidência não são cautelares e permitem com segurança a sumarização da tutela cognitiva, quando não julgamento antecipado da lide fora das situações previstas

no artigo 330, do Código de Processo Civil, além de outras tantas modalidades ou variantes de antecipações de fases ou atos processuais. O inciso II responde aos anseios de celeridade, com segurança. Não há porque reduzir as virtudes da reforma, pretendo conferir a mesma natureza, com insegurança, ao inciso I, do artigo 273, que tem a força de dinamizar a tutela residual notadamente através de novas técnicas

26. Irreversibilidade dos efeitos diante da natureza residual da cautela e do princípio da proporcionalidade

Quando se admitia tranquilamente, com raras exceções, que os provimentos antecipatórios de urgência, fundados nos pressupostos genéricos de *fumus boni iuris* e de *periculum in mora* – na dimensão do *periculum damnum irreparabile*, eram cautelares (como realmente são), a doutrina e jurisprudência sempre se ocupou do tema ligado à irreversibilidade dos efeitos desses provimentos de urgência, ditados geralmente como medidas cautelares inominadas, considerando que tais provimentos, sendo essencialmente temporários e circunstancialmente provisórios, não podiam ter efeitos que se consolidassem de modo irreversível, de modo a comprometer a tutela do direito subjetivo mediante as funções jurisdicionais primárias de cognição.

Essa preocupação cristalizou-se agora no enunciado do § 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil, que dispõe: *não se concederá antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.*

É de se observar que, atualmente, parte significativa da doutrina deixou de considerar as medidas antecipatórias de urgência urgentíssima como cautelares, para considerá-las como provimentos correlativos à tutela sumária da cognição em torno dos direitos subjetivos ou primários. Ainda assim, persiste a relevância da questão, mesmo porque, a despeito de todas as tentativas de se promover o novo enquadramento das antecipações genéricas de urgência, baseadas no *periculum damnum irreparabile*, não se logrou desvincular essas

antecipações do regime peculiar às medidas cautelares em geral, mesmo porque os artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil se reportam às características desse peculiar regime residual de tutela, aplicável, sem dúvida alguma, pelo menos, nas hipóteses do inciso I, do artigo 273 e do § 3º do artigo 461. Afinal, como se tem dito e repetido, existem *antecipações* e *antecipações*!

Antes de mais nada é preciso esclarecer o sentido da irreversibilidade, para então se compreender que a irreversibilidade de que se cogita se situa como uma restrição *relativa*, que não pode se projetar como um *impedimento absoluto* à concessão de medidas cautelares conservativas ou antecipatórias, em face da natureza absolutamente *subsidiária* da tutela cautelar, que em casos extremos haverá de comportar provimentos irreversíveis, pelo menos faticamente.

É preciso ainda ter em mente as advertências de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA no sentido de que quando a lei cogita de *irreversibilidade do provimento*, quer na verdade referir-se a uma *irreversibilidade dos efeitos do provimento antecipado*.⁶¹⁸ Isso porque o provimento, enquanto ato processual, sempre poderá ser revogado. A preocupação do legislador foi a de estabelecer balizas à atuação judicial, de modo a evitar provimentos com efeitos irreversíveis.

E mais, os efeitos irreversíveis que o legislador tem em mira, são os efeitos fáticos da antecipação em relação ao *direito acautelado*, posto que a antecipação temporária de urgência, ontologicamente, não pode produzir juridicamente efeitos idênticos ao da tutela definitiva, porque os provimentos daquela antecipação de urgência não podem encerrar a virtude da *declaração de*

⁶¹⁸ “Leia-se irreversibilidade dos efeitos, não irreversibilidade do provimento como consta nesse parágrafo (§ 2º do art. 273, do CPC). O provimento enquanto decisão provisória, não será sempre irreversível, posto que revogável, embora possa, isto sim, produzir, no plano fático, efeitos irreversíveis.” (SILVA, Ovídio Baptista da. A ‘antecipação’ da tutela na recente reforma processual. In: *Reforma do código de processo civil*, obra coletiva, coord. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, p. 142).

certeza, nem da presunção de certeza. Afinal, está-se cogitando da tutela emergencial do *fumus*.

Pondera LUIZ GUILHERME MARINONI que a lei, ao referir-se à impossibilidade de deferir antecipação quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, estaria dizendo o óbvio, isto é, que não se pode invadir esfera de eficácia do provimento final, ou seja, que não se pode antecipar declaração de certeza, vindo daí que os provimentos antecipatórios, ontologicamente, jamais poderão ter efeitos de decisão meramente declaratória, constitutiva ou condenatória, porque essas decisões pressupõem a eficácia de declaração, enquanto os provimentos antecipatórios somente podem adiantar os efeitos materiais, executivos em sentido amplo, ou fáticos.⁶¹⁹

Ocorre, porém, que a intenção do legislador foi mesmo a de limitar a extensão dos efeitos fáticos sobre os interesses tutelados no âmbito da plausibilidade, até o limite da reversibilidade possível. Esse balizamento, todavia, conquanto configure um parâmetro para a prudência judicial no exercício do poder geral de cautela (que inclui o poder de ditar medidas antecipatórias inominadas), no sentido de conferir, na via temporária e de urgência, a tutela adequada, que imponha o menor sacrifício possível ao réu, enquanto seja apta, concomitantemente, a afastar o perigo iminente de degradação ou deterioração da situação cautelanda, não impede que em casos extremos possa o juiz decretar medidas antecipatórias faticamente irreversíveis,⁶²⁰ as quais, embora desprovidas de declaração, constituem, no caso concreto, a única medida adequada para evitar suficientemente o perigo de dano irreparável ao interesse plausível.

⁶¹⁹ “O que o art. 273 veda, quando fala que a tutela não poderá ser concedida quando houver perigo de ‘irreversibilidade do provimento antecipado’ - que nada tem a ver, repita-se, com a irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento -, são as declarações e constituições provisórias, não raras na prática judiciária brasileira.” (*A antecipação da tutela na reforma do processo civil*, p. 76).

⁶²⁰ ARAGÃO, Egas Moniz de. *Op. Cit.*, p. 43-44.

Como se tem insistido, a tutela cautelar é uma tutela que atua em casos de urgência, de modo subsidiário às demais tutelas normatizadas, para afastar o perigo de dano irreparável ao interesse plausível, ao qual deve conferir proteção ou realização fática na medida da necessidade. Essa tutela tem um fundamento constitucional, que resulta da combinação dos princípios da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição.

Pois bem, a limitação que agora se manifesta expressamente no § 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil, revela que o princípio da segurança jurídica deve ser sacrificado o mínimo possível em homenagem ao princípio da efetividade, ou melhor, significa que não se deve sacrificar o princípio da segurança jurídica além do necessário. Trata-se, pois, de um limite ou de uma advertência quanto à adequação da medida, mas não de uma limitação à subsidiariedade ineliminável do direito de cautela e à natureza residual da função cautelar, o que seria inadmissível, em face, precisamente, dos seus fundamentos constitucionais. Será então possível juridicamente produzir provimentos faticamente irreversíveis em relação ao *direito acautelado*, quando, em situações extremas, não houver outra alternativa para afastar a situação de perigo de dano irreparável ao interesse plausível. Cabem aqui as mesmas advertências que se fez a propósito da relatividade intrínseca das limitações legais ao poder cautelar geral do juiz.

Como bem anotou OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, *casos há, de urgência urgentíssima, em que o julgador é posto ante a alternativa de prover ou perecer o direito que, no momento, apresenta-se menos provável, ou confortado com a prova de simples verossimilhança.*⁶²¹

⁶²¹ “Em tais casos, se o índice de plausibilidade do direito for suficiente consistente aos olhos do julgador – entre permitir sua irremediável destruição ou tutelá-lo como simples aparência –, esta última solução torna-se perfeitamente legítima. O que em tais casos especialíssimos, não se mostrará legítimo será o Estado recusar-se a tutelar o direito verossímil, sujeitando seu titular a percorrer as agruras do procedimento ordinário, para depois, na sentença final, reconhecer a existência apenas teórica de um direito definitivamente destruído pela sua completa

Ademais, como lembra ainda MARINONI, o próprio direito positivo contempla hipóteses de liminares antecipatórias de urgência com efeitos fáticos irreversíveis, o que denota que o limite dessa irreversibilidade não é insuperável, não é absoluto, mas relativo.⁶²² É o caso das liminares nas ações de despejo (art. 59, § 1º, incisos I a V das Lei n.º 8.245/91), como também o caso dos alimentos provisionais ou provisórios, podendo-se ainda referir ao caso exemplar da ordem de demolição de prédio para resguardar a saúde, a segurança ou outro interesse público (artigo 888, inciso VIII, do Código de Processo Civil).

A medida da relatividade quanto à irreversibilidade dos efeitos fáticos da providência cautelar ou antecipatória há de ser identificada com o princípio da proporcionalidade,⁶²³ o qual, segundo anotou EGAS MONIZ DE ARAGÃO, corresponde ao *Verhältnismässigkeits-prinzip*, que a doutrina alemã tem

inocuidade prática”. (A ‘antecipação’ de tutela na recente reforma processual. In: *A reforma do código de processo civil*, obra coletiva, coord. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, p. 142).

⁶²² “Não há razão para não admitirmos a possibilidade de uma tutela antecipatória que possa produzir efeitos fáticos irreversíveis, pois a tutela cautelar não raramente produz tais efeitos(...).A liminar, que satisfaz a pretensão de despejo, obviamente pode produzir efeitos fáticos irreversíveis, até mesmo porque, sendo julgado improcedente o despejo, não haverá possibilidade de retorno do locatário ao imóvel.” (*A antecipação de tutela na reforma do processo civil*, p. 79).

⁶²³ “Processo civil. Antecipação de tutela. Momento. Reexame necessário. Dispensa. Deferimento contra ente público. Caução. Mpr-1570/97. Irreversibilidade dos efeitos. Princípio da proporcionalidade. 1. A fim de se dar utilidade ao provimento antecipatório assecuratório, uma vez verificados os requisitos legais deverá o Julgador deferi-lo mesmo que *inaudita altera pars*. 2. A eficácia da decisão de antecipação dos efeitos da tutela pretendida não está sujeita ao reexame pela instância superior. 3. Inexigível caução para a concessão de medida antecipando os efeitos da tutela, seja pela decisão do Plenário do STF suspendendo o dispositivo da MPR-1570/97 que prescrevia tal exigência, seja pela sua supressão na reedição da referida Medida Provisória. 4. Não obstante a possibilidade de irreversibilidade dos efeitos deferidos no provimento antecipatório, à luz do princípio da proporcionalidade, podem ser antecipados os efeitos da tutela se dentre os valores jurídicos colidentes no caso in concreto, avultar que mal maior se produzirá pelo seu indeferimento.” TRF-4ª Região, AG 1998.04.01.025110-0, 6ª T., DJ 09.12.98, p. 999. No mesmo sentido: AG 97.04.36069-0, DJ 27.08.97, p. 68432; AG 1998.04.01.025113-6, DJ 11.11.98, p. 696; AG 96.04.00112-4, DJ 12.08.98, p. 907; AGA 97.04.36074-6, DJ 17.09.97, p. 75273, todos do TRF/4ª Região.

aplicado, que consiste na ponderação do risco da irreparabilidade do prejuízo que paira sobre o autor em confronto com a irreversibilidade do provimento que paira sobre o réu.⁶²⁴ São várias as hipóteses de irreversibilidade fática, como anotou ainda EGAS MONIZ DE ARAGÃO, pois haverá irreversibilidade tanto quando o ato praticado com base no decreto judicial não comportar desfazimento, como quando o ato que não foi praticado não puder mais sê-lo,⁶²⁵ Essas situações de irreversibilidade se harmonizam com a temporariedade ontológica ou a provisoriedade circunstancial dos provimentos cautelares e merecem ser examinadas com a máxima prudência sob a ótica do autor e sob a ótica do réu, para se privilegiar os interesses mais suscetíveis ao perigo de dano irreparável, notadamente os interesses vinculados a direito absolutos, em detrimento aos interesses vinculados a direitos patrimoniais, relevantes, ou seja, desde que plausíveis os interesses.⁶²⁶ Se não há *fumus*, obviamente não cabe a providência cautelar. Caberá pois ao juiz estabelecer uma prevalência axiológica sobre os bens em conflito, de acordo com os valores do seu momento histórico, o que pressupõe um juiz com responsabilidade social.⁶²⁷

A dimensão do problema pode ser aferida através de exemplos, como os que foram referidos por BEDAQUE, assim como o pedido de assistência

⁶²⁴ ARAGÃO, Egas Moniz de. *Op. Cit.*, p. 44.

⁶²⁵ ARAGÃO, Egas Moniz de. *Idem*, p. 49.

⁶²⁶ “Para evitar que a marca da provisoriedade, isto é, a modificação e a revogação, torne-se inviável, dispõe a lei, ainda, que ‘não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado’ (§ 2º), perigo que não está na decisão, mas na situação originada pela antecipação. Quer a lei, portanto, que a tutela somente seja adiantada se comportar reposição no estado anterior. Esse elogiável cuidado poderá, no entanto, frustrar a aplicação dos preceitos legais precisamente nos casos em que é maior a necessidade de proteger os que ficam mais facilmente expostos a sucumbir enquanto perdura o processo. Esse dispositivo representa o maior desafio lançado aos exegetas e aplicadores da lei. Basta pensar em casos similares ao de alimentos para perceber que o dano decorrente de não antecipar poderá ser maior que o de não reverter ao estado anterior. Somente pelo confronto dos interesses em litígio e aplicando o princípio da proporcionalidade será possível equacionar o problema.” (ARAGÃO, Egas Moniz de. *Alterações no código de processo civil: tutela antecipada, perícia*. In: *Reforma do código de processo civil*, obra coletiva, coord. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, p. 241).

⁶²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*, p. 80-86.

hospitalar imediata em confronto empresa de seguro-saúde; assim também o pedido de autorização para que o filho viaje em companhia de um dos cônjuges contra a vontade do outro; ou ainda o pedido de autorização de intervenção cirúrgica que o pai pretende seja realizada no filho, mas que encontra oposição da mulher, que prefere modalidade de tratamento alternativo.⁶²⁸ Pense-se ainda no exemplo referido por EGAS MONIZ DE ARAGÃO em que se pede um decreto ou uma ordem contra a Administração para entrega imediata de passaporte para a realização de uma importante viagem ao exterior, a cuja entrega se nega a Administração, pois se for deferida a liminar, o autor realizará a viagem e nada apagará o ato praticado e, se for indeferida a viagem, não poderá mais fazê-la para aquele determinando evento.⁶²⁹

OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, por sua vez, reporta-se a vários casos de irreversibilidade fática obtida através de medidas antecipatórias que, sob o seu ponto de vista, antes seriam impropriamente chamadas de cautelares satisfativas, para concluir afinal que, nesses casos, tem-se, na verdade, uma tutela urgente satisfativa e autônoma (tutela de cognição sumária do direito em lide), tanto que somente comporta reparação por danos, dependendo por isso de outra ação a ser movida pelo prejudicado.⁶³⁰

Todavia, essa tutela autônoma satisfativa de que cogita OVÍDIO, só pode ocorrer no plano fático, posto que uma vez obtido o provimento faticamente irreversível, pode desaparecer o interesse processual do autor e do réu em dar prosseguimento ao processo, na busca da sentença que deverá, a final, julgar a

⁶²⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. Cit.*, p. 324.

⁶²⁹ ARAGÃO, Egas Moniz de. *Medidas cautelares inominadas*, p. 50.

⁶³⁰ Discorrendo sobre as chamadas cautelares satisfativas ou seu equivalente – antecipatória irreversível, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA observa que “quando bem examinadas suas características (sob o ponto de vista fático), seríamos levados a admitir que as mesmas, erroneamente chamadas ‘cautelares satisfativas’, são, em verdade, formas de tutela sumária autônoma, definitivas, por não serem provisórias em seus efeitos, posto que determinam, consqüências que somente poderão ser reparadas por meio de alguma forma subseqüente de reposição (indenização monetária). Quer dizer, seus efeitos são definitivos por serem irreversíveis.” (*Curso de processo civil*, v. 3, p. 71).

lide cognitiva, com eficácia declarativa. Pode-se indagar como indagou BEDAQUE, *de que valeria a nova tutela (definitiva), por exemplo, após a autorização liminar para transfusão de sangue, se não houver necessidade da realização de outras, sucessivamente?*⁶³¹ Ou, ainda, pode-se imaginar, como imaginou KAZUO WATANABE, que bem se poderia atribuir à contraparte o ônus de mover uma ação condenatória contra aquele que requereu e obteve medida cautelar satisfativa de interesse que, se fosse ele prosseguir na via da cognição exauriente, seria apenas para pedir declaração de certeza sobre os efeitos já obtidos na via cautelar.

Situações como essas apontadas por OVÍDIO, BEDAQUE e KAZUO são excepcionais, mas não transmudam juridicamente o provimento cautelar em provimento de cognição exauriente e tampouco em provimento de cognição sumária.

Embora o efeito fático possa ser irreversível, poderá haver e certamente haverá perda da eficácia jurídica do provimento antecipatório, com fundamento no artigo 808, I, II e III, do Código de Processo Civil, por não se dar prosseguimento, ainda que no mesmo processo, à busca da tutela definitiva, enquanto se supõe existente a *inter-relação de lides*, gerando uma aparência de definitividade, tanto que o efeito fático produzido poderá a qualquer tempo, mesmo em outro processo, ser objeto de revisão, ainda que para os fins da tutela ressarcitória. Afinal, o regime jurídico das cautelares conservativas e antecipatórias, engloba tanto as situações vazadas no Livro I, notadamente nos artigos 273, I e 461, § 3º, com as regras do Livro III, do Código do Processo Civil.

E, ainda há mais. Será sempre possível à parte sucumbente com o provimento cautelar, requerer *nos mesmos autos*, quando couber obviamente, a

⁶³¹ “Verifica-se serem poucas as situações em que a antecipação gera efeitos irreversíveis, tornando desnecessária a tutela cognitiva. Mas, se tal ocorrer e o valor justificar a antecipação (proteção da vida, saúde), outra alternativa não há senão conceder a medida, ainda que isso implique transformar a tutela sumária em definitiva.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. Cit.*, p. 332).

liquidação dos prejuízos que sofreu com a concessão da medida liminar que perdeu a eficácia jurídica e manteve os efeitos fáticos, irreversíveis, ainda que a causa não versasse sobre direitos patrimoniais.⁶³² É o que resulta da disposição contida no parágrafo único do artigo 811 do mesmo Código. Trata-se de aplicação sobre as regras da responsabilidade civil objetiva, que independe de culpa, pois o que se pressupõe é atividade lícita, causadora entretanto de um prejuízo especial, identificado como merecedor de tutela ressarcitória pelo Direito Administrativo.

Em suma, resumindo o que foi visto nesse tópico, pode-se afirmar que satisfatividade fática e jurídica podem ser identificadas em todos os provimentos cautelares, conservativos ou antecipatórios, na medida em que se constituem em resposta às pretensões cautelares que autorizam essas medidas, sendo que a disjunção do atributo jurídico (eficácia declarativa) em relação aos atributos ou efeitos fáticos somente é possível quando se compara o provimento cautelar, que soluciona a lide cautelar, com o provimento definitivo, que soluciona a outra lide, do processo de cognição.

Quanto à proibição de irreversibilidade dos efeitos práticos na tutela cautelar, tal proibição é relativa quanto às restrições ou proibições para a concessão de medidas cautelares, porque a subsidiariedade da função cautelar, que tem fundamento constitucional, não se compadece com limitações que visem a eliminar *a priori* as avaliações sobre o *fumus* e o *periculum* nos casos concretos, posto que tais avaliações poderão recomendar a superação das restrições em face excepcionalidade da situação cautelanda.

27. Contracautela e responsabilidade civil: garantias do demandado

Discorrendo sobre as medidas cautelares e o poder geral de cautela, EGAS MONIZ DE ARAGÃO anotou que, talvez, *o ponto alto da regulamentação das*

⁶³² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. Cit.*, p. 332 ss.

providências cautelares residisse no cuidado que teve o legislador de assegurar a igualdade de tratamento às partes, diante das peculiaridades dessa tutela de urgência. Tanto foi assim que, levando em conta o princípio de que se deve deferir a *medida adequada que seja menos onerosa ou gravosa ao requerido* (artigo 805), o legislador, a par de ter assegurado um amplo leque de medidas nominadas e inclusive outras tantas, decretáveis *sob medida* (providências inominadas), para o autor, nem por isso deixou de assegurar no âmbito do processo cautelar os interesses do réu, destacando-se entre as disposições que asseguram os interesses do requerido, as seguintes: a) a possibilidade da concessão de *caução substitutiva* de medida cautelar de outro conteúdo, consoante a previsão do artigo 805 do Código de Processo; b) a possibilidade de ser concedida em favor do réu a *contracautela*, não apenas na hipótese de concessão de medida *liminar inaudita altera parte*, como prevê especificamente o artigo 804, mas em todas as demais situações que reputar adequada a imposição de *contracautela*, aí com base no poder geral de cautela dos artigos 798 e 799 do Código de Processo Civil.⁶³³

A essas providências específicas da tutela cautelar que resguardam os interesses do réu ou do requerido, é de se acrescentar outra particularíssima, pertinente à *responsabilidade civil* do requerente pelo prejuízo que a medida cautelar causar ao requerido, consoante a previsão do parágrafo único do artigo 811, do Código de Processo.

CALAMANDREI quando se propôs a realizar a classificação das medidas cautelares, reuniu essas medidas em quatro grupos: a) grupo das medidas de assecuração de prova; b) grupo de medidas de assecuração de execução, em cujo grupo incluiu, dentre outras as cauções impostas judicialmente ao demandado, em casos de urgência, para resguardar interesses patrimoniais do requerente da medida cautelar, quando essa caução se revela medida adequada, tal como pode ocorrer nas hipóteses em que o juiz, ao invés de determinar o

⁶³³ ARAGÃO, Egas Moniz de. *Medidas cautelares inominadas*, p. 59.

embargo da obra nova, impõe ao réu a caução como condição que resguarda os interesses do autor contra os eventuais prejuízos; c) grupo das medidas cautelares antecipatórias; d) grupo onde incluiu as contracautelas, que geralmente correspondem a cauções impostas ao próprio demandante da medida cautelar e que resguardam, pois, interesses do requerido.⁶³⁴

Dizia ele que enquanto as cautelas são deferidas ao demandante considerando o *periculum* a seus próprios interesses, a contracautela é concedida em atenção ao *periculum* que pode reverter para o demandado, passando a funcionar então, essa contracautela, como garantia da eventual necessidade de reparação de danos.⁶³⁵

Interessante é notar que as cauções podem assumir diferentes naturezas no ordenamento jurídico. Além das cauções legais que independem de processo cautelar porque decorrem imediatamente da lei, independentemente de lide (v.g. imposição de caução ao tutor para poder gerir os bens dos tutelados – artigos 418 e 419 do Código Civil), das cauções negociais que são estipuladas livremente pelas partes, e das cauções judiciais que podem ser impostas pelo juiz às partes para assegurar o êxito de atos processuais (v.g. a imposição de caução para a parte que aspira iniciar execução provisória de sentença - artigo 588, I do Código de Processo Civil), existe efetivamente a categoria das *cauções cautelares*.

Essas cauções cautelares podem se situar como *objeto da tutela cautelar*, sob quatro aspectos, circunstâncias ou dimensões: a) como medida típica, específica, decorrente de previsão da própria lei material, como ocorre com as cauções de dano iminente do artigo 529 do Código Civil e as cauções de dano infecto, do artigo 554 do mesmo Código – cujas ações aliás, são autônomas, em face dos fundamentos legais da pretensão material que dispensa dependência a outro processo); b) como medida atípica, originária, sempre que o juiz reputar adequada a caução, real ou fidejussória, para o caso concreto, consoante

⁶³⁴ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, p. 31-46.

⁶³⁵ CALAMANDREI, Piero. *Idem*, p. 44-46.

previsão do artigo 799 do Código de Processo Civil; c) como medida incidental, genérica e substitutiva da medida específica originariamente decretada, desde que, sendo adequada, seja menos gravosa para o réu; d) como contracautela, cuja providência configura um temperamento da providência cautelar concedida, para estabelecer em favor do requerido uma garantia.⁶³⁶

HUMBERTO THEODORO JUNIOR qualifica a contracautela como uma medida incidental que o juiz decreta *ex-officio*, independentemente de provocação do interessado,⁶³⁷ sendo que na jurisprudência se encontram julgados que dão respaldo a essa posição, como se a contracautela decorresse exclusivamente de uma iniciativa judicial para a garantia de possíveis direitos ressarcitórios do requerido.⁶³⁸

EGAS MONIZ DE ARAGÃO não qualifica a contracautela como medida peculiar à manifestação *ex-officio* do juiz, embora afirme que o juiz teria mais poderes para decretar a contracautela do que a cautela, cuja providência, além do mais, não se reduziria à caução, podendo importar em outras tantas medidas substitutivas. Tanto é assim que afirma que *quando a lei diz que as medidas decretadas podem a qualquer tempo ser modificadas (art. 808 caput) mostra ao magistrado que seu poder de contra-acautelar é ilimitado e não se reduz à caução, como poderia parecer ao juiz comodista e mal informado.*⁶³⁹

Considerando a existência de um direito geral de cautela, correlativo ao poder geral de cautela que detém o juiz para decretar medidas cautelares inominadas, que sejam adequadas e suficientes ao caso concreto, tanto que não é propriamente o pedido, mas a causa de pedir que fixa os contornos da medida

⁶³⁶ HUMBERTO THEODORO JUNIOR tratando das cauções como objeto da tutela cautelar jurisdicional, classifica essas cauções em três grupos: das cauções originárias; das cauções substitutivas e das cauções como contracautela que afirma serem incidentais, porque correlativas a uma cautela (*Processo cautelar*, p. 141).

⁶³⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Idem*, p. 137.

⁶³⁸ Tem-se sustentando, inclusive no âmbito do STJ, que a contracautela é ato exclusivo da discricção do juiz, como que reconhecendo tratar-se de uma faculdade que pode exercer de ofício, com ampla liberdade (RMS 539-RJ, Rel. Min. Nilson Naves, DJU 17.12.90; RT 666/177, RF 312/97).

⁶³⁹ ARAGÃO, Egas Moniz de. *Medidas cautelares inominadas*, p. 58.

cautelar a ser decretada, consoante ressei do próprio artigo 798 do Código de Processo Civil⁶⁴⁰ não se pode afirmar que a contracautela é modalidade de cautela concedida *ex-officio* para a contraparte e tampouco que a prerrogativa para decretar contracautela é mais ampla do que para decretar as cautelas.

E isso, simplesmente porque *a contracautela constitui providência que, paralelamente à cautela, compõe a justa medida da resposta à mesma pretensão à segurança no caso concreto.*⁶⁴¹ Não se trata pois a contracautela de uma exceção ao *princípio dispositivo*, ou da demanda, para autorizar o entendimento de que se trata de hipótese em que o juiz, diante de casos excepcionais expressamente previstos em lei, segundo a dicção do artigo 797 do Código de Processo Civil, pode, por sua iniciativa, acautelar interesses.

Realmente, pode até se dar que em casos excepcionais, notadamente para assegurar ou resgatar a idealidade de interesses plausíveis e indisponíveis, sejam do autor, sejam do réu, em uma lide já deduzida em processo de conhecimento, que o juiz se depare com uma situação objetiva de risco de dano irreparável ao interesse indisponível.⁶⁴² Poderá então, diante da urgência, decretar a medida *ex-officio*, para acautelar o interesse em perigo, do autor ou do réu. Nesses casos, ainda que se trate de medida que visa preservar um interesse indisponível e plausível, correlativo a um suposto direito subjetivo do réu ou até mesmo correlativo a uma exceção do réu, o que se terá será uma medida cautelar decretada em favor do réu, de ofício e não uma contracautela.

A contracautela, como o próprio nome já sugere, está sempre associada a uma providência de outro conteúdo, conservativa ou antecipatória, deferida em favor do requerente da medida cautelar, sendo dela indissociável, porque compõe, juntamente com a providência de outro conteúdo e efeitos, a justa resposta ou a justa medida da providência ao caso concreto. Constitui-se em resposta à mesma pretensão cautelar. E se toda medida cautelar, em princípio,

⁶⁴⁰ ARAGÃO, Egas Moniz de. *Idem*, p. 52-55.

⁶⁴¹ CUNHA, Alcides Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*, p. 161.

⁶⁴² ARAGÃO, Egas Moniz de. *Op. Cit.*, p. 38-43.

está sujeita a variações, nada impede que, diante do variar das circunstâncias, a contracautela surja de modo superveniente à providência anteriormente concedida, configurando uma espécie de ajuste, de emenda, para promover a adequação da medida à concreta situação cautelanda na sua dinâmica, enquanto perduram as condições de *fumus* e de *periculum damnum*.

A medida cautelar adequada ao caso concreto é aquela que preserva ou resgata a idealidade do interesse em perigo, de acordo com as necessidades do requerente, mas sem deixar de levar em conta as condições concretas quanto ao *fumus* e ao *periculum*, sendo que dessa avaliação pode resultar que para a integração do *fumus* torne-se necessária a medida a que se denomina contracautela, que atende obviamente interesses da contraparte, mas que se apresenta como condição ineliminável para a cautela deferida ao autor, para cuja concessão o juiz deverá verificar o modo menos gravoso para o réu.

Nem mesmo nas hipóteses em que o juiz concede liminar *inaudita altera parte* está obrigado a integrar a cautela com contracautela, pois da própria dicção do artigo 797 do Código processual, rescai que isso decorre da avaliação no caso concreto, tanto que ali se consigna, que o juiz *poderá determinar que o requerente preste caução* (artigo 804). E isso não se dá arbitrariamente, pois arbitrariedade não se confunde com discricionariedade.⁶⁴³

A contracautela decorre pois de decisão que *integra o mérito cautelar*,⁶⁴⁴ podendo consistir em caução ou outra providência, como a prática ou abstenção de algum ato por parte do autor para merecer a cautela pleiteada, seja conservativa ou antecipatória.

⁶⁴³ TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER anota que a despeito da fluidez do conteúdo de uma norma (*fumus boni iuris – periculum damnum irreparabile*), existirá idealmente uma única solução válida para o caso concreto, o que exige do juiz liberdade na investigação crítica para identificar a única solução adequada para a espécie no caso concreto (WAMBIER, Teresa Celina Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 239-263).

⁶⁴⁴ CUNHA, Alcides Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*, p. 161.

Trata-se de mais um dado que conspira para evidenciar não só a *autonomia funcional da tutela cautelar*, mas a sua *distinção em relação às antecipações sumárias dos direitos subjetivos*, cujas antecipações, como se tem enfatizado, decorrem de pressupostos objetivos que favorecem a presunção de certeza do direito em lide cognitiva, não comportando a exigência de contracautela, que tem natureza cautelar, para fins de concessão ou não da medida antecipatória sumária, cuja execução porém, notadamente quando enseja execução provisória da sentença de cognição (sumária) pode ficar condicionada à caução judicial (não cautelar) do artigo 588, I, do Código de Processo Civil, notadamente quando importar na necessidade de penhora de bens, fora de uma situação de urgência, porque emanada a sentença com base no inciso II do artigo 273 do CPC (abuso de defesa).

Conquanto a contracautela represente a justa ou adequada resposta à pretensão cautelar no caso concreto, não há dúvida de que ela pode servir instrumentalmente, notadamente quando concedida sob a modalidade de caução real ou fidejussória, para garantir a eventual responsabilidade civil do requerente da medida cautelar, a que se refere o artigo 811, do Código de Processo Civil.

Trata-se de outra garantia que o ordenamento confere ao réu da demanda cautelar, ou seja, àquele que suportou os efeitos possivelmente constritivos da medida, quando surge a prova do *dano jurídico*, isto é, do prejuízo que porventura sofreu com a concessão da medida cautelar. Tratando-se de fato lícito, a responsabilidade independe de culpa e, portanto é objetiva. Todavia, não prescinde da prova do dano jurídico.⁶⁴⁵

⁶⁴⁵ “Se a contracautela pode servir à pretensão ressarcitória do réu do processo cautelar (quanto aos prejuízos que porventura lhe tenha causado a concessão da medida, em prol do autor, quando cessada a eficácia desta nas condições do art. 811 do Código de Processo Civil), isso não significa que a providência cautelar tenha sido indevida, pois não fica comprometido o seu caráter de medida satisfativa da pretensão à segurança, fundada em direito de cautela. É que a responsabilidade do requerente da medida cautelar é objetiva, como reconhece a maioria dos processualistas”. (CUNHA, Alcides Munhoz da. *Op. Cit.*, p. 161-162).

Sendo assim, aquele que foi prejudicado com a concessão da medida deverá buscar primeiramente, com ação própria, o título para obter o ressarcimento de danos, tanto que a comprovação do dano jurídico só poderá restar demonstrado após decisão condenatória transitada em julgado, em processo de cognição exauriente, com eficácia de coisa julgada material.

Quando há inter-relação de lides se o autor obteve o provimento cautelar na lide cautelar e, posteriormente, foi sucumbente, quanto ao mérito da lide cognitiva, não será possível admitir a incoação na sentença final de improcedência de uma condenação contra o próprio autor sucumbente pelas perdas e danos porventura causados ao requerido com o provimento cautelar, ressalvada a possibilidade de condenação em honorários advocatícios da sucumbência, em face da expressa previsão legal. Não havendo título, não há sequer oportunidade para a fixação do *an debeatur*, para autorizar simplesmente a liquidação do *quantum debeatur*.

Ocorre que essa responsabilidade objetiva não é automática, sendo pois dependente de pedido expresso do prejudicado. E isso poderá ser feito em ação própria ou direta, quando não, através da chamada ação de liquidação de que fala OVÍDIO, reportando-se ao parágrafo único do artigo 811, do Código: *uma ação de liquidação, peculiar, que pode se processar nos mesmos autos em que foi proferida a medida cautelar, a qual, entretanto, não se confunde com as liquidações de sentença em geral, porque nela há que se perseguir, primeiramente, a condenação para a fixação do 'an debeatur' diante da prova de que houve dano jurídico e, na seqüência, a liquidação do 'quantum debeatur'*.⁶⁴⁶

⁶⁴⁶ “A estrutura da demanda de liquidação do art. 811, parágrafo único, assemelha-se à ação de liquidação de uma obrigação ilíquida cuja própria existência ainda se possa controverter, de tal modo que, no juízo da própria ação de liquidação, deve-se inserir a preliminar de declaração da obrigação. Não se trata por certo de uma *questão prejudicial*, no sentido dos arts. 469 e 470, a exigir das partes a propositura de uma demanda incidente. O componente declamatório integra o pedido de liquidação, como *res deducta*. Há, contudo, diferentemente da ação de liquidação de uma obrigação ilíquida, ainda não declarada por sentença, uma particularidade notável. Enquanto a

E nessa ação de liquidação ou na ação direta, regressiva, certamente ingressarão para compor o *quantum debeat*, as eventuais multas coercitivas (multa-diária) que o autor dessas ações ressarcitórias tenha pago, como requerido na ação, pelo não cumprimento imediato do provimento judicial.

Afinal, trata-se de responsabilidade objetiva, que pressupõe *dano jurídico*, em face de uma atividade lícita. Não há que se cogitar de culpa do requerente, pois se houve culpa ou dolo, a responsabilidade ainda se agrava pelo fundamento da culpa, em face da malícia processual, a qual, aliás, pode se processar de modo independente consoante as disposições dos artigos 16, 17 e 18 do Código de Processo Civil.⁶⁴⁷

A disciplina da responsabilidade civil por danos ocorridos em face de decisões judiciais ou atos processuais decorre de razões de política processual, variando de ordenamento para ordenamento, como bem assinala OVIDIO.⁶⁴⁸ No

sentença de liquidação da obrigação ilíquida não produzirá título executivo capaz de sustentar a demanda de execução forçada, posto que a simples liquidação não contém *eficácia condenatória*, a liquidação do art. 811, parágrafo único, enseja a execução imediata posterior.” (SILVA, Ovidio Baptista da. *Do processo cautelar*, p. 213).

⁶⁴⁷ “O Código estabelece, expressamente, que responda pelos prejuízos que causar a parte que, de má-fé ou não, promove, medida cautelar. Basta o prejuízo, se ocorrente qualquer da espécies do art. 811, I e V (*sic*, deve ser ‘I a IV’), do CPC e, nesse tipo de responsabilidade objetiva processual, o pedido de liquidação é formulado nos próprios autos, com simples invocação de qualquer dos fundamentos do art. 811 do CPC” (RSTJ 104/288, referido por THEOTÔNIO NEGRÃO, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, p. 764). Há um caso singular em que se afirma que a responsabilidade é automática: “Não há necessidade de condenação expressa; a responsabilidade do requerente, no caso, é automática”(JTA 92/186, referido por THEOTÔNIO NEGRÃO, *Op. Cit.*, p. 764). Entretanto, só será automática se na lide cognitiva, de cognição exauriente, o réu for vitorioso quanto ao mérito. Só então haverá *an debeat*, sendo que o *quantum debeat* deverá ser objeto de liquidação, que poderá ocorrer nos mesmos autos da ação cautelar (parágrafo único do artigo 811 do Código). Nesse sentido: “Cautelar. Responsabilidade objetiva. Para apuração da responsabilidade prevista pelo art. 811 do CPC não se dispensa o magistrado de obediência ao procedimento ordinário, cuidando-se, como se cuida, de demanda de liquidação (não de sentença, mas de obrigação, com a peculiaridade que ainda exige reconhecimento judicial). Evidencia-se inepta inicial que não caracterize o fato danoso e sua vinculação a execução da cautela, merecendo, por isso, ser indeferida. Apelo provido.” TARS, APC nº 193025616, 7ª C. Civ., Rel. Des. Antonio Janyr Dall’Agnol Júnior, j.24/03/1993 (*Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul [on line]*, *Jurisprudência*, disponível: <http://www.tj.rs.gov.br>).

⁶⁴⁸ SILVA, Ovidio Baptista da. *Do processo cautelar*, p. 198-215.

ordenamento processual brasileiro, a partir de 1973, optou-se pela responsabilidade objetiva, que independe de culpa, mas exige a demonstração do dano jurídico.

Esse regime da responsabilidade objetiva não incide apenas para os provimentos cautelares que exercem licitamente a tutela do *fumus* enquanto *fumus*, quando há a situação de risco de dano irreparável. Do artigo 574 e do artigo 588, I, depreende-se que também subsiste a responsabilidade objetiva daquele que executou uma providência, ainda que cognitiva, quando afinal o provimento transitado em julgado, com a eficácia da coisa julgada material, declara inexistente o direito que foi objeto da execução. Enfatiza BARBOSA MOREIRA, que se *trata de responsabilidade objetiva, pois de modo algum se pode conceber como ilícita a execução.*⁶⁴⁹

Enfim, o que se quer enfatizar, agora, é que a atividade cautelar se desenvolve licitamente sobre uma lide autônoma e que a responsabilidade por danos sofridos pela outra parte, independe da culpa (ressalvada a responsabilidade autônoma e agravada por má fé processual, como v.g., uso de documento falso para obter a medida cautelar). Não obstante, não se pode prescindir em nenhum caso da comprovação de dano jurídico à contraparte, por lesão a direito subjetivo reconhecido em cognição exauriente.

28. Síntese conclusiva

1. A tutela cautelar sempre existiu. Já existia no direito romano com os interditos expedidos pelo pretor, com ou sem a ouvida do réu, para atuar autonomamente o *fumus boni iuris* do requerente (aparência de bom direito em confronto do réu) em situações de extrema urgência (*periculum damnum irreparabile*), de modo temporário, sem garantia de estabilidade do provimento,

⁶⁴⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Novo processo civil brasileiro*. 19 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 188.

posto que ao réu ficava assegurada a possibilidade de exercer ação em contraditório para desconstituir o provimento interdital.

2. Desde a sua origem a tutela cautelar podia ser exercida autonomamente porque tinha uma natureza subsidiária ou residual, não acessória, em relação às demais tutelas, cognitiva e executiva, que nas suas formas tipificadas (*acciones*) não tinham condições de prover sobre o *fumus*, para preservar ou satisfazer interesses periclitantes, sem a prévia definição do *fumus* como direito subjetivo, o que demandava tempo e inviabilizava a tutela de urgência.

3. A natureza residual da cautela sempre se evidenciou pela atipicidade pertinente a um poder geral de cautela, de modo a conceder as medidas urgentes e nas situações mais inesperadas, conquanto pudesse o ordenamento idealizar formas típicas para essa atuação, reveladas pela experiência quanto à necessidade de se prover com urgência, sem a prévia definição de direitos nos casos concretos.

4. A tutela autônoma do *fumus boni iuris* em face do *periculum damnum* a interesses relevantes, já era indicativo de que o *fumus*, por si só, representava um bem juridicamente protegido pelo ordenamento e que portanto era objeto de um *direito material de cautela*, subsidiário, para preservar ou resgatar a idealidade de situações jurídicas subjetivas substanciais que aparentavam momentaneamente uma situação de vantagem em uma relação jurídica em confronto de outras situações jurídicas.

5. Não havia entretanto uma preocupação em identificar esse fundamento de direito material para justificar a natureza jurisdicional de tutela cautelar em face das demais tutelas que definiam e realizavam direitos subjetivos, porque não se tinha a preocupação em se distinguir sequer o direito material do direito processual até meados do século XIX, quando se fundou a ciência do direito processual à luz dos ensinamentos dos clássicos que forjaram a *dogmática jurídica*, que se propôs então a construir um sistema processual, idealizando princípios, institutos e categorias processuais.

6. Com a dogmática, a tutela cautelar perdeu sua autonomia. Os clássicos restringiram o conceito de jurisdição à tutela finalística de direitos subjetivos primários em face dos conflitos de interesses, que careciam de prévia definição para posterior realização nos casos concretos, através das tutelas cognitiva e executiva, respectivamente.

7. Privilegiou-se como padrão de tutela jurisdicional a cognição exauriente, em amplo contraditório, desde a fase postulatória até uma fase recursal, para só depois admitir execução, favorecendo a consolidação do princípio constitucional da ampla defesa, correlativo ao princípio da segurança jurídica, donde a característica da chamada ordinarização e donde a máxima: *nulla executio sine titulo*.

8. Somente os provimentos formados através da cognição exauriente, podiam receber a eficácia da declaração de certeza jurídica que incidia sobre o conteúdo das sentenças meramente declaratórias, constitutivas e condenatórias, as quais, uma vez transitando em julgado, tornavam-se aptas a receber a eficácia maior, quanto à estabilidade, da coisa julgada material.

9. Apesar da relatividade histórica e sociológica entre certeza e verossimilhança, verificou-se que o ordenamento jurídico podia estabelecer, consoante o modo de formação do provimento (se observasse ou não o modo padrão da cognição exauriente), critérios formais para distinguir graus diferenciados da certeza correspondentes a diferentes eficácias. Assim, além da eficácia de declaração de certeza para os provimentos formados em cognição exauriente, previu-se a possibilidade de formação de provimentos antecipados, em situações típicas, antes de iniciado ou completado o contraditório, conferindo a esses provimentos as eficácias de presunção de certeza para a definição de direitos subjetivos, que podiam também antecipar desde logo satisfação dos interesses presumidos como certos com estabilidade, até que fosse elidida a presunção com provimento de cognição exauriente, no mesmo ou em outro processo, pois esses provimentos antecipatórios eram insuscetíveis de receber a eficácia da coisa julgada material.

10. As exceções ao padrão da ordinarização para a definição e realização imediata de direitos subjetivos, idealizadas na perspectiva de evitar o abuso de defesa e de garantir a efetividade da jurisdição, dependiam de expressa previsão legal, em situações absolutamente típicas (de direito estrito), para permitir a formação de provimentos antes de iniciado ou de completado o contraditório, sem prejuízo da oportuna integração para salvaguarda do princípio da ampla defesa, levando em conta situações objetivas que deviam favorecer as antecipações, como a natureza de certas pretensões em dado momento histórico, a relevância de certos documentos, a menor complexidade da causa.

11. Admitiu-se exceções de sumarização absoluta, como ocorria com os títulos executivos extrajudiciais aos quais a lei conferia uma presunção de certeza absoluta como direito subjetivo, permitindo que a jurisdição iniciasse executando, idealizando oportunidade para a integração ulterior do contraditório, em cognição exauriente, ainda que fosse sob a iniciativa do réu para elidir a presunção legal, através de ação impugnativa (embargos do devedor). A eficácia da presunção assegurava estabilidade ao título até que eventualmente fosse elidida ou confirmada com o provimento dos embargos.

12. Outras exceções à ordinarização, denominadas de cognição sumária, mediante provimentos interinais ou finais podiam ocorrer, sempre nos casos típicos, para resolver, com presunção de certeza de direitos subjetivos, a lide cognitiva, com subversão do amplo contraditório, sempre assegurando a oportunidade de integração deste, no mesmo ou em outro processo, sob iniciativa e ônus do autor ou do réu.

13. Previu-se a possibilidade de provimentos sumários finais (sentenças) de procedimentos absolutamente sumarizados nos casos sempre típicos, com pressupostos regradados pelo legislador e vinculativos do provimento sumário, como se dava com os chamados procedimentos injuncionais e a ação monitória. Em face da natureza do direito invocado ou ainda dependendo da aptidão de documentos apresentados o juiz liminarmente, até mesmo na faz inaugural do processo, podia emitir o provimento, que recebia a eficácia da

presunção absoluta no plano endoprocessual, o que lhe conferia também a eficácia da coisa julgada formal apenas, tanto que a presunção somente poderia ser elidida em outro processo, através de ação impugnativa de cognição (embargos monitórios), cujas sentenças, aí sim, podiam receber a eficácia da coisa julgada material e provocar a maior estabilidade do provimento sumário na perspectiva da eficácia preclusiva da coisa julgada.

14. Previu-se também a possibilidade de provimentos sumários interinais, formados no curso de um processo de conhecimento de cognição plena, para atuar sobre a mesma lide, antes de completado o contraditório, através de liminares, antes ou depois de ouvido o réu, cujos provimentos interinais podiam receber a eficácia da presunção de certeza relativa, endoprocessual, sempre nas situações tipificadas em lei de modo objetivo e vinculativo para o provimento, que tinha assegurada a sua estabilidade, ressalvada a possibilidade de recursos, até que a presunção fosse confirmada ou eventualmente elidida pelo provimento final de cognição exauriente, no mesmo processo. As liminares possessórias, v.g., nas ações possessórias, a partir do momento em que o legislador enunciou objetivamente os pressupostos vinculativos para a sua concessão, dispensando a avaliação discricionária desses pressupostos sobre as condições de *fumus* e de *periculum*, passou a integrar o campo dos provimentos de cognição sumária, aspirando a estabilidade, nas condições anunciadas.

15. Quanto à tutela cautelar constatou-se que além da constante imprevisibilidade quanto aos pressupostos de *fumus* para permitir a sua prévia valoração regrada aos fins da excepcional antecipação com presunção de certeza de direitos, continha sempre uma lide própria, inclusive nas poucas situações típicas conhecidas, com causa de pedir centrada nas alegações de *periculum damnum irreparabile* que não interessavam à lide cognitiva, constituindo-se, ao contrário, em elemento complicador para essa cognição e presunção.

16. Constatou-se ainda que a atuação do *fumus* nem sempre era finalística para preservar ou resgatar a idealidade dos interesses correlativos ao

próprio *fumus*, isto é, do interesse inserido na relação material que oportunamente podia ser objeto de lide cognitiva, porque muitas vezes se pretendia atuação apenas instrumental do *fumus* para preservar ou resgatar a idealidade de outros interesses relevantes que não ingressavam, também na lide cognitiva (v.g. liberação parcial de uma quantia em face de um aparente direito de crédito contra “X”, para custear despesas de uma cirurgia inadiável, diante da absoluta falta de outros recursos).

17. Constatou-se enfim que a solução da lide cautelar ensejava uma apreciação discricionária do juiz na avaliação dos seus pressupostos, em situações realmente residuais e que podiam autorizar apenas provimentos essencialmente instáveis, temporários, de conteúdo meramente conservativo ou antecipatório, total ou parcial, dos interesses indicados como *fumus*, enquanto *fumus*, porque o fim era de preservar ou resgatar, finalisticamente ou instrumentalmente, a idealidade dos interesses na medida da necessidade ou suficiência, balizada pelo *periculum* e não pelo *fumus*. Daí as características dos provimentos cautelares como sendo essencialmente instáveis (temporários), fungíveis, enquanto comprometidos com a adequação, na medida da suficiência, ao caso concreto, sujeitos a serem modificados, substituídos ou revogados a qualquer tempo (variabilidade) consoante o variar das circunstâncias do *fumus* e do *periculum*, desprovidos de qualquer presunção de certeza, porque amparados apenas na aparência do direito.

18. Mas a dogmática, comprometida com a noção de que a jurisdição se destinava finalisticamente à tutela de direitos subjetivos certos ou presumidos como certos, não logrou identificar um fundamento que desse autonomia estrutural e funcional absoluta à tutela cautelar, porque não percebeu que o *fumus boni iuris* era na verdade um bem jurídico autonomamente protegido pelo ordenamento para ser atuado contra os riscos de deterioração ou degradação de interesses relevantes que dependiam da atuação imediata do *fumus* até que pudesse oportunamente ser exercidos no plano do direito material ou das tutelas

primárias, se porventura se revelassem espontaneamente ou jurisdicionalmente, como interesses correlativos a direito subjetivo.

19. Forjou-se então a concepção dogmática ou tradicional sobre a tutela cautelar. Ao invés de tutela subsidiária ou residual, foi concebida como sendo uma tutela acessória das funções primárias, cognitiva e executiva, das quais seria sempre dependente, para o fim de ter justificada a sua jurisdicionalidade, sob o equivocado pretexto de que, mediatamente, colaborava para a realização dos direitos subjetivos a serem definidos e satisfeitos nas tutelas primárias.

20. O Código de Processo Civil de 1973 recepcionou inteiramente os postulados da dogmática e a tutela cautelar ficou conceitualmente considerada como função acessória das demais formas tutelas, muito embora nem sempre houvesse a possibilidade de se instaurar um processo principal a ser protegido e apesar da acessoriedade não implicar necessariamente na efetiva proteção dos processos e provimentos definitivos, se freqüentemente o provimento definitivo penalizava o interesse privilegiado como *fumus* em sede cautelar ou vice-versa.

21. Apesar dos vícios e equívocos da concepção tradicional a retórica do argumento prevaleceu praticamente incontestemente, até que surgiu a crise de segurança dos anos oitenta e com ela a redescoberta do processo cautelar e a necessidade de se idealizar e dinamizar formas de tutela sumária dos direitos subjetivos, diferenciadas do padrão da ordinarização, cujo padrão imperava de modo quase absoluto no ordenamento processual brasileiro.

22. Embora já houvesse algumas medidas interinais de cognição sumária, em alguns procedimentos especiais, como nas liminares possessórias, nas de despejo, de busca e apreensão de bens em regime de alienação fiduciária, de embargos de terceiro, e outras afins, que pressupunham estabilidade dos provimentos até a decisão final, em face da objetividade com a qual o legislador fixou seus pressupostos, dispensando verificação de *periculum* e eliminando a discricionariedade judicial na aferição do *fumus*, a concepção generalizada ainda era a de que qualquer provimento liminar, interinal que fosse emanado antes que se completasse o ciclo da cognição exauriente era cautelar, porque se

supunha que nesses casos, por não haver a eficácia da declaração de certeza, nem a eficácia da coisa julgada material, peculiares aos provimentos de cognição exauriente, não havia definição ou realização de direitos subjetivos, mas apenas de *fumus*. Pressentia-se que nesses casos os provimentos interinais aspiravam a uma estabilidade, mas não se conseguia justificar coerentemente.

23. Com a onda reformista do Código de Processo Civil, dinamizada principalmente a partir de 1994, sob o influxo do movimento instrumentalista, surgiram importantes inovações, que alargaram sensivelmente as possibilidades de se antecipar a solução de conflitos e lides, merecendo especial realce as técnicas introduzidas com os artigos 273, 461 do CPC, prevendo medidas interinais genéricas no curso do procedimento comum do processo de conhecimento e, por isso, extensíveis a todos os demais procedimentos nas situações especificadas (artigos 271 e 272 do CPC). Com essas técnicas relativizou-se o padrão da ordinarização constante que havia no processo de conhecimento.

24. Essas reformas culminaram por causar uma revolução salutar no plano das idéias, mas quase trágica na prática forense, principalmente em face da confusão que se provocou entre os conceitos, a funcionalidade e o regime jurídico das medidas cautelares em face das medidas de antecipação em cognição sumária.

25. O artigo 273, no seu inciso I, combinado com o § 4º e, ainda, o § 3º do artigo 461, do Código reformado, a despeito da diversidade formal de enunciados, contemplaram substantivamente as hipóteses de *fumus boni iuris* (relevância do fundamento) e de *periculum damnum irreparabile* (receio de ineficácia do provimento final) como pressupostos genéricos de medidas interinais que, no curso de um processo cognitivo podiam antecipar efeitos, de modo instável, tanto que podiam a qualquer tempo, antes da decisão final de cognição exauriente, sofrer modificações, substituições ou revogações.

26. Tudo indicava, enfaticamente, que se tratava da possibilidade de incoação de uma demanda cautelar cumulativa, de modo inicial ou ulterior, ao

pedido principal, para evitar o desgaste da dualidade de procedimentos preconizada pelo Livro III, quando houvesse (pois nem sempre há) o fenômeno da inter-relação da lide cautelar com a lide cognitiva, cuja cumulação aliás já vinha sendo preconizada, desde há muito, pela doutrina, inclusive para aplicação de *lege lata*. Afinal nesses dispositivos (273, I, § 4º e 461, § 3º) constatava-se a atipicidade dos pressupostos, que eram, em tudo, similares aos pressupostos do artigo 798 do CPC que sempre legitimou o poder geral de cautela; as características dos provimentos eram idênticas às das medidas cautelares do livro III; a previsão de antecipação não desautorizava a emissão de provimentos conservativos, em face da fungibilidade congênita das medidas cautelares, comprometidas com a medida adequada e suficiente (além do que, logicamente, quem pode conceder o mais que é a antecipação pode conceder o menos, que seria a mera conservação).

27. Não obstante, parte significativa dos processualistas radicalizou, restringindo o conceito de tutela cautelar apenas às medidas de conteúdo conservativo, ampliando em contrapartida o conceito ainda difuso para a maioria dos operadores do direito sobre tutela cognitiva sumária para abranger as medidas antecipatórias *tout court*. Além da hipótese revitalizadora do inciso II, do artigo 273, que sabidamente não era cautelar, porque, ao contrário, além de não cogitar do pressuposto do *periculum damnum* faz pressupor, objetivamente, com suficiência, que o abuso de defesa e o propósito manifestamente protelatório do réu indicam conhecimento prévio das questões de fato e de direito que informam a lide cognitiva, passou-se a insistir que seriam de cognição sumária também aquelas hipóteses genéricas amparadas nos pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum damnum irreparabile*.

28. Essa postura radical acabava com a fungibilidade entre medidas conservativas e antecipatórias que sempre caracterizou o regime cautelar. Tornou-se tormentoso determinar o conteúdo exato da medida de urgência desde logo, fosse porque o caso de urgência podia comportar temperamentos, fosse porque estava presente o risco constante do juiz entender como antecipatório o

que o requerente supôs fosse conservativo e vice-versa. E um equívoco na fórmula – se medida conservativa ou se medida antecipatória - tornou-se suficiente para ensejar o indeferimento da demanda, sob o argumento de que para cada fórmula correspondia uma técnica.

29. Em plena fase instrumentalista um equívoco na fórmula podia implicar na negação da jurisdição de urgência, à semelhança do que ocorria no direito romano antigo, cujo formalismo foi caricaturado e ridicularizado porque se o autor, em uma demanda sobre videiras cortadas, utilizava a expressão *arbor* ao invés de *vite*, perdia a ação. *Arbor et vite*, eis a questão que se repete no século dos anos 2000.

30. Não se justifica porém a permanência deste estado de incertezas sobre as tutelas cautelar e antecipatória de cognição sumária. Há necessidade de superação de certas resistências ideológicas e terminológicas, para que os processualistas utilizem uma linguagem comum para evidenciar a identificação, conceituação e funcionalidade e o regime jurídico dessas tutelas.

29. Conclusões : diversidade entre os regimes da antecipação sumária e da cautelaridade

1. O ponto de partida para se compreender as distinções entre os regimes jurídicos dos vários tipos de tutela, notadamente entre a tutela antecipatória de cognição sumária e a tutela cautelar, reside na compreensão que se deve ter sobre o sistema processual, desenhado pelo Código de Processo Civil, que apesar das relativizações que vem sofrendo com as mini-reformas, ainda compõe um sistema coerente que deve nortear a correta aplicação do direito processual civil aos casos concretos.

2. A dogmática jurídica que orientou o sistema processual brasileiro pode ser hostilizada pela importância que imprimiu à ordinarização e pelo isolamento que provocou entre o direito processual e o direito material, sob o influxo de uma neutralidade que supunha essencial para orientar a solução dos

conflitos em geral, independentemente da natureza ou relevância dos interesses em lide. Nem por isso pode ser desprezada como parâmetro ou referência que se tem para a compreensão dos fenômenos processuais, para se descobrir as carências que devem ser supridas e as virtudes que podem ser potencializadas ou revitalizadas até mesmo pela via interpretativa, em consonância com o ideário instrumentalista.

3. O padrão de tutela jurisdicional continua sendo o da ordinarização, caracterizada pelo isolamento das funções processuais cognitiva e executiva e pela valorização do processo de conhecimento em cognição exauriente com suas eficácias de declaração de certeza e da coisa julgada material para a definição de direitos subjetivos, como método que atende ao princípio constitucional da segurança jurídica (ampla defesa).

4. Há casos porém em que o princípio da ampla defesa culmina por comprometer outro princípio constitucional o da efetividade da jurisdição, que recomenda atuação jurisdicional para prevenir lesão a direito, o que não se compadece com respostas tardias e muitas vezes irreversíveis, que só admitirão o equivalente ressarcitório, inibindo a máxima potencialidade instrumental do processo que deve dar a quem tem um direito tudo aquilo que tem direito de conseguir.

5. Para equacionar o estado de tensão entre esses dois princípios, da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição, existe o princípio constitucional do devido processo legal, que autoriza tutelas diferenciadas, como a tutela de cognição sumária e a tutela cautelar, que faz o legislador idealizar procedimentos que tendem a compensar os ganhos imediatos em efetividade, com ampliação de oportunidades ulteriores para verificação ou confirmação da segurança jurídica.

6. A tutela antecipatória de cognição sumária é uma variante excepcional e prodigiosa da tutela primária cognitiva e ordinarizada, incidindo também na tutela de direitos subjetivos, pela via da sumarização, que pressupõe um regime jurídico próprio, diante das seguintes razões e características:

a) *cognição sumária* indica cognição não exauriente, isto é, com subversão do contraditório, mas ainda assim vocacionada a tutela de direitos subjetivos primários, pressupondo definição antecipada e geralmente combinada com a execução desses direitos;

b) *razões de política processual* levam o legislador, com base no princípio do devido processo legal, enquanto esse representa a síntese da conciliação entre os princípios da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição, a evitar o *periculum in mora* peculiar à ordinarização, prevendo situações em que pode evitar o abuso de defesa ou o custo do processo de cognição exauriente em face da natureza ou relevância de certas causas, prevendo pressupostos que autorizam a antecipação de tutela;

c) *tipicidade* é a marca registrada das antecipações sumárias, pois somente pode ocorrer nas hipóteses de direito estrito, expressamente previstas pela lei, posto que, sendo excepcionais ao padrão da ordinarização, propõe-se a definir e realizar direitos subjetivos primários, donde a necessidade de estabelecer mecanismos de compensação para a integração do contraditório, para não ofender o princípio da segurança jurídica e ainda assim atender ao princípio da efetividade da jurisdição;

d) *pressupostos regrados*, vinculativos da antecipação constituem outra característica ineliminável das antecipações sumárias, tanto que essas antecipações não deixam margem à discricionariedade do juiz. para a identificação de fatos materiais ou processuais, peculiares a certas classes de pretensões ou lides, selecionando o próprio legislador esses fatos, cabendo ao juiz verificar se os mesmos estão presentes, não lhe cabendo qualquer juízo sobre a aptidão dos fatos previamente selecionados pela lei aos fins da antecipação, tanto que os pressupostos não se baseiam ordinariamente em dados fluidos, com conceitos vagos ou indeterminados, como a identificação de *fumus* ou de *periculum damum irreparabile* (que são pressupostos da tutela cautelar, residual);

e) *pressupostos explícitos de suficiência da cognição sumária, ainda que genéricos*, podem autorizar a definição e satisfação antecipada, quando o legislador deixa evidente que a antecipação tem por fim a repressão ao provável ou virtual abuso de defesa (ação monitória) ou ao abuso atual no caso concreto (artigo 273, II). Ainda nesses casos o fim é o de evitar o *periculum in mora* inerente à ordinarização, isto é, os riscos marginais da demora, não o perigo de dano irreparável, posto que esse configura elemento de uma nova lide e um complicador para a cognição sumária;

f) *atuação sobre a mesma lide* que pode ser objeto da demanda de cognição exauriente, cuja lide é solucionada com antecipação em face da subversão do contraditório padronizado pela ordinarização, pois o provimento é emanado antes de se completarem as oportunidades para as partes deduzirem suas razões ou antes de completadas as oportunidade de amplo debate pelas partes sobre todas as razões já deduzidas;

g) *eficácia da presunção de certeza do direito definido ou satisfeito por antecipação* constitui-se em outra característica peculiar aos provimentos antecipatórios de cognição sumária, o que significa que têm aptidão para definir e realizar direitos subjetivos, mas não podem, apesar da presunção, antecipar as eficácias próprias da cognição exauriente, como a eficácia da declaração de certeza que permite a emanção de conteúdos e efeitos meramente declaratórios, constitutivos ou condenatórios. Consequentemente, os provimentos de cognição sumária não sofrem a incidência da eficácia da coisa julgada material, tanto que somente pode antecipar efeitos naturais, fáticos equivalentes aos efeitos negativos ou positivos das declarações, constituições e condenações;

h) *antecipação específica na medida da presunção* é o que se dá nesses casos, pois se o legislador autoriza, diante de certos pressupostos que induzem objetivamente à presunção do interesse como direito subjetivo, não poderá o juiz definir ou satisfazer o interesse assim privilegiado em medida menor do que aquela que foi autorizada pelo legislador, nem como medida alternativa em face do princípio da congruência que tem aplicação também na variante sumária da

cognição, não se aplicando o regime da fungibilidade previsto no § 4º do artigo 273 e no § 3º do artigo 461;

i) *estabilidade dos provimentos de cognição sumária*, pois o que justifica o sistema de presunção de direito subjetivo é o interesse do ordenamento em tornar estável o provimento, que nasce então com essa aptidão, na expectativa de manter a estabilidade do provimento até que essa presunção seja confirmada ou elidida por um provimento de cognição exauriente, não se aplicando aos provimentos de cognição sumária o regime da variabilidade previsto no § 4º do artigo 273 e no § 3º do artigo 461;

j) *presunção de certeza relativa* dos provimentos sumários interinais, no plano endoprocessual, tanto que a estabilidade do provimento com a eficácia dessa presunção deve permanecer intangível, até que a presunção seja elidida ou confirmada com o provimento de cognição exauriente no mesmo processo, cujo provimento sucessivo recebe a eficácia da declaração de certeza e em consequência a eficácia da coisa julgada material;

k) *presunção de certeza absoluta* dos provimentos sumários finais em procedimentos absolutamente sumarizados do tipo injuncional ou monitório, no plano endoprocessual, tanto que a estabilidade do provimento deverá ser mantida sob a eficácia da presunção até que essa seja elidida ou confirmada através de provimento de cognição exauriente em outro processo ou ação impugnativa, sob a iniciativa e ônus da contraparte;

l) *possibilidade de revisão ou suspensão dos provimentos sumários* através dos recursos cabíveis e excepcionalmente a possibilidade de suspensão do provimento sumário através de medida cautelar, inclusive para incoação de outra providência reputada adequada, em face de concretas razões de perigo de dano irreparável e de *fumus boni iuris*, esse tomado na perspectiva da plausibilidade das razões que podem dar sustentação ao provimento sucessivo de cognição exauriente.

7. A tutela cautelar, por sua vez, não pode ser tida como espécie de cognição sumária ou sumaríssima, o que sugeriria que se trata também de uma

variante da cognição ordinarizada para a definição e realização assecuratória dos interesses da lide cognitiva como direitos subjetivos. As razões e características que balizam seu regime jurídico são as seguintes:

a) *fundamento da pretensão cautelar no direito material de cautela, subsidiário*, com raiz constitucional, ante a necessidade de conciliação dos princípios da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição (devido processo legal), o que legitima o seu exercício para a atuação autônoma do *fumus boni iuris*, como bem juridicamente protegido pelo ordenamento enquanto *fumus*, para o fim de preservar, não a segurança de um processo principal que pode nem existir, mas de preservar ou resgatar finalisticamente a idealidade de interesses materiais plausíveis correlativos ao *fumus* ou, instrumentalmente, a idealidade de outros interesses materiais relevantes da parte, para que conservem a inteireza possível para eventual e oportuna realização como direitos subjetivos, se afinal revelarem essa qualidade no plano das realizações do direito material ou no plano das definições através das tutelas primárias, cognitiva e executiva;

b) *cognição cautelar especial*, que incide sobre a investigação do direito subsidiário de cautela no caso concreto, não se tratando de mera cognição sumária para definição e realização antecipada de um direito subjetivo primário;

c) *imprescindibilidade da tutela residual cautelar* nos ordenamentos dos estados democráticos, para atuar autonomamente o direito material de cautela (pretensão cautelar), para evitar a exasperação de conflitos de interesses e imprimir regulação temporária ao *fumus boni iuris*, como condição ineliminável de pacificação e de prevenção *pan-processual* a interesses juridicamente relevantes e periclitantes, em situação extrema de risco de dano iminente, diante insuficiência da tutela normativa e das tutelas jurisdicionais primárias para essa atuação supletiva e integrativa do ordenamento a nível jurisdicional, não assumindo, pois, ontologicamente, a característica da acessoriedade ou dependência em relação a uma tutela jurisdicional primária.

d) *pressupostos genéricos de 'fumus boni iuris' e de 'periculum in mora' qualificado pelo 'periculum damnum irreparabile'* constituem a marca registrada da tutela cautelar, residual, que atua em situações de extrema urgência, quando as tutelas primárias e normatizadas, inclusive nas modalidades sumárias que têm pressupostos típicos apenas, não têm condições para atuar o *fumus* como direito subjetivo certo ou presumido como certo para salvar do perigo de dano irreparável e iminente os interesses relevantes correlativos ao *fumus* ou dependentes da atuação do próprio *fumus* para a sua salvação. O *periculum in mora*, enquanto traduz o risco normal ou eventual de danos marginais em face da demora ineliminável da tutela ordinarizada pode legitimar as situações típicas de antecipação sumária, mas é o *periculum in mora* qualificado pelo *periculum damnum irreparabile* que legitima a atuação atípica, residual da tutela cautelar;

e) *atipicidade* das situações cautelandas justifica a existência de um direito geral de cautela da parte correlativo a um poder geral cautelar do juiz para apontar e reconhecer a existência do *fumus* em situação de *periculum damnum* nas hipóteses infinitas e mais inesperadas, podendo ser correlativo às mais variadas situações jurídicas plausíveis, seja um direito subjetivo, uma pretensão, uma ação ou até mesmo uma exceção substancial (do réu). Apesar dessa ineliminável atipicidade, a experiência poder levar o ordenamento a tipificar algumas providências em situações específicas de urgência (*periculum damnum*) para atuação do *fumus* enquanto *fumus*;

f) *autonomia da lide cautelar*, posto que a tutela cautelar não incide sobre a mesma lide cognitiva como ocorre com as antecipações sumárias. A lide cautelar goza, ontologicamente, de autonomia estrutural e funcional. Estruturalmente a lide cautelar decorre de uma pretensão cautelar, fundada no direito material de cautela, subsidiário, inserida em uma causa de pedir especialíssima, assentada nas concretas razões de *fumus* e de *periculum damnum*, visando, funcionalmente, obter a atuação autônoma do *fumus* enquanto *fumus*, sem eliminar o estado de incerteza sobre os interesses que animam a lide, apenas

preservando ou resgatando a idealidade de interesses relevantes, consoante a objetividade jurídica do direito de cautela no caso concreto. O fundamento da pretensão, centrado na alegação do direito de cautela e não na afirmação de direito subjetivo (mesmo porque a tutela cautelar só pode ontologicamente definir e atuar *fumus* e não direitos subjetivos), mais a alegação de *periculum damnum*, que se reporta a fatos que não interessam à solução da lide cognitiva e, ainda, eventualmente o fato dos interesses a serem preservados ou resgatados em sua idealidade corresponderem a outros interesses que não o *fumus* que é atuado instrumentalmente nesses casos, tudo exigindo avaliação (*notio*) sobre questões estranhas à lide cognitiva, evidenciam essa autonomia da lide cautelar;

g) *atuação discricionária, não regrada, do juiz* na aferição dos pressupostos da tutela cautelar é uma constante. Ressalvados os casos típicos em que o legislador identifica os pressupostos vinculando o juiz à decretação de uma medida nominada, em face de uma lide manifestamente cautelar e que, ainda assim, comporta ajustes na adequação da medida às peculiaridades do caso concreto, em face da natureza residual da tutela cautelar, cabe ao juiz identificar nos pressupostos apontados pelas partes se efetivamente denotam uma situação de *fumus* e de *periculum damnum*, não se limitando a verificar a ocorrência de pressupostos objetivos ou regradados como faz para a emanção de provimentos de cognição sumária;

h) *prova inequívoca da verossimilhança* referida no *caput* do artigo 273 não traduz nenhuma objetividade ou suficiência que induza, por si só, tratar-se de um pressuposto para autorizar antecipação sumária, pois diz menos do que o enunciado do artigo 798 que, legitimando formalmente o poder geral de cautela, sempre designou o estado de *fumus boni iuris* pela locução “direito” passível de lesão grave ou de difícil reparação -, que substantivamente é mais enfática do que *prova inequívoca da verossimilhança* para autorizar a concessão de cautelas conservativas ou antecipatórias. Ademais prova inequívoca da verossimilhança da alegação somente pode corresponder a um conceito processual de que é exigível prova já constituída no processo para o

juiz conceder a tutela antecipatória, seja a cautelar do inciso I, seja a de cognição sumária do inciso II, do artigo 273, cuja exigência pode, não obstante, ser afastada em sede cautelar, em casos concretos de extrema urgência, diante da natureza absolutamente residual da função, que sob essa ótica residual ou de subsidiariedade encontra a sua raiz constitucional - o que também autoriza a superação, em casos concretos, de outras eventuais limitações impostas por lei ao poder de acautelar, pois cada limitação só pode ser considerada legítima ou não diante de um caso concreto, em atenção às condições e à natureza dos interesses periclitantes, que nem sempre coincidem com o *fumus* sobre o qual se pretendeu conferir certa limitação. A equiparação que por vezes se quer estabelecer entre prova inequívoca de verossimilhança e direito líquido não serve como elemento indicativo de certeza ou quase certeza, pois direito líquido e certo também constitui um conceito processual para designar a exigência de prova pre-constituída para propiciar o exame do direito invocado em mandado de segurança, de modo a dispensar a dilação probatória, não sendo indicativo de direito incontroverso ou inequívoco;

i) *fungibilidade, adequação e suficiência dos provimentos cautelares antecipatórios e conservativos* correspondem também a características geneticamente ligadas a essa peculiar tutela cautelar, que se compraz em atuar sobre o *fumus* na medida da necessidade, para decretar providências adequadas (sob medida), suficientes, conservativas, antecipatórias, alternativas, equivalentes, para afastar o perigo de dano irreparável, em torno dos interesses periclitantes;

j) *temporiedade, variabilidade e instabilidade do provimento cautelar*, pois ao contrário do que se dá com as tutelas primárias (cognitiva e executiva) e suas variantes de sumarização, cujos provimentos aspiram a estabilidade porque definem e realizam direitos subjetivos com eficácias de declaração ou presunção de certeza, os provimentos cautelares são essencialmente temporários e instáveis. São temporários porque não podem durar mais do que a situação de *fumus* ou de *periculum damnum* que lhes dão sustentação. Desaparecendo a

situação de perigo ou desvanecendo-se a situação de *fumus*, o provimento cautelar deve desaparecer, devendo então ser revogados, antes mesmo de eventual decisão cognitiva em lide cognitiva incidente sobre os mesmos interesses, com outra causa de pedir e outro pedido. Todavia, enquanto perdurar a situação de *fumus* conjugada com a situação de *periculum damnum* a tutela cautelar permanece atuando, podendo alterar o conteúdo e efeitos dos provimentos, quando não, substituir uma medida pela outra, tudo dependendo do variar das circunstâncias quanto ao *fumus* e ao *periculum*, notadamente quando, paralelamente à tutela cautelar existe uma tutela cognitiva envolvendo os mesmos interesses, em diferentes dimensões. Assim, as regras contidas no § 4º do artigo 273, no § 3º do artigo 461, em sintonia com as regras do Livro III do Código, contêm características do regime da cautelaridade e não das antecipações sumárias (não se aplicando por isso à hipótese do inciso II do artigo 273);

k) *dependência circunstancial da lide cautelar à lide cognitiva*, pode ocorrer nas hipóteses em que, havendo o fenômeno concomitante da inter-relação de lides, incidindo sobre os mesmos interesses, mas com diversidade de fundamento, de causa de pedir, de lide e de fim, o ordenamento processual positivo, como o ordenamento processual brasileiro, exige que se estabeleça a referibilidade entre as ações, demandas e lides. Essa exigência apenas pode ser justificada por razões de política processual, na perspectiva de que o ordenamento visa precipitar os efeitos temporários e instáveis do provimento cautelar com a regulação definitiva dos interesses na dimensão do direito subjetivo, se porventura a situação de perigo e de *fumus* perdura até a decisão da lide cognitiva. Não se trata de exigência ontológica para explicar a jurisdicionalidade e funcionalidade da tutela cautelar, porque nem sempre ocorre o fenômeno da inter-relação de lides e, quando ocorre, inexistente a necessária correlação de meio e fim entre o provimento cautelar e o provimento definitivo porque aquele nem sempre estará protegendo a eficácia do provimento

definitivo, pois não é esse o seu fim, senão o da tutela autônoma do *fumus*, enquanto *fumus*;

l) *fungibilidade de técnicas* para requerer e obter medidas cautelares, consoante haja o não o fenômeno da inter-relação da lides cautelar com a lide cognitiva, podendo a parte utilizar, além da técnica da ação cautelar antecedente ou incidente prevista no Livro III, a técnica da ação cumulativa inicial ou ulterior do inciso I, do artigo 273 (e § 3º do artigo 461), tudo dependendo do interesse processual no caso concreto, cujo interesse há que ser visto tanto sob a perspectiva da parte, como sob a preceptiva oficial, sendo certo que, tratando-se de tutela de urgência sempre deverá haver adequação do procedimento até mesmo *ex-officio*, com base no artigo 797, sob pena de negar jurisdição e ofender interesses de ordem pública, sendo ainda possível a combinação proveitosa das técnicas. Assim, em caso de extrema urgência, nada impede que a parte ingresse com o pedido autônomo de tutela cautelar e, oportunamente, no prazo de 30 dias para conservar a eficácia da medida obtida (artigo 806 e 808, I, do CPC) ajuíze o pedido cognitivo, requerendo que sejam reunidos os pedidos no mesmo processo para que prossigam em *simultaneus processus*. Não será recomendável a técnica da cumulação inicial ou ulterior quando a prova, notadamente a prova do *periculum*, que porventura se referir a outros interesses relevantes que dependem da atuação instrumental do *fumus*, puder conturbar o normal desenvolvimento processo cognitivo;

m) *satisfatividade* da pretensão cautelar sempre ocorrerá com o provimento concessivo da cautela que atuar sobre o *fumus* através de medidas conservativas ou antecipatórias, desde que sejam adequadas e suficientes para preservar ou resgatar a idealidade dos interesses periclitantes. Subsiste no ordenamento brasileiro as chamadas ações cautelares satisfativas, que realizam a pretensão cautelar satisfazendo os interesses correlativos ao *fumus*, quando essa é a medida adequada e suficiente para preservar ou resgatar a sua idealidade, ainda que de modo temporário e instável. Cogitar de satisfatividade jurídica apenas quando há tutela cognitiva para realização de direitos subjetivos em cognição

exauriente e de satisfatividade fática, quando se realiza o direito subjetivo pela via da cognição sumária importa apenas em uma questão conceitual, em um plano *pan-processual*, o que não impede se cogitar então da satisfatividade cautelar, mediante medidas conservativas ou antecipatórias, as quais, aliás, podem variar de conteúdo e de efeitos com o variar das circunstâncias, enquanto perdura o *fumus* e o *periculum damnum*;

n) *irreversibilidade dos efeitos fáticos* pode significar um limite absoluto para as antecipações sumárias do inciso II do artigo 273, que dependem de integração com base em critério de suficiência de cognição e que admitem antecipação interinal na perspectiva de repressão abuso de defesa ou de intuito protelatório do réu, mas não significa um limite absoluto para a concessão de medidas cautelares, em face da natureza subsidiária do direito de cautela e da natureza residual das função, que em casos de extrema urgência e para resgatar a idealidade periclitantes, deve promover um juízo de proporcionalidade sobre os interesses em lide, inclusive mediante um juízo de proporcionalidade entre irreversibilidade fática incidente sobre os interesse do autor se não decretar a medida e a irreversibilidade fática incidente sobre os interesses do réu se decretar a providência, para deferir ou não a cautela, observando que na perspectiva do movimento instrumentalista há que se interpretar o direito e assim também o *fumus* em condições eticamente aceitáveis, o que exige a máxima prudência para se evitar sacrifício de possíveis direitos absolutos, não patrimoniais.

o) *eficácia meramente mandamental ou executiva* dos provimentos cautelares quer designar que tais provimentos não são precedidos de eficácia declaratória de certeza ou de presunção de certeza na definição e realização de interesses como direitos subjetivos, tanto que a carga declaratória que podem conter diz respeito apenas à existência do estado de *fumus* ou à declaração de que permanecem incertos os interesses na perspectiva do direito subjetivo. Será mandamental ou executivo *lato sensu* o provimento consoante o resultado prático determinado pelo juiz no provimento cautelar possa ser assegurado, em

face de eventuais resistências do destinatário das ordens, por meios coercitivos ou subrogatórios.

p) *contracautela* configura a providência imposta ao demandante, consubstanciada em caução ou outra medida como a ordem para a prática ou para a abstenção de algum ato, cuja providência compõe, juntamente com a medida conservativa ou antecipatória, cujos efeitos devem ser suportados pelo demandado, a justa resposta à mesma pretensão cautelar, não configurando uma medida autônoma, concedida *ex-officio* pelo juiz, ressalvadas as hipóteses em que no curso de um processo imponha ao autor, independentemente de um pedido cautelar de qualquer das partes, a prestação de caução ou outra providência, *ex-officio*, para assegurar, em situações excepcionais (artigo 797 do CPC) interesses possivelmente indisponíveis do réu. Mas aí o que se terá será uma medida cautelar *ex-officio* em favor do réu e não uma contracautela propriamente dita. Enfim, a cautela e contracautela compõe a síntese da medida adequada e suficiente para o caso concreto, podendo a contracautela ser deferida de modo simultâneo ou sucessivo à cautela, em face da variabilidade comum ao regime das medidas cautelares;

q) *responsabilidade civil objetiva* imposta pelo ordenamento ao demandante que obteve e executou medida cautelar pelos prejuízos que possa ter causado ao demandado (artigo 811) não difere substancialmente da responsabilidade imposta pelo ordenamento ao demandante de tutela cognitiva ou executiva que executou provisoriamente a decisão ou o título (artigos 574 e 588, I do CPC 588), quando pelo provimento de cognição exauriente transitado em julgado se evidencia que o interesse prejudicado com a execução das medidas era o correspondente ao direito subjetivo, com eficácia declarativa de certeza e coisa julgada material. Trata-se responsabilidade objetiva porque prescinde de culpa do demandante, tanto que as execuções de provimentos judiciais correspondem sabidamente a atos lícitos, ressalvada a responsabilidade subjetiva e agravada da parte por dolo processual. Sendo objetiva, embora dispense a culpa e prova da culpa, essa responsabilidade, para tornar-se efetiva, exige a

demonstração do dano jurídico. E a demonstração do dano jurídico não se dá automaticamente com a cessação da eficácia da medida cautelar. Há necessidade do prejudicado ajuizar ação de cognição exauriente para que se reconheça a existência do dano em face de direito subjetivo (*an debeat*) para então perseguir a liquidação (*quantum debeat*).

BIBLIOGRAFIA

ALLORIO, Enrico. *Per una nozione del processo cautelare*. In: *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova: Cedam, n. 4, p. 18-44, 1936.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Código de Processo Civil reformado*. 2. ed. rev. e atual., Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

_____. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Processo de execução*. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, n. 246, p. 51-62, abr./jun. 1974.

_____. *Medidas cautelares inominadas*. In: *Revista de Direito Processual*, Rio de Janeiro: Forense, n. 57, p. 33-90, 1988.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

ARIETA, Giovanni. *Funzione non necessariamente anticipatoria dei provvedimenti ex art. 700 C.P.C.* In: *Rivista di Diritto Processuale*, p. 602-603, 1984.

ARMELIN, Donaldo. *A tutela jurisdicional cautelar*. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 23, p. 11-138, 1985.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Anotações sobre alguns aspetos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós. Evolução da cautelaridade e suas reais dimensões em face do instituto da antecipação de tutela. As obrigações de fazer e não fazer. Valores dominantes na evolução dos nossos dias.* In: Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 97, p. 51-106, jan./mar. 2000.

BARROS, Hamilton de Moraes e. *Breves observações sobre o processo cautelar e sua disciplina no Código de Processo Civil de 1973.* In: Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, n. 246, p. 201-206, 1975.

BARBI, Celso Agrícola. *Proteção processual dos direitos fundamentais.* In: Revista Brasileira de Direito Processual, Rio de Janeiro: Forense, n. 57, p. 13-32, 1988.

BAUR, Fritz. *Tutela jurídica mediante medidas cautelares.* Trad. Armindo Edgar Laux, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo.* São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência.* São Paulo: Malheiros, 1998.

BELNIAKI, Elisane, et alii. *O mandado de segurança e as novas técnicas de sumarização.* In: Revista Jurídica Themis, Universidade Federal do Paraná, Curitiba: [s.n.], n. 09, p. 79-94, 1996/1997.

BERMUDES, Sérgio. *A reforma do código de processo civil: observações à leis 8.950, 8.951, 8.952, 8.953 de 13 de dezembro de 1994*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

BÜLLOW, Oskar Von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein, Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-Americana, 1964.

BUZUID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1956.

CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery, v. I. Campinas: Bookseller, 1999. 3 v.

_____. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936.

_____. *Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti (II- Lite e processo)*. In: *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova: Cedam, n. 5, p. 89-98, 1928.

CALVOSA, Carlo. *La tutela cautelare (profilo sistematico)*. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1963.

_____. *Provvedimenti d'urgenza*. In: *Novissimo Digesto Italiano*, Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, vol. XIV, p. 444-461, 1957.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Grace Northfleet, Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Considerações sobre o processo e o juizado de pequenas causas*. In: Revista de Processo, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 51, p. 23-27.

CARNELUTTI, Francesco. *Lite e funzione processuale (postilla)*. Rivista di Diritto Processuale Civile, Padova: Cedam, n. 5, p. 23-37, 1928.

_____. *Lite e processo (postilla)*. Rivista de Diritto Processuale Civile, Padova: Cedam, n. 5, p. 99-105, 1928.

_____. *Sistema del diritto processuale civile*. Vol. I, Padova: Cedam, 1936.

_____. *Tratatto del processo civile – diritto e processo*. Napoli: Morano Editore, 1958.

_____. *Instituições do Processo Civil*. Trad. Adrián Sotero De Witt Batista., v. I e III, Campinas: Servanda, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 1 e 2. Trad. J. Guimarães Menegale, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1969. 3 v.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. ampl. e atualiz., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.

COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. *Medidas preventivas: medidas preparatórias – medidas de conservação*. 2. ed. Belo Horizonte: Bernardo Álvares Editora, 1958.

COUTINHO, Jacinto N. Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá Editora, 1989.

CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *A lide cautelar o processo civil*. Curitiba: Juruá, 1992.

_____. *O direito material de cautela*. Separata da Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, n. 23, p. 111-121, 1994.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

_____. *A reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. e ampl. com a nova disciplina do Agravo, São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Execução civil*. 6. ed. rev. e atualiz., São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *O conceito de mérito em processo civil*. In: Revista de Processo, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 34, p. 20-46, 1984.

DINI, Enrico A.; MAMMONE, Giovanni. *I provvedimenti d'urgenza*. 7. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1997.

DOMINGUEZ, Miguel Serra; MENDES, Francisco Ramos. *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Barcelona: Industrias Graficas M. Pereja, 1974.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá Editora, 1991.

FIGUEIRA, Joel Dias. *Liminares nas ações possessórias*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FORNACIARI JR., Clito. *A reforma processual civil, artigo por artigo*. São Paulo: Saraiva, 1996.

FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência: fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. (org.). *Inovações do Código de Processo Civil*, segunda tiragem, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed., vol. VIII, tomo I., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Função e processo cautelar: revisão crítica*. In: AJURIS, v. 14, n. 56, p. 5-13, nov. 1992.

_____. *Processo cautelar*. In: Revista de Processo, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 44, p. 186-194, out./dez. 1986.

LANCELOTTI, Franco. *Osservazione critiche intorno all'autonomia processuale della tutela cautelare*. In: Rivista di Diritto Processuale Civile, Padova: Cedam, n. 16, p.232-271, 1939.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 4. ed., vol. I, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1980.

_____. *Processo de execução*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. *Unità del procedimento cautelare*. In: *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova: Cedam, n. 9, p. 248-254, 1954.

_____. *O despacho saneador e o julgamento de mérito*. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, n. 104, 1945.

MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. *Tutela antecipada*. 2. ed., São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 4. ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

_____. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

_____. (Coord.). *O processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá Editora, 1994.

MARINS, Victor A. A. Bomfim. *Comentários ao código de processo civil*. V. 12, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 2. ed., v. IV, Campinas: Millennium, 1998. 4 v.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Limites ao poder do juiz nas cautelares antecipatórias*. In: Revista Brasileira de Direito Processual, Rio de Janeiro: Forense, n. 56, p. 43-52, 1987.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo XII, Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. *Tratado das ações*. Tomo I, Campinas: Bookseller, 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. 2. ed., primeira série, São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Novo processo civil brasileiro*. 19 ed. rev. e atualiz., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. *Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo*. In: Revista de Processo, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 49, p. 7-14, 1988.

_____. *A estrutura do novo Código de Processo Civil*. In: Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, n. 246, p. 34-42, 1975.

_____. *As reformas do Código de Processo Civil: condições de uma avaliação objetiva*. In: Revista de Direito Processual Civil, Curitiba: Genesis, n. 2, p. 338-346, maio/ago. 1996.

_____. *A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil*. In: Revista de Processo, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 81, p. 198-211, jan./mar. 1996.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Efetividade e processo de conhecimento*. In: *Revista de Processo*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 96, p. 59-69, out./dez. 1999.

_____. *Alcance e natureza da tutela antecipatória*. In: *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães*, Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PASSOS, J.J. Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. X, tomo I, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984.

_____. *Inovações no Código de Processo Civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil anotado*. 5. ed. rev. e atual., v. III, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

PISANI, Andrea Proto. *Introduzione: Breve premessa a un corso sulla giustizia civile*. In: *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, Cacucci Editore, 1982.

_____. *I rapporti fra diritto sostanziale e processo*. In: *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, Cacucci Editore, 1982.

_____. *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 C.P.C.* In: *Appunti sulla giustizia civile*, Bari: Cacucci Editore, 1982.

_____. *Problemi della c. d. tutela giurisdizionale differenziata*. In: *Appunti sulla giustizia civile*, Bari: Cacucci Editore, 1982.

_____. *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 C.P.C.* In: *Appunti sulla giustizia civile*, Bari: Cacucci Editore, 1982.

_____. *Chiovenda e la tutela cautelare*. In: *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova: Cedam, n. 43, p. 16-34, 1988.

_____. *La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell'ordinamento italiano*. In: *Revista de Processo*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 90, p.22-35, abr./jun. 1998.

REALE, Miguel. *Noções Preliminares de Direito*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 1980.

ROCCO, Ugo. *Trattato di diritto processuale civile*. Vol. V, Torino: Unione Editrice Tipografico Torinese, 1959.

ROCHA, José de Moura. *Exegese do Código de Processo Civil*, v. VIII, Rio de Janeiro: Aide Editora, 1981.

SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Antecipação da tutela satisfativa na doutrina e na jurisprudência*. In: *Revista de Processo*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 195-212, jan./mar. 2000.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. Vol. 1, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1978, p. 32.

SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1957.

SEGNI, Antonio. *Giurisdizione (in generale)*. In: *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, v. VII, p. 985-993, 1957.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 4. ed. rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. 3 v.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed., vol. XI, Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1986.

_____. *Do processo cautelar*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Jurisdição e execução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

_____, GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *As ações cautelares e o novo processo civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1974.

_____. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

_____. *Teoria da ação cautelar*. In: *Revista de Processo*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 59, p. 187-200, 1990.

SOARES, Fernando Luso. *Do processo civil de declaração*. Coimbra: Livraria Almedina, 1985.

TARZIA, Giuseppe. *Atti del colloquio internazionale su Les mesures provisoires en procedure civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1985.

_____. *Considerazione comparative sulle misure provvisorie nel processo civile*. In: *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Padova: Cedam, n. 40, p. 240-254, 1985.

_____. *Rimedi processuale contro i provvedimenti d'urgenza*. In: *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Padova: Cedam, n. 41, p. 35-69, 1986.

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

TELLES JUNIOR, Godofredo. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 18, São Paulo: Saraiva, 1977.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. *Antecipação de tutela em ações declaratórias e constitutivas*. In: *Revista de Processo*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 94, p. 24-33, abr./jun. 1999.

_____. *Processo cautelar*. 8. ed. rev. e atual., São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, 1986.

_____. *As inovações no Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1987.

_____. *Tutela de segurança*. In: Revista de Processo, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 88, p. 9-30, out./dez. 1997.

THEOTONIO NEGRÃO. (organização, seleção e notas). *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 30. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

WAMBIER, Teresa Celina Arrunda Alvim (Coord.) *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Os agravos no CPC brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____, NERY JR, Nelson (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

ZANZUCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1947.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante*. In: Revista de Processo, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 82, p. 53-69, abr./jun. 1996.