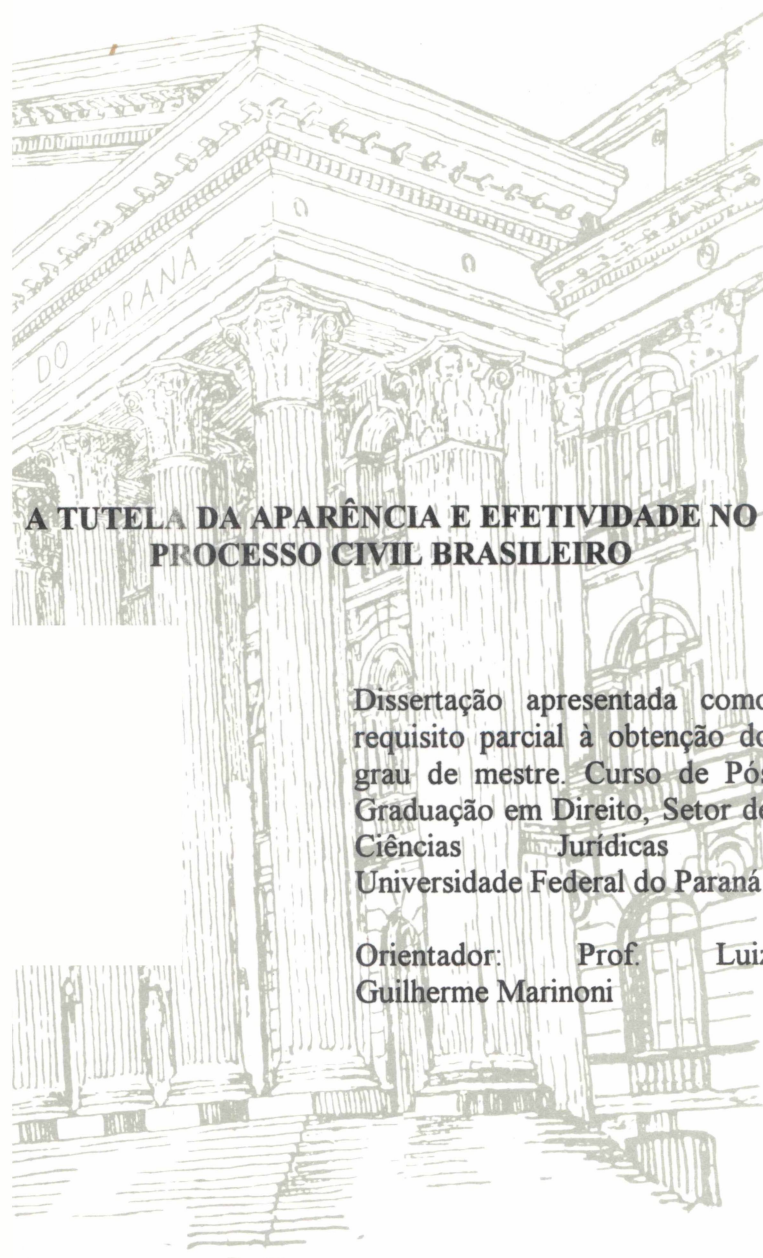


DANTON NOVAIS FILHO



**A TUTELA DA APARÊNCIA E EFETIVIDADE NO
PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada como
requisito parcial à obtenção do
grau de mestre. Curso de Pós
Graduação em Direito, Setor de
Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Luiz
Guilherme Marinoni

**CURITIBA
1995**

DANTON NOVAIS FILHO

**A TUTELA DA APARÊNCIA E EFETIVIDADE NO
PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

Dissertação aprovada como requisito parcial do grau de mestre do Curso de Pós Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelos professores:

Orientador: Prof. Luiz Guilherme Marinoni
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Prof.: Alcides Alberto Munhoz da Cunha
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Prof.: Luiz Fux
Universidade Estadual do Rio de Janeiro

Curitiba, 05 de Maio de 1995

Em memória de Danton Novais e Érico Novais, pai e tio, a
minha esposa, Ione, e aos meus filhos, Patrícia, Érico e
Michele Novais.

AGRADECIMENTOS

Meus agradecimentos aos funcionários da Biblioteca de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná-UFPR, ao Orientador Professor Luiz Guilherme Marinoni e aos colegas Lincoln Fagundes e Werner Aumann e Sadi Bonatto, pelo apoio proporcionado.

Agradecimento especial a Bráulio José Gomes, cujos conhecimentos em informática tornaram possível a apresentação deste trabalho.

***“Aqui está o busílis:
Alinhar palavras é fácil; mais difícil
é alinhar idéias”.***

João Gaspar Simões

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	2
2 PROLEGÔMENOS.....	6
2.1 DA APARÊNCIA DE QUE SE TRATA	6
2.2 PRETENSÃO À TUTELA JURÍDICA DA APARÊNCIA.....	9
2.3 A TUTELA DA APARÊNCIA - VERDADE E VEROSSIMILHANÇA.....	14
2.3.1 EXIGÊNCIA PARA CONCESSÃO DA TUTELA DA APARÊNCIA.....	21
2.3.1.1 Periculum in mora e sua prova	21
2.4.FINALIDADE DA TUTELA DA APARÊNCIA	37
2.5 DIREITO SUBSTANCIAL DE CAUTELA.....	40
3 O PODER CAUTELAR GERAL	47
3.1 EVOLUÇÃO.....	48
3.2 CABIMENTO.....	57
3.3 FORMA DE SUA MANIFESTAÇÃO	61
3.3.1 Tutela Cautelar Ex Officio.....	61
3.4 EXTENSÃO	66
4 CARACTERÍSTICAS DA TUTELA DA APARÊNCIA.....	69

4.1 AUTONOMIA	72
4.2 NÃO-SATISFATIVIDADE	72
4.3 INSTRUMENTALIDADE	78
4.4 PROVISORIEDADE	83
4.4.1 Revogabilidade, modificabilidade e substitutividade.....	89
4.5 FUNGIBILIDADE	93
4.6 REVERSIBILIDADE.....	98
4.7 SUMARIEDADE DA COGNIÇÃO	101
5 RESPONSABILIDADE.....	107
5.1 RESPONSABILIDADE PELA OUTORGA (OU NÃO) DA TUTELA DA APARÊNCIA ...	107
6 A TUTELA DA APARÊNCIA E EFETIVIDADE DO PROCESSO.....	116
6.1 INTRODUÇÃO	116
6.2 OUTORGA DA TUTELA DA APARÊNCIA	118
6.2.1 Medida cautelar liminar inaudita altera parte.....	118
7 CONCLUSÕES.....	129
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	131

1 INTRODUÇÃO

A proteção à aparência não é novidade no direito processual civil brasileiro, à esteira do que tem ocorrido no direito alienígena. Na verdade, desde o direito romano, tal proteção, com maior ou menor ênfase, tem acontecido. Basta citar *l'operis novi nuntiatio*, a *cautio damni infecti* e *seqüestro*; o mesmo ocorre no direito contemporâneo, bastando lembrar aqui, em virtude da maior ligação com o nosso sistema - o direito francês (*jurisdiction des référée*), o direito italiano (*provvedimenti d'urgenza*) e o direito português (*procedimento cautelar*).

A importância do tema, na atualidade, quase fala por si, sendo suficiente verificar a enxurrada de medidas cautelares e pseudocautelares que têm sido outorgadas pelos juizes e tribunais brasileiros.

Contribuíram para isso, diversos fatores, mas é inegável que a preferência do Legislador, através da relevância que deu ao tema, no atual Código de Processo Civil, Livro III, destacando quase cem artigos para tratar do Processo Cautelar, foi fundamental.

Mas, a importância não fica nisso. Desenvolveu-se e atuou-se, de maneira incrível, o denominado Poder geral de Cautela, o qual, nada obstante existisse no Estatuto Processual de 1939, praticamente não era requerido pela doutrina, e, quando isto acontecia, encontrava não pouca resistência em seu deferimento pelos juizes.

Destarte, o estudo do tema extrapola as cercanias dos “produtores do serviço processual (juizes, advogados, promotores de justiça): é preciso levar em conta o modo como os seus resultados chegam aos consumidores desse serviço, ou seja, à população destinatária”,¹ pelas variantes político-econômicas indelétricas da jurisdição cautelar.

¹ CINTRA, A. C. de Araújo, GRINOVER, A. P., DINAMARCO, C. R. *Teoria geral do processo*, 7 ed. S. Paulo: RT, 1990, p. 44.

Os estudiosos, nada obstante referirem-se, dentro do processo cautelar, à tutela da aparência, na verdade, tratam-na como causa, como um dos requisitos para a concessão da tutela (*fumus boni iuris*), ignorando que ela aparência é o próprio objeto da tutela cautelar.

Na verdade, medeia, nesse campo, uma certa confusão, de vez que a aparência é algumas vezes requisitos, outras objeto da tutela, o que é, sem dúvida justificável, pela dificuldade em se separar os requisitos, do mérito da ação cautelar, dificuldade ocasionada pela urgência que obriga o magistrado a conhecer e decidir, mediante uma cognição relâmpago, em que o conhecimento e a decisão interpenetram-se de tal modo, que praticamente se conhece decidindo, ficando a questão da prova, quase que totalmente dependente do prudente arbítrio do julgador.

Nesse ponto, pois, o presente trabalho, sem qualquer pretensão de ineditismo (nem é o caso para os limites de uma dissertação), tem-na a aparência, como o objeto da tutela cautelar, retirando-se, desse modo, (à contramão da doutrina, bem se sabe), o “*fumus*”, dos requisitos, para colocá-lo como o objeto da proteção de que se trata.

Pretende-se, na presente dissertação, tratar da proteção (jurisdicional) da aparência dentro dos seguintes critérios e parâmetros:

Por primeiro, buscar-se-á um delineamento do que se entende , aqui, por “aparência”, evitando, destarte, levar a discussão para outros campos que, embora “parecidos”, não se enquadram nos precisos limites desta pesquisa.

Após, é necessário estabelecer (para desenvolvimento no corpo do trabalho), os requisitos, a extensão, finalidade e características dessa espécie de tutela.

Com esse desiderato, deve ser ainda esclarecido que a tutela jurídica da aparência será aqui discutida dentro do ordenamento jurídico processual civil cautelar brasileiro - o que não impedirá que se traga considerações de juristas estrangeiros, principalmente

italianos, por serem elas imprescindíveis ao desenvolvimento do tema a nível da doutrina nacional.

Realmente, sem trazer a lume estudos de CARNELUTTI, CHIOVENDA, CALAMANDREI, entre os precursores e, TOMASEO, além de outros, entre os mais recentes, o trabalho (já sempre incompleto), não poderia sequer ser encetado: faltar-lhe-ia o imprescindível embasamento teórico.

E dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a abordagem restringir-se-á ao processo civil cautelar inominado (*rectius*, inespecífico) regido pelos artigos 798/799 do Código de Processo Civil, onde se vislumbra o ainda mal compreendido (e mal aplicado) poder geral de cautela. E a restrição do campo de atuação deverá se aprofundar aos casos das concessões ou não, dos provimentos cautelares, liminarmente, inaudita altera parte, com as discussões doutrinárias daí originadas, principalmente a do problema da responsabilidade, sem descurar da duração, extensão, eficácia, referibilidade a um (eventual) processo principal.

O estudo, desse modo encetado, será concentrado no comportamento dos doutrinadores brasileiros, cotejando suas opiniões, dentro dos lindes aqui objetivados, com análise crítica. A pesquisa aqui desenvolvida o é do ponto de vista exclusivamente doutrinário.

Ao depois, já na segunda parte do trabalho, buscar-se-á desenvolver questões sobre a problemática (cruciante) da efetividade do processo, efetividade esta proporcionada pela tutela da aparência, trazendo para esta fase, discussões sobre o acesso à Justiça e sobre outras garantias permitidoras do cumprimento do escopo sócio-político jurídico do processo.

Por último, é oportuno consignar que, todo o desenvolvimento do presente trabalho leva em conta, na ponderação de valores, a teleologia das medidas cautelares, direcionada sempre para o desenvolvimento instrumentalista, na busca da efetividade processual.

2 PROLEGÔMENOS

2.1 DA APARÊNCIA DE QUE SE TRATA

Postergando para a segunda parte desta pesquisa o conceito e a problemática da efetividade, propõe-se, agora, a um conceito de aparência.

A palavra aparência, que conserva a mesma raiz no latim (*Apparentia*), no inglês (*Appearance*) e no francês (*Apparence*), modificando-se radicalmente no alemão (*Erscheinung*), teve, na história da filosofia, dois significados simetricamente opostos. Assim, significava: a) ato de ocultar a realidade; b) manifestação ou revelação da mesma realidade. Conforme o primeiro significado, a aparência vela ou obscurece a realidade das coisas, de modo que esta não se pode conhecer senão procedendo além da aparência e prescindindo dela. Pelo segundo significado, a aparência é o que manifesta ou revela a própria realidade, de modo que esta encontra na aparência, a sua verdade, a sua revelação. A partir do primeiro significado, conhecer significa liberar-se das aparências; a partir do segundo, conhecer significa confiar-se à aparência, deixá-la aparecer. No primeiro caso, a relação entre aparência e verdade é de contrariedade e de oposição; no segundo, é de semelhança ou de identidade.²

² ABBAGNO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 2.ed. São Paulo: Mestre Jou, 1982.

Assim, nada obstante não conter nenhuma garantia de verdade, é ela o ponto de partida para a pesquisa dela verdade, a qual, porém, só é reconhecida na sua necessidade, mediante o uso dos princípios do intelecto.

Dentre os significados da palavra no Dicionário Aurélio, tem-se, para a linha de conduta do presente trabalho, Aparência (Do lat. *apparentia*): Aquilo que se mostra à primeira vista, exteriormente; aspecto; Manifestação, total ou parcial da realidade.

Já para DE PLÁCIDO E SILVA³, aparente se diz de tudo o que é evidente ou manifesto. A servidão, diz, é aparente, quando os sinais dela são inequivocamente visíveis, pela utilização e uso efetivos do dono do prédio vizinho.

Para os objetivos e limites do presente trabalho, aparência é conceituada num sentido positivo-transitivo; positivo, porque, em vista da urgência de que se reveste tal proteção, torna-se impossível conhecer a essência e, é ela, aparência, que realmente é protegida; transitivo, porque, essa proteção é dada num sentido que, prescindível ainda um processo principal (essência), sua proteção dela aparência deixa ínsita uma idéia de transcendência que a supera (a asseguração *ad perpetuam rei memoriam*, ainda que não obrigue o seu autor a produzi-la em eventual processo principal e nem por isso perca a sua eficácia (art. 808 do CPC), é praticamente impossível não notar que essa ‘produção’ seria sua finalidade).

Assim, a tutela da “aparência” representa, para os objetivos do presente trabalho, um suposto interesse ou bem da vida que, em virtude da urgência com que se apresenta reclamando a manifestação jurisdicional, não pode ser conhecida e nem discutida em sua essência e, por isso, é protegida em si mesma, independentemente de existir ou não a essência.

³ SILVA, Oscar J. de Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense. 1967.

Pretende-se como correta, que a aparência, no seu sentido positivo, é o que tende a ser verdade, em face da inafastável cognição sumária a que é submetida, em virtude da urgência da tutela. Essa aparência', embora aconteça no processo (rectius, na ação), não é encarada como uma simples aparência processual à segurança (lide cautelar), pois a segurança só tem sentido (até por uma questão de lógica e teleologia), dentro da instrumentalização de que é inexoravelmente revestida, no sentido de assegurar alguma coisa, interesse, ação ou exceção.

Não é demais esclarecer que a tutela da aparência, nesta dissertação, é discutida e desenvolvida, dentro do processo cautelar, mediante a tutela cautelar propriamente dita (verdadeiras cautelares), pois que, pelo Processo Cautelar', instrumentaliza-se, no direito civil cautelar brasileiro, também a tutela antecipatória, outra espécie de tutela urgente.

Assim, não se discute aqui, a "aparência" da propriedade, contida nas possessórias, nem sobre outras espécies dela, defendidas ou protegidas mediante medidas antecipatórias (satisfativas), ainda que veiculadas pelo mesmo Processo Cautelar.

Destarte, a aparência é aqui, o *fumus boni iuris*, estudado como o objeto da proteção cautelar genuína e, a tutela da aparência é empregada como sinônimo de tutela cautelar (também denominada, por alguns, tutela à segurança, tutela preventiva ou tutela assegurativa) sendo a recíproca, também verdadeira.

Na doutrina, vê-se claro, em OVIDIO BAPTISTA, de que é ela aparência, que deve merecer a tutela cautelar, verbis:

Se suprimíssemos de um determinado ordenamento jurídico, a tutela da aparência, impondo ao julgador o dever de julgar somente depois de ouvir as partes,

⁴ Tem-se como verdade que a aparência, em qualquer ação (mesmo nas não cautelares), é sempre referida, até que se produza o acerto do direito em lide. Mas, só na ação cautelar ela pode ser outorgada, ainda quando o eventual direito é mera hipótese, na sumariedade da cognição que a urgência provoca.

⁵ Anova redação do art. 273 do cpc poderá permitir a mudança dessa assertiva, hoje incontestável.

permitindo-lhes a produção de todas as provas que cada uma delas fosse capaz de trazer ao processo, certamente correríamos o risco de obter, no final da demanda, uma sentença primorosa em seu aspecto formal e assentada num juízo de veracidade do mais elevado grau que, no entanto, poderia ser inútil, sob o ponto de vista da efetividade do direito reclamado pelo autor vitorioso.⁶ (Grifo do original).

E ainda, ...”ou não dispondo o ordenamento jurídico desta forma de **proteção da aparência**, por meio da qual se tutele um direito apenas provável”. ... (grifo do original).⁷

MARINONI tem a aparência como “pressuposto legitimador da própria cognição sumária”.⁸

2.2 PRETENSÃO À TUTELA JURÍDICA DA APARÊNCIA.

Pretensão, segundo PONTES DE MIRANDA, “é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa”. Ao posso’ do titular da pretensão, continua o mestre, há a correspondente obrigação do destinatário, pois ,para que pretensão haja, destinatário tem que haver.⁹

Nos primórdios da civilização, a pretensão podia (e era) realizável mediante a ação (de direito material), pois que não se formara, ainda, o Estado-jurisdição. Era a fase da autotutela, da justiça de mão própria.

ARRUDA ALVIM¹⁰ , com nota de rodapé remissiva a Blomeyer, informa que deveu-se a Marco Aurélio a proibição definitiva da “realização pessoal dos direitos privados” - a qual só em casos excepcionalíssimos pode ser efetivada; e mesmo assim, só admissível a autotutela quando exista expressa autorização legal.

⁶ SILVA, Ovídio Baptista. **Curso de processo civil**. Porto Alegre: Fabris, 1993, v. 3, p.12.

⁷ Id. Ibid. 1993, v. 3, p.12

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **tutela cautelar e tutela antecipatória**. Sao Paulo: RT, 1992, p. 55.

⁹ MIRANDA, F.C. Pontes de. **Tratado de direito privado: parte geral**, 4 ed. Sao Paulo: RT, 1983, Tomo V, p.451.

¹⁰ ALVIM, Arruda. **Tratado de direito processual civil**. 2 ed. Sao Paulo: RT, 1990, p.21

E prossegue ARRUDA ALVIM¹¹, explicando a permanência excepcional da autotutela:

Podemos afirmar que os casos residuais de autodefesa, atualmente existentes, repousam no fato de que, em tais hipóteses, terá ocorrido imprescindivelmente uma necessidade de acesso ao Judiciário, insuscetível de ter sido, como tal, realizada; a inadmissão, então de autotutela, viria a se constituir praticamente em óbice à defesa (=sobrevivência de um direito subjetivo) do direito. Pois, hipóteses há que só a defesa privada pode eficientemente evitar o dano. Ainda, a autotutela contemporânea sofre ulterior fiscalização por parte do Judiciário.

Mais tarde, com a proibição da autotutela¹² e consagração do monopólio Estatal da Justiça, deu-se a interposição do Estado para a solução dos conflitos intersubjetivos,

Destarte, entre a pretensão e sua realização, surgiu a “dilatio temporis”: a pretensão, antes resolvida quase que instantaneamente e sem a interferência do Estado, com a prevalência da vontade do mais forte, mediante a ação (de direito material)^{13, 14} passou, então, a ser submetida a análise dele Estado, mediante a “ação” (de direito processual).¹⁵

Nesse estado de coisas, quando a pretensão só perseguia a declaração, a condenação ou a constituição (decisões estas bem desenvolvidas dentro do progresso do Processo de

¹¹ Id.Ibid.

¹² Na verdade há, ainda, resquícios da autotutela no ordenamento civil brasileiro, mas só em casos excepcionais, expressamente consignados em lei, como é o caso, v.g., do art. 502 do **Código Civil**, verbis: “O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se, ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo”. Parágrafo único. “Os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção ou restituição da posse.

¹³ Segundo PONTES DE MIRANDA, “A ação é, antes de ser exercida pela dedução em juízo e antes, portanto de qualquer invocação da pretensão jurídica. Essa diz respeito ao que se estabelece entre o autor e o Estado; aquela é objeto de exame pelo juiz, como um dos elementos da res in iudicium deducta. A ação não é ‘direito’ à proteção judicial” (Op.cit., Tomov V., p. 460,)

¹⁴ SILVA, Ovídio Baptista. Op.cit. v. 1, p. 65, diz: “A ação de direito material é, pois, o exercício do próprio direito por ato de seu titular, independentemente de qualquer atividade voluntária do obrigado”. Mais adiante, à mesma pág. diz: “A todo o direito exigível (pretensão), há de corresponder uma ação. Tal princípio que está expresso no art. 75 do **Código Civil**. Este agir para a realização inerente a todos os direitos, é o que se chama ação de direito material”.

¹⁵ Segundo PONTES DE MIRANDA, “A ação, depois que a justiça passou a ser monopólio, ficou separada da declaração, da constituição compulsória, da condenação, do mandato e da execução; essas, tornadas funções exclusivas do Estado, são objeto de prestação (jurisdicional), quando os titulares de ações, não mais podendo tutelar os seus próprios direitos, pretensões e ações, tiveram pretensão à tutela jurídica contra o Estado. Exercem-na, para que a ação, que é permissão de ato inicial para a satisfação, chegue ao que colima”. (Op.cit., Tomo 5, p. 460).

Conhecimento), a provocação e a conseqüente manifestação Estatal acontecia sem problemas, normalmente.

Torna-se menos singela, no entanto, quando, diante da variegada e imprevisível gama de situações conflituosas agravadas justamente pela dilação temporal (criada pela interposição do Estado na solução dos conflitos). a presença do Estado-juiz é exigida sob o signo da urgência, dentro de uma cognição sumária.

Nesse caso, é para a aparência que se pede a outorga da tutela jurisdicional, pois que, o “suposto direito” para o qual se pede a proteção pode mesmo não existir.

Daí o dilema criado pelo próprio Estado ao assumir, com exclusividade, o julgamento dos conflitos: atender ao que ainda não é, pois que do ser tem apenas a verossimilhança, com os riscos e conseqüências desse atendimento decorrente; ou, recusando o atendimento emergencial, analisar ordinariamente a questão, para, ao final, prolatar a sentença meritória definitiva só quando, de acordo com as provas submetidas ao crivo do contraditório, puder julgar a pretensão¹⁶ sob a égide da coisa julgada material?

Ou seja, é possível ao Estado-legislador optar entre as duas situações ou deverá atendê-las a ambas de acordo com as circunstâncias e exigências do direito ou da aparência, requisitantes de proteção?

Na verdade, o Estado-juiz não tem escolha¹⁷: se de um lado proíbe a justiça de mão própria, por outro não se pode furtar ao seu escopo social mor que é o da pacificação com justiça, pois na medida em que reservou para “o Poder Judiciário a faina de fazer atuar o direito objetivo autoritariamente sobre hipóteses ou casos de conflitos ou de negócios, nos

¹⁶ Para PONTES DE MIRANDA, “A pretensão pode ser à segurança da satisfação da pretensão e não à prestação. O dever e obrigação de quem a presta são dever e obrigação independentes de já existir a pretensão assegurada” (Op.cit. Tomo 5, p. 463).

¹⁷ Informa o Professor OVÍDIO BAPTISTA (Op.cit., v. 3, p.13, que “Embora caiba ao legislador basicamente fazer a opção entre as duas alternativas, indicadas anteriormente, a tendência moderna orienta-se no sentido de dar maior relevância à efetividade dos direitos reconhecidos pela ordem jurídica, com o correspondente sacrifício da segurança obtida com o processo ordinário de cognição plena”.

quais ou substitui as partes ou integra a vontade destas para produzir os efeitos desejados por uma ou por ambas, outorgou ipso facto, o poder de exigir tal atuação aos jurisdicionados¹⁸.

Por uma questão de lógica jurídica e de coerência com o sistema de direito¹⁹, acredita-se que, dentro do direito ocidental (pelo menos), não há como, respeitados certos e especiais requisitos, denegar o pedido de tal tutela.

Realmente, com o monopólio²⁰ da jurisdição, pelo Estado-juiz, e reconhecida a impossibilidade de a lei, em sua necessária generalidade, prever e abarcar todas as infinitas possibilidades de ocorrências das situações fáticas, a negativa de se tutelar a aparência provocaria: a) uma lacuna insuperável no sistema jurídico, excluindo da tutela variegada gama de situações merecedoras de proteção; b) a ruptura do próprio monopólio Estatal da jurisdição, justificando, quiçá, o ressurgimento da justiça de mão própria, com um crescimento e com consequências retrogradamente funestas ao desenvolvimento da Justiça em seu atual estágio.

Por conseguinte, como bem o diz D. ARMELIN, sendo possível a ocorrência de danos graves ou irreparáveis de um direito, “ainda que meramente in statu assertionis e não houver possibilidade de se incoar o processo veiculador de pretensão à prestação de tutela jurisdicional do tipo satisfativo, ou ainda sempre que o desequilíbrio entre as partes seja gritante, a **tutela do tipo cautelar terá seu cabimento e indeclinabilidade garantidos**”.²¹ (sem grifo no original).

¹⁸ ARMELIN, Donaldo. A tutela jurisdicional cautelar. Sao Paulo: *Revista da Proc.Geral do Estado*, jun/1985, p.111.

¹⁹ Integrando o estudo de Sistema, diz CANARIS que “a metodologia jurídica parte, nos seus postulados, da existência fundamental da unidade do Direito. Ela fá-lo, por exemplo, com a regra da “interpretação sistemática” ou através das pesquisas de ‘princípios gerais do Direito’. mp campo da chamada analogia de Direito, colocando-se, com isso, em consonância com as doutrinas da hermenêutica geral”; (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistematico e conceito de sistema na ciencia d direito*. Lisboa: Calouste Gullbenkian, 1989, p.14-15).

²⁰ La cuestión de la existencia de una pretensión a la seguridad, implícita en todo el ordenamiento jurídico estatal, es una contingencia lógica derivada de la idea de monopolio de la jurisdicción (SILVA, Ovídio Baptista. *Teoría de la acción cautelar*. P. Alegre: Fabris, 1993, p.96).

²¹ ARMELIN, Op. cit. p.116.

Embora referindo-se à precedente Constituição Federal, a qual não continha, no dispositivo que regulava a inafastabilidade da jurisdição (art.153, parág. 4º), o verbo “ameaça” a direito, mas apenas “lesão de direito individual”, doutrina D. ARMELIN (com pertinência maior hoje, com a novel Constituição, dir-se-á) que “não cabe ao Legislador Ordinário suprimir a tutela jurisdicional cautelar, que, mesmo que não viesse regradada a nível de lei ordinária, seria perfeitamente viável e, pois, deferível com base nos poderes implícitos do Judiciário”, pois como é “cedição em matéria constitucional, a atribuição de poderes implica também na outorga de meios para tornar eficazes tais poderes”.²²

Do que se pode concluir que, ao Poder Constituinte seria possível impedir o acesso à tutela jurisdicional cautelar, proscrevendo-a do ordenamento jurídico?

E para o mesmo D.ARMELIN, desde que presente o periculum i mora, nem a exigência da prévia exaustão da instância administrativa, poderá obstaculizar a outorga da tutela cautelar.²³

Especificamente, no ordenamento jurídico brasileiro, impende de dúvida a possibilidade de atendimento da pretensão à tutela da aparência. É este o entendimento unânime da doutrina e pode ser sintetizado na assertiva de PONTES DE MIRANDA, para quem “além da pretensão à tutela jurídica de cognição completa (à sentença, em sentido estrito) e da pretensão à tutela jurídica à execução, **“ existe a pretensão à tutela jurídica da segurança, “ que é ou a segurança quanto ao fato, ou à segurança de pretensão”**”.²⁴ (sem grifo no original).

CALMON DE PASSOS divide a pretensão à segurança em pretensão à segurança do direito substancial e pretensão à segurança do resultado útil do processo (de execução

²² ARMELIN, Idem, idem, p.119.

²³ Idem, ibidem, p. 120.

²⁴ MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado das ações*. S. Paulo: RT, 1976, Tomo V6 p.336.

ou de cognição). Lá, diz, o seu exercício se dá através de ações de conhecimento ou de execução, sendo um tipo “específico de pretensão de natureza substancial”.²⁵ Aqui, o seu exercício se faz por intermédio das ações cautelares, que se desenvolvem em juízo mediante o processo cautelar.²⁶

Destarte, para CALMON DE PASSOS, é o processo e não o direito material o objeto da proteção da ação cautelar, pois, para ele, “O processo cautelar é processo a serviço do processo, não processo a serviço do direito material”.²⁷

O pressuposto necessário e suficiente para que o interessado possa ter direito à pretensão à tutela da aparência, é a existência, precedente ou concomitante a um processo (de conhecimento ou de execução, ou mesmo cautelar), de uma situação fática com força para influir sobre a futura decisão, ameaçando torná-la insuficiente ou inútil ao resguardo do interesse a ser acautelado.

2.3 A TUTELA DA APARÊNCIA - VERDADE E VEROSSIMILHANÇA

Segundo D. ARMELIN: “Desde as suas origens romanas com as figuras típicas de caução e do seqüestro, à sua presença no direito luso brasileiro, nas Ordenações Filipinas, e, depois, no Regulamento n.737/1850, a tutela jurisdicional cautelar estava presa à garantia da satisfação de uma execução. Vinculada, pois, ao direito real ou obrigacional de cunho material”²⁸

²⁵ PASSOS, J. J. Calmon de. Ações cautelares. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba*, v. 21, p.33-34, 1983-1984.

²⁶ Idem, *ibidem*. p.34.

²⁷ PASSOS, Op.cit. p.34.

²⁸ ARMELIN, Op.cit., p.128-129.

A aparência²⁹ de que aqui se trata, repita-se, é o *fumus boni iuris*, que é protegido - insista-se -, mediante a tutela cautelar atípica. Não se considera, neste trabalho, a proteção ou assecuração através da cautela específica, prevista no Livro III, Capítulo II, artigos 813-889, do Código de Processo Civil brasileiro.

De que é a aparência que é tutelada, pode ser concluída pela assertiva de LIEBMAN (escrevendo sobre o *fumus boni iuris*, como condição da medida cautelar) de que ...”non si tratta di accertare l’esistenza del diritto, che è propriamente l’oggetto del processo principale, ma soltanto di formulare un giudizio di probabilità della sua esistenza, sulla base di una cognizione sommaria e superficiale”³⁰.

Diversas são as formas de proteção que o direito processual outorga à aparência. Algumas, como no caso dos interditos possessórios, ela aparência é protegida como essência (propriedade, v.g.), onde a outorga da proteção acontece na forma de antecipação do futuro provimento de procedência da ação. Mas todas as formas de proteção, utilizam, sem muita cientificidade e com falta de técnica, do processo cautelar, embora não sejam ações cautelares em sentido próprio.

Urge, pois, dar aos casos a sua devida classificação, depurando as medidas cautelares daquelas antecipatórias, para que esta pesquisa, nos limites da proteção da aparência e efetividade, possa encontrar parâmetros aceitáveis para que a aparência possa merecer a proteção apenas e tão-somente da tutela cautelar, em sua pureza e que é denominada (já buscando um diferenciamento), pela doutrina, de tutela cautelar propriamente dita.

²⁹ CUNHA, Alcides Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*. Curitiba:Juruá,1992, assim se expressa, à pág. 118 : “Esta 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 agravamento de lesão (*periculum in mora*)”.

³⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 2 ed. Milano: GIUFFRÈ, 1957, v. 1, p.92,1957.

Escandindo a tutela da aparência (cautelar) das demais formas de tutela urgente, preleciona D. ARMELIN que aquela deve ser conceituada como a “tutela jurisdicional prestada ex officio ou por provocação das partes sem caráter satisfativo e com a finalidade de assegurar, quanto possível, o equilíbrio entre os litigantes no processo satisfativo e a eficácia da prestação jurisdicional neste reclamada ou reclamanda”.³¹

CALMON DE PASSOS, levando em conta o bem da vida a ser “preventivamente” protegido, classifica a tutela preventiva em “ a) tutela preventiva de pretensões que assentam em prescrições de direito material”³²; b) tutela preventiva com fundamento “em prescrições de direito processual”, nada obstante, diz, “vinculado à satisfação de um interesse de direito material, mas dele distinto e com ele não se identifica”³³.

A tutela preventiva cautelar, segundo PASSOS, dá proteção à própria tutela jurisdicional colocada sob “o risco de perigo de se frustrar em sua efetividade ou em seu alcance” e não, ao bem da vida a ser atribuído a alguém.³⁴

Neste último caso, afirma CALMON DE PASSOS, o provável direito da parte também é tutelado preventivamente, porém de modo mediato, sendo protegido de maneira imediata e “primordial” a “efetividade (resultado útil) da sentença futura e certa a ser proferida”, pois o que aqui se resguarda é “atividade jurisdicional do Estado, a indeclinabilidade de sua efetivação, que, segundo ele, “é exigência inafastável para a efetividade das prescrições postas pelo ordenamento jurídico”.³⁵

A problemática da tutela da aparência é que, ao se outorgá-la, ainda incerta é a essência, da qual só se pode ter a plausibilidade da existência. Aí, surge a questão:

³¹ ARMELIN, op.cit.p.121,

³² PASSOS, op.cit., p. 32.

³³ PASSOS,Id. ibid., p.33,

³⁴ PASSOS,Id., ibid. p.33

³⁵ Idem, ibidem, Revista,mesma pág., op. cit.

outorgar a proteção a um interesse apenas aparente, que pode se revelar inexistente, através de uma cognição relâmpago, ou analisar melhor o caso, mediante demorada cognição exauriente para, só assim, verificar da realidade da essência e, então, protegê-la com a garantia mor da estabilidade, que é a coisa julgada material.

Nesse dilema, tem-se o que se denominou, na doutrina alemã, caso de colisão de princípios e normas, cuja solução passa pela “ponderação de bens”, atendendo-se ao que é “exigível” ou “tolerável” no caso concreto.³⁶

Essa denominada “colisão de princípios” inegavelmente está presente a exigir do Estado-juiz uma opção entre conceder a tutela da aparência, em cognição sumária superficial, correndo o risco da inexistência da essência, ou negá-la a espera de que, na cognição exauriente do procedimento ordinário, possa ela revelar-se na verdade de sua essência. Qualquer que seja a opção, inafastável o risco de prejuízo : lá, inexistindo a essência, o prejuízo atingirá o destinatário da cautela; aqui, a inevitável demora do procedimento ordinário, ainda que se chegue à verdade da essência, a tutela poderá ser totalmente ineficaz, em virtude dos efeitos deletérios do tempo (o direito, embora reconhecido, poderá não mais existir, ou mesmo não chegará sequer ser reconhecido em virtude da impossibilidade de se produzir a prova, consumida que foi pelo tempo etc).

Assim ,o conflito está instalado.

Destarte, para a sua solução , KARL LARENZ, fornece exemplos do direito alemão, onde são analisados os direito em conflitos, atribuindo-se-lhe, valores diversos e decidindo-se a favor daquele julgado merecedor de maior proteção, numa avaliação feita na situação concreta.³⁷

³⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciencia do direito*. 2.ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1989, p. 490-491.

³⁷ LARENZ, Op. cit. , p.491.

Mas, pondera LARENZ, a coisa não é assim tão simples, pois que, in casu, “não se está a tratar de grandezas quantitativas mensuráveis, mas do resultado de valorações.”³⁸

Para que tal escolha possa funcionar, leva-se em conta que “o meio e o fim têm que estar numa relação muito adequada, que o prejuízo do bem jurídico protegido não deve ir mais além do que requer o fim

Nesse perspectiva, valida-se os princípios da proporcionalidade, do meio idôneo ou da menor restrição possível, de modo que o bem lesionado não o seja além do que é justificado pelo valor superior reconhecido ao bem, cuja escolha se tutela.”³⁹

Tal critério deixa evidente (e LARENZ o reconhece), que, nesse proceder, não há como fugir da uma avaliação subjetiva mais ou menos ampla, por parte do magistrado. Mostra que, no caso, impossível afastar uma “margem livre muito ampla para uma valoração judicial pessoal” (o que também acontece na tutela da aparência, frisa-se).⁴⁰

Interessante notar que, segundo LARENZ, o princípio da proporcionalidade acaba por modificar, “não raras vezes, o princípio da igualdade”.⁴¹

Essa atuação do Estado, na função jurisdicional cautelar, dá-se de diversas maneiras, nominadas pela doutrina, dentro da classificação das ações (ou das sentenças). Então, o Estado atua declarando, constituindo, condenando (classificação clássica); ou executando ou ainda , na classificação quinária de PONTES DE MIRANDA, mandando (ordenando). Seja, no entanto, qual for a sua forma de atuação, é ela irrecusável ⁴². A mesma conclusão extrai das ilações de ARRUDA ALVIM⁴³.

³⁸ LARENZ, Op. cit. , p.491

³⁹ LARENZ, Idem p.500-501

⁴⁰ LARENZ, Idem p.501

⁴¹ LARENZ, Idem p.501.

⁴² Assim o diz PONTES DE MIRANDA. *Tratado das ações*, p.116, verbis: “O direito à tutela jurídica, com a sua pretensão e o exercício dessa pela “ações”, é direito no mais rigoroso e preciso sentido; o Estado não é livre de prestar, ou não a prestação jurisdicional, que prometeu desde que chamou a si a tutela jurídica, a Justiça”.

⁴³ ALVIM, Op.cit. por diversas vezes, afirma o consagrado mestre a irrecusabilidade da prestação da tutela jurídica pelo Estado: “é que existe uma amplitude/plenitude da função jurisdicional, compreensiva de todo e qualquer acontecimento (exigindo uma solução), a qual poderá ser de conteúdo negativo e dada liminarmente”(p.25); ...”a extensão ilimitada do direito de acesso ao Poder Judiciário, para a

O nó górdio a ser desatado, ou cortado, nessa questão, está indelevelmente ligado à duração do processo, discutida com mestria por CARNELUTTI ⁴⁴, para quem o juiz, em relação ao tempo, enfrenta três espécies de exigências, a saber:

- a) *Il giudice può aver bisogno di impedire il mutamento probabile di una situazione; per esempio, l' allontanamento di una persona o di una cosa, della quale deve servirsi per il giudizio;*
- b) *Il giudice può aver bisogno di eliminare il mutamento già avvenuto di una situazione; per esempio l' alterazione del possesso del bene conteso compiuta da una delle parti;*
- c) *Il giudice può aver bisogno di anticipare il mutamento probabile o anche soltanto possibile di una situazione; per esempio, la prestazione di un sussidio alimentare a una persona, la quale, se dovesse attendere la decisione, rischierebbe di perire o comunque di soffrire gravemente (art. 446, cod. civ.).*⁴⁵

E, continua CARNELUTTI, *Questa triplice esigenza tende al migliore assestamento della materia e degli strumenti del processo*"....⁴⁶

Destarte, sendo impossível ao juiz escapar dos efeitos do tempo, em suas decisões e, dada a irrecusabilidade da atuação jurisdicional protetiva da aparência - sob pena mesmo do descrédito da Justiça, opta o legislador por

*tra il presto e il bene, il processo cautelare preferisce il presto mentre il processo principale preferisce il bene; il secondo aspira mentre il primo rinuncia alla infallibilità. Il programma del processo principale si riassume nella ricerca della verità, ch'è una formula ambiziosa; il processo cautelare si contenta di ricercare la probabilità, ch'è una formula molto più modesta; insomma il processo cautelare non può andare sino in fondo.*⁴⁷

possível reparação de qualquer eventual lesão de direito",...(p.26); ..."tem-se que concluir ser a tutela jurídica estatal um dever do Estado para com os jurisdicionados" (p.291/292); discorrendo sobre o art.126 do atual Código de Processo Civil ..."nele se vê mandamento imperativo, dirigido pelo Estado-legislador ao Estado-juiz, no sentido de que, em hipótese alguma, é possível deixar-se decidir-se uma questão, ou lide" (p.293); ..."A realização do princípio em exame é indispensável à própria eficácia de qualquer ordem jurídica positiva" (p.294).

⁴⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e proceso*. Napoli: Morano, 1958. Il valore, che il tempo ha nel processo, è immenso e, in gran parte, sconosciuto, p.354.

⁴⁵ CARNELUTTI, Ibid. p.354.

⁴⁶ CARNELUTTI, Ibid. p.354.

⁴⁷ CARNELUTTI, Op.cit.,p.365-366.

pois:

Nel tempo che corre mentre si attende di poter iniziare o mentre si svolge un processo, può avvenire che i mezzi che gli sono necessari (cioè le prove e i beni) si trovino esposti al pericolo di scomparire o comunque di essere sottratti alla disponibilità della giustizia; o, più genericamente, può avvenire che il diritto, di cui si chiede il riconoscimento, sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile. In questi casi è consentito alla parte interessata di chiedere che gli organi giurisdizionali provvedano a conservare e a mettere al sicuro le prove o i beni o ad eliminare in altro modo quella minaccia, così da assicurare che il processo possa conseguire un risultato utile.⁴⁸

Ser aparente é a condição irrecusável à verdade , no processo cautelar, pois “il programma del processo principale si riassume nella ricerca della verità, ch’ è una formula ambiziosa; il processo cautelare si contenta di ricercare la probabilità, ch’ è una formula molto più modesta”.⁴⁹

Se, já no processo de conhecimento, a verdade posta para e pela decisão será uma verdade formal, em obediência ao princípio de que quod non este in actis non est in mundo, com mais força e maior razão, é impossível à tutela cautelar da aparência fugir ao seu destino - que, ademais, faz parte de sua ontologia -, de ser apenas semelhante à verdade. Nada mais lhe é lícito desejar e nada mais pode ela alcançar. A sumariedade da cognição que a urgência requer, outra coisa não lhe permite.

Neste ponto, sábias e práticas as palavras de CALAMANDREI,⁵⁰ ao apontar que “tutte le prove, a bem guardare, non sono che prove di verosimiglianza”, eis que

⁴⁸ LIEBMAN, Op.cit., p.91-92.

⁴⁹ CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**, 1958, n° 241, p. 365.

⁵⁰ Na verdade, palavras de WACH, Vorträge (Aller Beweis ist richtig nur Wahrscheinlichkeitsbeweis), sobre o relativismo processual, conforme informação do próprio CALAMANDREI.

Tutto il sistema probatorio civile è preordinato non solo a consentire, ma addirittura a imporre al giudice di accontentarsi, nel giudicare sui fatti, di quel surrogato della verità che è la verosimiglianza. Al giudice non è permesso, come è permesso allo storico, restare incerto sui fatti da decidere; egli deve ad ogni costo (questa è la sua funzione) risolvere la controversia in una certezza giuridica. Per ottenere ciò, egli è costretto come extrema ratio a contentarsi di quella che qualcuno continua a chiamare 'verità formale', ottenuta coll'artificio delle prove legali o col meccanismo automatico della repartizione dell' onere della prova; ma anche quando, nel sistema delle prove 'libere', sembra che la libertà di apprezzamento sia lo strumento meglio adatto al raggiungimento della cosiddetta 'verità sostanziale', la valutazione prquanto libera porta in ogni caso a un giudizio di probabilità e di verosimiglianza, non di verità assoluta.⁵¹

“Para poder realizar sem demora o provimento cautelar é preciso - ensina Coniglio suspender a busca da verdade e contentar-se com a mera aparência do direito e do perigo que o ameaça. A má-fé do promovente pode hoje ser refreada somente com a caução, ou reparada, se necessário, com a condenação à reparação de dano.”⁵²

Obstaculizando o alcance da verdade absoluta, verifica-se, pois, que mesmo o juiz mais escrupuloso e atento, tem seus limites estipulados pela própria natureza humana, não podendo ir além do que ela lhe permite. “Non verità, ma verosimiglianza: cioè apparenza (che può essere anche ilusione) di verità”.⁵³

2.3.1 EXIGÊNCIA PARA CONCESSÃO DA TUTELA DA APARÊNCIA

2.3.1.1 Periculum in mora e sua prova

Indubitável, para que a tutela da aparência seja outorgada, a existência do interesse e, para que este surja, “mister se faz que a tutela ordinária se manifeste como

⁵¹ CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile. IN: *Studi sul processo civile*. 1956, v. 6º, p.112.

⁵² CONIGLIO, A. apud Theodoro Jr., *Curso*, 7 ed., 1991, p. 1141.

⁵³ CALAMANDREI, Piero. *Verità e verosimiglianza nel processo civile*. op. cit., p. 112-113.

demasiadamente lenta, de modo que se deva agir com caráter de urgência para impedir, com medidas provisórias, que o dano temido se produza ou se agrave durante a espera”.⁵⁴

Para ARIETA, La richiesta di emissione di misure di cautela atipica deve presupporre l'esistenza dell'interesse di chi tale tutela invoca alla instaurazione del relativo procedimento e all'ottenimento di misure assicurative idonee a salvaguardare in via provvisoria il diritto dedotto.⁵⁵

Tem-se, para o presente estudo, que as exigências para a concessão da tutela da aparência, são três, a saber: a) a situação de perigo iminente⁵⁶, denominada pela doutrina de *periculum in mora*; b) o interesse do requerente da medida; e c) a prova do perigo a que o “pretensão direito” (aparência) está sujeito, caso se espere o normal e moroso desenvolvimento do processo de conhecimento.⁵⁷

Delas, dar-se-á realce, para a concessão da tutela da aparência, ao exame do “*periculum in mora*”⁵⁸, o qual, se admitido, torna-se, em virtude da urgência que ele desencadeia, impossível de obter-se uma decisão sobre a essência (um direito, ação, exceção ou interesse material ou processual), que é, então, apenas suposta (aparência).⁵⁹

⁵⁴ DIAS, Rosana Josefa Martins. *Proteção ao processo*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 1994., p. 115.

⁵⁵ ARIETA, Giovanni. *I provvedimenti d'urgenza*. Padova: CEDAM, 1985, p. 266

⁵⁶ Em seu *Curso de processo civil*, 1993, v. 3, p. 10, afirma o mestre OVÍDIO que “o grande móvel, portanto, a justificar a tutela cautelar é sem dúvida a urgência, ante a qual as formas convencionais de tutela jurisdicional tornem-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”.

⁵⁷ ARIETA, Giovanni. *I provvedimenti d'urgenza*. Padova: CEDAM, 1985, p. 46, diz: La tutela cautelare presuppone anzitutto che vi sia il fondato timore, durante il tempo occorrente per far valere il diritto in via ordinaria e per la successiva pronuncia della decisione di merito, che questo possa essere pregiudicato o rimanere in tutto o in parte insoddisfatto. Non si tratta del generico pericolo di danno giuridico, al quale può, in certi casi, ovviare la stessa tutela ordinaria, né di uno stato di pericolo che discenda da un giudizio o da una valutazione meramente soggettiva della parte: il *periculum in mora* deve essere specificamente ricercato nel pericolo di quell'ulteriore danno marginale che potrebbe derivare dal ritardo reso inevitabile dalla lentezza della tutela ordinaria, del provvedimento definitivo, nel senso che è la mora del provvedimento definitivo, in sé considerata come possibile causa di ulteriore danno, a dover essere neutralizzata attraverso l'emissione del provvedimento cautelare.

⁵⁸ O Professor OVÍDIO BAPTISTA (*Curso*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993, p. 30, v. III), prefere, em lugar de *periculum in mora*, a expressão ‘perigo de dano iminente e irreparável’, explicando: “A locução *periculum in mora* não é incorreta, mas é ambígua. Na verdade a tutela cautelar legitima-se porque o direito, carente de proteção imediata, poderia sofrer um dano irreparável, se tivesse de submeter-se às exigências do procedimento ordinário. O que a tutela cautelar pretende é, efetivamente, senão suprimir, ao menos reduzir, até o limite do possível, os inconvenientes que o tempo exigido para que a jurisdição cumpra sua função, poderia causar ao direito necessitado de proteção urgente”.

⁵⁹ LIEBMAN aponta as seguintes condições para o acolhimento da medida cautelar: a) probabile existência di un diritto, di cui si chiede la tutela nel processo principale (*fumus boni iuris*); b) fondato timore che, mentre si attende quella tutela, vengano a mancare le circostanze di fatto favorevoli alla tutela stessa (*periculum in mora*). (Op. cit. p. 92).

Para decidir-se sobre a essência (apenas suposta existente), o juiz teria que proceder de acordo com as regras do procedimento ordinário, o qual, em virtude de sua natural morosidade, poderia tornar a manifestação jurisdicional requerida, uma flagrante inutilidade, com desperdício de tempo, dinheiro e vida.

O perigo, então, é o (único) pressuposto inafastável apto a desencadear a manifestação da tutela cautelar da aparência⁶⁰.

ARIETA tem como pressupostos típicos e constantes de todas as medidas cautelares: a) il periculum in mora; b) la cognizione cautelare ; e c) la probabile esistenza del diritto (fumus boni iuris).⁶¹ Em relação ao perigo “si deve indagare intorno alla verosimiglianza del pericolo, che può sopravvenire a rendere più difficile od impossibile la tutela del diritto. Il giudice decide intorno a questi punti, concedendo o negando la cautela, con un provvedimento che non ha valore di accertamento, ma soltanto di verificação nel caso concreto dell’esistenza dei presupposti di fatto stabiliti dalla legge per l’esercizio del potere cautelare del giudice.”⁶²

Para o emérito Professor CALMON DE PASSOS, “Se o risco ou perigo inexistente quanto a isto (está a referir-se ao resultado útil da sentença futura), qualquer consideração sobre o possível direito da parte é irrelevante, por maior que seja o risco ou perigo a que ele pode estar submetido”.⁶³

Assim, é sobre ela aparência que, após sopesado o perigo, se projeta a análise do juiz sobre a pertinência ou não de sua tutela. O fumus boni iuris (aparência), que se vislumbra, é que é protegido, pois que a essência (meramente suposta), sequer poderá ser

⁶⁰ É oportuno observar que, embora sendo requisito para que se dê tutela da aparência, não é o perigo requisito apenas desse tipo de tutela urgente: também as antecipatórias no podem exigir.

⁶¹ ARIETA, Giovanni. *I provvedimenti d’urgenza*, 1985, op. cit. p.46-54

⁶² LIEBMAN, op.cit. p.92

⁶³ PASSOS, Op.Cit. , p.33.

objeto de apreciação nessa ação. Daí, por poder tutelar apenas a aparência e, por repugnar ao direito tutelá-la em definitivo, ele o faz provisoriamente, pressionado que é de maneira inarredável, pelo perigo iminente. Mas, vinga-se, negando a essa tutela a estabilidade da coisa julgada material.

D. ARMELIN, nada obstante afirmar não ser a demora a causa fundamental do perigo de dano, reconhece ser o elemento temporal “o mais significativo dos ingredientes justificadores da invocação de tal tutela”, pois que a tutela jurisdicional satisfativa e até mesmo a vida do ser humano, tem sua importância pelo tempo medida.⁶⁴

Sendo, destarte, impossível escapar ao temporal, mister se faz, obedecidos certos pressupostos mínimos de segurança, dotar o processo de técnicas de sumarização, capaz de, senão eliminar, ao menos amenizar os efeitos deletérios do tempo.

Daí, a importância da tutela cautelar, não só como garantia “adicional à eficácia da prestação de tutela jurisdicional satisfativa, e, inclusive, algumas vezes, como meio de assegurar a própria justiça no processo com a manutenção do equilíbrio entre os litigantes, como sucede com a produção antecipada de provas”.⁶⁵

Mas, há que se tomar cuidado no uso de tal tutela, distinguindo o que é realmente necessitado de proteção cautelar, do que é sua utilização abusiva, devendo a consideração da prova ir além das “vagas e simples afirmações do interessado”.⁶⁶

Ressalta-se aqui que, o *periculum in mora*, nada obstante essencial para a concessão da tutela cautelar, não lhe é exclusivo, eis que também exigido para a outorga da tutela antecipatória, que tem função bem diferente daquela.⁶⁷

⁶⁴ ARMELIN, Op. cit.p. 115.

⁶⁵ ARMELIN, Ibidem,p. 116,

⁶⁶ AREHNS, Ney da Gama. O problema probatório das cautelas atípicas. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Ovídio Silva*. Porto Alegre: Fabris, 1989. p.117.

⁶⁷ MARINONI, op.cit., p.58.

CALMON DE PASSOS, analisando os elementos constitutivos do *periculum in mora*, destaca os seguintes requisitos: “a) ato de uma das partes do processo; b) possibilidade da ocorrência de lesão grave em decorrência desse ato (fundado receio de dano); c) que essa lesão seja de difícil e incerta reparação; d) que tudo isso ponha em risco a satisfação do direito da outra parte, se a final vier a ser reconhecido e tutelado; e) que esse risco decorra da natural e inevitável duração do processo.”⁶⁸

No ato da parte, inclui, também, além do autor ou do réu, o litisconsorte e o do terceiro interveniente. Grave, é toda lesão que passa do tolerável.⁶⁹

Esse perigo, sob o nome de “receio”, o ordenamento jurídico processual civil cautelar brasileiro, o prevê no art. 798 do Código, segunda parte, como condição autorizadora de atuação do poder cautelar geral, determinando as medidas provisórias que julgar adequadas ...”quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

A esse “receio”, denominar-se-há nesta pesquisa, pela locução “*periculum in mora*”, por já consagrada pela doutrina e jurisprudência pátrias, nada obstante as, sempre respeitáveis, objeções do mestre OVÍDIO BAPTISTA⁷⁰.

Pelo que consta do art. supracitado, vê-se que o “perigo” de que se trata não é um perigo qualquer; ele é qualificado por “fundado”, “grave”, “difícil reparação” e tem como consectária a lesão.

Dessarte, para o léxico, “receio” pode significar dúvida acompanhada de temor; apreensão quanto a possível dano: “fundar”, pode ser fundamentar, basear-se; “grave”,

⁶⁸ PASSOS, op. cit. p.53-54.

⁶⁹ PASSOS, op.cit.p.54-55.

⁷⁰ O eminente Professor, justificando seu repúdio à locução “*periculum in mora*”, informa que ...”o direito medieval que nos legou o conceito de *periculum in mora*, jamais o empregou como sinônimo de tutela de segurança (cautelar), mas, ao contrário, sempre o reservou para os casos de execução provisória, valendo-se do conceito de dano irreparável quando a hipótese correspondesse à tutela cautelar”. (Curso, 1993, p.31 v. III)

aquilo que pode ser suscetível de conseqüências sérias; “difícil” , aquilo que é custoso, improvável.

Lesão, para DE PLÁCIDO E SILVA, significa qualquer espécie de ofensa ou dano à coisa ou ao direito, que possa ocasionar um prejuízo para seu proprietário⁷¹.

A doutrina brasileira, com maior ou menor esmero, tem, de modo geral, se posicionado de acordo com as possíveis significações acima expendidas, conforme se verificará no desenvolvimento do texto.

Assim, para LOPES DA COSTA, o dano, a lesão “ é tudo quanto, contra direito, impossibilita ou dificulta a satisfação de um interesse garantido por lei”. Acrescenta ele ser o perigo requisito para se atuar a prevenção.⁷²

OVIDIO BAPTISTA, ensina que ...”o perigo que legitima a ação cautelar, não é o comum a que estão sujeitos todos os interesses, pois que as mais diversas situações jurídicas de modo algum estão incólumes aos riscos de sofrerem danos os mais variados e decorrentes de circunstâncias as mais diversas”.⁷³

E esse dano não pode ser aquele que só eventualmente possa ocorrer, exigindo-se mesmo a existência de indícios de forte probabilidade de sua ocorrência. É, dir-se-ia, uma potência já se transmutando em ação, já acontecendo, ou melhor, prestes a acontecer.

Na avaliação desse “receio”, que diga-se, é um fenômeno psíquico, deverá o magistrado proceder com prudente objetividade, dentro dos pressupostos norteadores do livre convencimento motivado.⁷⁴

⁷¹ SILVA, O.J. de Plácido e. Op.Cit. p.935,

⁷² COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. **Medidas preventivas, medidas preparatórias, medidas de conservação**. Belo Horizonte: Imprensa Oficial 1953, p.35.

⁷³ SILVA, Ovídio B. As ações cautelares e o novo processo civil, op.cit. p.75.

⁷⁴ É dever constitucional inescusável a motivação de todas as decisões do Poder Judiciário, confor se infere do art. 93, inciso IX, da novel **Constituição Federal**.

Sobre o assunto, merece transcrita a lição do insigne PONTES DE MIRANDA, verbis:

o receio consiste em se considerar que algo de mau vai ocorrer, ou é provável que ocorra. A probabilidade é elemento necessário; não se pode recear o que não é possível, nem mesmo o que dificilmente aconteceria. O grau de provável é examinado pelo juiz, mas, se ele mesmo tem dúvida, deve deferir o pedido da medida cautelar ...Outro pressuposto é o da gravidade da lesão e de difícil reparação. ...Não basta, portanto, que se tema lesão grave, é preciso que não possa ser reparada a lesão.⁷⁵

Vê-se que o saudoso mestre toma a locução de “difícil reparação”, por impossibilidade de reparação. Acrescenta, pois um plus à regra, que é, então, interpretada como “minus dixit quam voluit” (disse a lei menos do que intencionara, na tradução de GILBERTO CALDAS).⁷⁶

Mas, para o direito, pelo menos teoricamente, toda lesão pode ser reparada, utilizando-se o dinheiro. Referir-se-ia o mestre que a impossibilidade seria in natura? Não no explica.

Com notas de rodapé remissivas a ROCCO e CALVOSA, THEODORO JÚNIOR traz outros esclarecimentos para a compreensão do “periculum in mora”.

Para o ilustre jurista mineiro, “receio fundado de dano”, não pode decorrer de simples estado de espírito do requerente, porém está sempre ligado a uma situação objetiva, demonstrável através de algum fato concreto.⁷⁷

No que diz respeito ao perigo de dano próximo ou iminente, só poderia justificar a proteção cautelar, aquela possibilidade de perigo prestes a acontecer e fosse capaz de

⁷⁵ MIRANDA, F.C. Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*, op.cit. p. 45-46.

⁷⁶ CALDAS, Gilberto. *Novo dicionário de latim forense*, 1984, p. 160.

⁷⁷ THEODORO JUNIOR, OP.CIT. p.23.

ocasionar um prejuízo ao requerente da medida⁷⁸ e “cuja proteção só se justificaria devido à urgência que o impossibilitaria de esperar pelo resultado definitivo da lide.

E por dano temido deve se considerar tanto a irreparabilidade como ser dificultosa essa reparação, o que pode ser avaliado objetiva como subjetivamente.⁷⁹

Objetivamente, irreparável (ou dificilmente reparável) é o dano que não pode ter “nem reparação específica (in natura),” nem ser indenizado pelo equivalente monetário.⁸⁰ O risco de vida, por exemplo, da pessoa que careça de alimentos provisionais; ou o risco de desaparecimento de um meio de prova.

Subjetivamente, a irreparabilidade (ou sua dificuldade) se dá quando o dano, nada obstante reparável, tal se faça incerto, em face da indisponibilidade econômica do responsável pela reparação.

Por fim, grave é o dano que, em ocorrendo, poderá causar real prejuízo, ou mesmo o desaparecimento do “interesse que se esperava viesse prevalecer no processo principal.⁸¹

Nessa análise de THEODORO JÚNIOR, já se anuncia o problema da interligação de lides, entre o processo cautelar e o processo principal, dentro da teoria carneluttiana de que só no processo principal deverá a lide ter sua composição definitiva.

É oportuno acrescentar, nesta fase, que o “perigo” pode ser ocasionado tanto por um fato natural como por fato voluntário, apto a causar um prejuízo.

É importante notar também, que a doutrina, à unanimidade, admite que o interesse a ser acautelado, embora refira-se, de maneira imediata ao processo, mediatamente, liga-se à relação de direito material, que se pretende existente (aparência).

⁷⁸ THEODORO JUNIOR, IBIDEM P.23

⁷⁹ THEODORO JÚNIOR, ID.IBDEM P.23

⁸⁰ THEODORO JUNIOR, *ibid.* p.23

⁸¹ THEODORO JUNIOR, *op. cit.* p.23

De revelância para o assunto de que ora se trata é a questão do tempo em que surgiu o “perigo”. Avalia-se o momento de seu aparecimento para, fixado este, verificar-se do cabimento ou não da outorga da segurança pleiteada.

Para os doutos, o perigo autorizador da proteção da aparência deve supor a superveniência dos fatos e a necessidade da manutenção do princípio da igualdade entre as partes em litígio.

Desse modo, se a situação já era do conhecimento do que venha a alegar prejuízo, não autorizará a concessão da proteção pleiteada, a não ser que, apesar de conhecida, haja o real perigo de agravamento dessa mesma situação.⁸²

Segundo o Professor OVÍDIO BAPTISTA,

*o perigo de perda do interesse, ou de graves danos a que o mesmo fique sujeito, deve decorrer de uma situação posterior ao nascimento do próprio direito; ou deve corresponder, pelo menos, a um agravamento da situação posterior ao nascimento do próprio direito; ou deve corresponder, pelo menos, a um agravamento da situação perigosa preexistente; ou, finalmente, sendo anterior à constituição da pretensão, era de tal natureza que o pretendente à segurança não poderia razoavelmente conhecer.*⁸³

O perigo na demora é, pois atuado sob o signo da urgência, que ele provoca, mas só ela urgência, não caracteriza a proteção da aparência. No dizer de PONTES DE MIRANDA, “o perigo justifica a urgência; o perigo iminente, à cautela.”⁸⁴

“No procedimento cautelar, o juiz deve, fundamentalmente, pronunciar-se sobre a efetiva existência de um perigo que faz periclitarem um interesse, abstratamente protegido pela

⁸² As medidas cautelares, nos casos do art. 798, supõem superveniência dos fatos e necessidade de se manter o status quo. Se a causa provável preexistia, ou coexistiu com a constituição da pretensão, não se permite a medida ‘cum eius fidei cum eo contrahendo approbaverit’ (cf. Manuel Álvares Pêgas, *Resoluções Forenses*, II, 1074). Não assim, se se agravou a situação e se criou o temor novo. Resta saber, se a lei permite a medida cautelar, se a causa preexistia ou coexistia e era ignorada do autor” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 1976, Tomo 12, p. 47).

⁸³ SILVA, Ovídio B. As ações cautelares e o novo processo civil, op.cit. p.65;

⁸⁴ MIRANDA, F.C.Pontes de. *Comentários ao código de processo civil.*, op. cit., p.26.

ordem jurídica.⁸⁵, o que, para o processo ordinário, não é relevante, pondendo mesmo “nem aparecer como objeto de apreciação judicial”.⁸⁶

P. CALAMANDREI, muito influente junto à doutrina brasileira, discorrendo sobre o *periculum in mora*, tem o seu conceito como a chave para se alcançar uma definição exauriente dos provimentos cautelares.⁸⁷

O *periculum in mora*, caracterizador das medidas cautelares não é aquele genérico perigo de dano jurídico que pode ser solucionado com a tutela ordinária; mas sim, o perigo de um ulterior dano marginal, que poderia derivar da demora inevitável da lentidão do procedimento ordinário. É a impossibilidade prática de acelerar a emanação do provimento definitivo, que faz surgir o interesse da emanação de uma medida provisória.⁸⁸

O perigo na demora, caracterizador das medidas cautelares, nem seria levado em consideração se fosse possível acelerar adequadamente, através de uma abreviação do processo ordinário, o provimento definitivo.⁸⁹

O perigo na demora, está, então, para CALAMANDREI, no que diz respeito às medidas cautelares (provimentos cautelares), justificado, de um lado, pela necessidade que ele, para ser eficaz, seja outorgado sem delongas; e, de outro, pela inaptidão do processo ordinário criar, sem demora, um provimento definitivo.⁹⁰

F. MARQUES, tem, na “*dilatio temporis*”, a *ratio essendi* do processo cautelar e, para ele, a dilação processual nada mais é do que o *periculum in mora*. O que se procura, diz, é “evitar que a duração do processo altere a posição inicial das partes”.⁹¹

E é essa “*dilatio temporis*” que torna necessário o processo cautelar.

⁸⁵ SILVA, O.B. *idem ibidem*, p. 54.

⁸⁶ SILVA, O.B. *Idem, ibidem*

⁸⁷ CALAMANDREI, Piero. *op.cit.*, p. 15.

⁸⁸ CALAMANDREI, *op. cit.*, *ibidem*, p.15.

⁸⁹ CALAMANDREI, *op. cit.*, *Idem, ibidem*, p.15-16

⁹⁰ CALAMANDREI, *op. cit.*, *Idem, ibidem*, p.19

⁹¹ MARQUES, Frederico. *Op.cit* v. 4, p. 335.

Theodoro JÚNIOR, analisando o art. 798 do Código de Processo Civil, diz, referindo-se ao perigo de dano, que ele “deverá referir-se não a um direito, mas “ ao interesse processual em obter uma justa composição do litígio”, o que poderá ser obstaculizado, caso não se assegure à parte meios de se impedir que o dano temido ocorra.⁹²

Confrontando com CALAMANDREI, diz o Professor OVÍDIO BAPTISTA que “não é, propriamente, como pensava CHIOVENDA, o perigo de retardamento da prestação jurisdicional que justifica a ação cautelar. Mas sim, continua, “o perigo, em si mesmo, , referido à possibilidade de uma perda, sacrifício ou privação de um interesse juridicamente relevante e não o perigo de um retardamento na prestação jurisdicional”.⁹³

Destarte, continua, sempre que, por uma modificação do mundo exterior produzida por fato do homem ou por fato natural, se cria uma situação perigosa que ameaça fazer periclitar um determinado bem jurídico, criando um sério risco de dano, justifica-se a tutela cautelar.⁹⁴

Volta o Professor OVÍDIO BAPTISTA a refutar o emprego da locução *periculum in mora*, pois que, diz ele, além de não corresponder sempre à realidade quando aparenta uma idéia de dependência ao processo principal, deve também ser evitada porque o “prejuízo a ser evitado não provém do perigo de demora decorrente da tutela jurisdicional satisfativa. É preciso acrescentar, diz baseado em ROCCO, além da situação de perigo, a “situação objetiva de periclitación do interesse”.⁹⁵

A crítica que faz Ovídio a respeito da locução “*periculum in mora*”, a não ser talvez, pela alteração de seu uso que, no direito medieval era empregada para a execução

⁹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O processo cautelar**, 7 ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1985, p.77.

⁹³ SILVA, Ovídio A. Baptista. **As ações cautelares e o novo processo civil**, cit.p.29.

⁹⁴ Idem, ibidem, mesma pág.

⁹⁵ Idem, ibidem,p.65.

provisória e não para a tutela de segurança (cautelar), onde utilizava-se o dano irreparável, permissa venia do brilhante jurista, não convence.

Realmente, não há como deixar de inferir, de acordo com a doutrina majoritária, que só a demora do eventual processo principal está a justificar a tutela cautelar. O risco de periclituação de interesses não pode fugir ao seu destino de dependência direta da morosidade do procedimento ordinário e inexistiria caso inexistisse a demora.⁹⁶

Não se pode negar, a favor de OVÍDIO, que a tutela cautelar tutele o direito (rectius, a aparência dele). Mas, há que se acrescentar que esse direito só é tutelado mediatamente, após a tutela imediata inexorável do próprio processo, pois que, sem se assegurar a utilidade do processo em cujo bojo navega a medida cautelar, restaria impossível a proteção do próprio direito referível(referido). Não há como escapar dessa lógica inafastável.

O próprio Professor Ovídio, a bem da verdade, termina por ceder a essa lógica quando diz que, apesar de não ser incorreta, a locução *periculum in mora* é ambígua, pois que,conclui, “o que a tutela cautelar pretende é, efetivamente, **senão suprimir, ao menos reduzir, até o limite do possível, os inconvenientes que o tempo exigido para que a jurisdição cumpra sua função, poderia causar ao direito necessitado de proteção urgente**”. (sem grifo no original).⁹⁷

Ora, por que razão se busca suprimir ou, pelo menos reduzir os efeitos deletérios do tempo, senão em virtude da demora do instrumental processual ordinário?

Não é de se esquecer que o perigo de dano é pressuposto da urgência com que deverá ser outorgada a tutela da aparência, sob pena de sua inutilidade.

⁹⁶ CHIOVENDA. *Instituições*, cit.p.274, só fala sobre o temor de um dano jurídico,a justificar a medida provisória., o que reafirma à p.275: “Condição geral para a expedição de uma medida provisória é, comose viu, o temor de um dano jurídico, isto é, a iminência de um possível dano a um direito ou a um possível direito”.

⁹⁷ SILVA, Ovídio Baptista. *Curso*, 1993, op. cit. v. 3, cp.30.

Concorda-se com MARINONI, quando diz que o *periculum in mora* não basta para legitimar a tutela cautelar.⁹⁸ Todavia, constata-se que é-lhe imprescindível, pois que impossível a outorga da cautela sem a requisito do perigo iminente. Destarte, embora não seja suficiente, o requisito do perigo é condição necessária inafastável para a concessão da tutela da aparência.

Também sem reparos a afirmação do Professor MARINONI, quando diz que o *periculum in mora* é exigência tanto da tutela urgente cautelar, como da tutela urgente antecipatória (satisfatória). A diferença está em que, naquela, vencido o perigo (ou para vencê-lo), assegura-se a aparência, que poderá ou não transmutar-se em essência. Já na antecipatória, vencido o perigo, satisfaz-se a própria pretensão de direito material a ser objeto da ação principal, ainda que provisoriamente.

Todavia, o problema aqui, é delicadamente complexo e sem conclusão pacificada pela doutrina. É que a sumariedade relâmpago com que se dá a cognição, praticamente não permite que se analise, separadamente, o requisito, do mérito da ação cautelar, que ficam embolados, sendo que os autores acabam por transpor a dificuldade sem superá-la, nesse campo.

Mesmo o percuciente OVÍDIO, após afirmar que o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* são pressupostos da ação cautelar, conclui que eles pertencem ao mérito da mesma ação.

Chega-se, pois, a conclusão que, no que tange ao *periculum in mora*, poucas são as divergência entre os autores.

⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: RT, 1992, p.77.

É de se notar que CALAMANDREI coloca o *periculum in mora* entre os caratteri dei provvedimenti cautelari.⁹⁹

A problemática da prova¹⁰⁰, na tutela cautelar inominada da aparência, só é digna de estudo especial, no caso de outorga liminar, sem a ouvida da parte contrária, pois que - como defende-se aqui -, a introdução do contraditório, antes da concessão da cautela, ordinariza o processo cautelar.

No trato do assunto, a razão parece estar com AHRENDTS, quando diz que aí, só se fala em verossimilhança e liberdade atribuída ao juiz para decidir.¹⁰¹

Para o processo cautelar, as provas podem ser vistas ou como objeto cognoscível a ser protegido, ou como elemento embasador da convicção do juiz¹⁰², mas, não se pode olvidar que, para a cognição incidir no primeiro caso, o juiz não poderá prescindir dos elementos de convicção de que sempre se servirá, em qualquer processo.

Na avaliação do perigo, deverá o magistrado averiguar qual a situação fática objetiva trazida pelo interessado, em cada caso concreto¹⁰³, cabendo, pois, à parte, não só afirmar a possibilidade de sua ocorrência, mas deverá carrear aos autos elementos suficientes para embasar a decisão sumária pretendida.¹⁰⁴

Mesmo nos “casos em que a prova da situação perigosa seja parca ou inexistente”, é possível, para OVIDIO, que o magistrado conceda medidas cautelares, mas deverá fazê-lo sob a exigência de caução, pois, enquanto ameaça impulsionadora da tutela da aparência, o

⁹⁹ CALAMANDREI, Idem, ibidem, p.55

¹⁰⁰ Sobre a difícil questão ver também MUJICA, Miguel Santana. Adelanto de prueba por temor al perjuicio por retardo. *Revista de Processo*, S.Paulo, a. 9, n. 35, p.153-174, 1984.

¹⁰¹ AHRENDTS, Ney Gama. O problema probatório das cautelas atípicas. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Ovídio A. Baptista da Silva*. P. Alegre: Fabris, 1989, p.119.

¹⁰² Curso de processo civil, 7 ed., Forense, 1991, v. 2, p.1140-41).

¹⁰³ SILVA, Ovídio. As ações cautelares e o novo processo civil, op. cit. p.71.

¹⁰⁴ THEODORO JR, Humberto. *Revista de processo* nº 50, 1988, p.22.

dano não será mais do que uma potência, um risco, já que, ao se concretizar, desaparecerá o interesse para a atuação da cautela.¹⁰⁵

Destarte, não há como, na apreciação da prova¹⁰⁶, deixar de atribuir grande importância aos indícios que, muitas vezes, é tudo o que se tem.¹⁰⁷

E a dificuldade de avaliação da prova no terreno cautelar, é ainda maior nos casos das ações inominadas, que não têm a auxiliá-las a função norteadora dos requisitos específicos.¹⁰⁸

DINAMARCO, pragmático, não havendo como fugir às incertezas representadas pelo *fumus boni iuris*, tem como suficiente para a concessão da cautela a “razoável probabilidade ou mesmo a não-exclusão dos fatos alegados”, pois, para o insigne jurista, ainda que seja precária a prova, é preferível errar concedendo do que errar negando-a.¹⁰⁹

Sendo a medida cautelar atípica necessária e adequada à eliminação dos males da demora e presentes os requisitos gerais para a espécie, terá o juiz os requisitos para a sua concessão.¹¹⁰

Assim, o iter a ser percorrido pelo juiz, no julgamento das cautelas atípicas, deve se situar entre a liberdade na apreciação da provas, mas cuidando para evitar a concessão de liminares “injustas e desarrazoadas, comprometedoras do mínimo de segurança jurídica”.¹¹¹

Para THEODORO JR. baseado em ROCCO, “além de afirmar a possibilidade ou probabilidade de um dano (perigo), que ameace suprimir ou desprezar seu interesse”, o

¹⁰⁵ SILVA, Ovídio. As ações cautelares e o novo processo civil, op. cit. p.71-72.

¹⁰⁶ Para MARINONI, “a doutrina não consegue compreender que a ação cautelar somente é necessária quando as afirmações defato não podem ser provadas desde logo. Ora, quando não existe matéria de fato para ser elucidada, o juiz, ainda que na ação rotulada de cautelar, pode declarar a existência ou a inexistência do direito logo após a ouvida do réu” (Efetividade do processo e tutela de urgência. Fabris. 1994. p. 5).

¹⁰⁷ As ações cautelares e o novo processo civil, op.cit.p.72.

¹⁰⁸ AHREND, Ney da Gama, op. cit.p.116.

¹⁰⁹ DINAMARCO, C. R. *A instrumentalidade do processo*. S. Paulo: RT, 1987, p.370-71

¹¹⁰ DINAMARCO, *A instrumentalidade*, cit.p.371.

¹¹¹ AHREND, N. Gama, op. cit.p.117.

requerente deverá ainda trazer aos autos “elementos que, no conhecimento sumário e superficial do juiz, sejam idôneos para firmar no julgador uma opinião de verossimilhança.”¹¹²

Exceto nos casos em que da simples exposição, in statu assertionis, já se evidencie prima facie, a necessidade da cautela, é preciso cuidar o magistrado para não tomar como razão de decidir, a “mera declaração unilateral e comprometida do interessado, a qual, não vale nada no processo de conhecimento, e seria incivil, valesse tudo justamente na tutela cautelar, sempre excepcional”.¹¹³

No direito italiano, com reflexos na doutrina brasileira, diz TOMMASEO que

*“È nel settore della tutela cautelare che si recupera appieno l’importanza determinante del giudizio di probabilità su cui se fonda la valutazione della verosimiglianza delle manifestazioni narrative delle parti. Ciò non esclude, s’intende bene, che la cognizione del giudice in sede cautelare possa fondarsi anche sull’acquisizione di prove. Si deve piuttosto notare che l’accertamento, sia pure sommario dei fatti della causa, non è condizione necessaria per la concessione della misura cautelare: quest’ultima invero può essere fondata anche soltanto sulla mera attendibilità delle allegazioni valutata secondo un giudizio formulato in termini di probabilità e non di certezza”.*¹¹⁴

E , dentro do que ora se trata, merece referência os ensinamentos de RECASÉNS

SICHES:

“Cuando experimento que los métodos de la lógica formal tradicional son incapaces de darme la solución correcta de un problema jurídico, o que me llevan a un resultado inadmisibile, frente a esos métodos no opongo un acto de arbitrariedad, un capricho, sino que opongo un razonamiento de un tipo diferente, que es precisamente el que nos pone en contacto con la solución correcta. Ese razonamiento que nos hace encontrar lo que buscamos, la solución correcta, la solución justa, es la razón aplicable al caso; es la razón que nos permite dominar

¹¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Revista de processo* no. 50, , 1988, p.24.

¹¹³ AHRENDTS, N. Gama. op. cit. p.121

¹¹⁴ TOMMASEO, Feruccio. *I provvedimenti d’urgenza*. Padova: Cedan, 1983, p. 167.

*el problema. En cambio, la outra lógica, la fisicomatemática, se muestra incapaz de dar la solución correcta al casoplanteado.*¹¹⁵

Destarte, em vista da urgência, que ocasiona a sumariedade da cognição, as provas, no processo cautelar, reduzem-se a “informações sumárias, fundadas em critérios de mera plausibilidade”¹¹⁶, o que permite falar-se, “nessa ordem de idéias, que a concessão de um provimento cautelar “non era preceduta da una prova ma de un’informatio judicis, da un’informatio saltem summaria.”¹¹⁷

Neste assunto, não há como fugir aos riscos, dos quais está ciente o Estado legislador, que fez sua opção, juntamente com os processualistas modernos, pela efetividade do processo, que é, “uma atitude instrumentalista de muito significado”.¹¹⁸

2.4.FINALIDADE DA TUTELA DA APARÊNCIA

Segundo LIEBMAN la cautela che viene chiesta ha lo scopo di garantire il proficuo risultato dell’azione principale.¹¹⁹

No magistério de CALMON DE PASSOS, a tutela preventiva tem por finalidade, “impedir a constituição de uma situação-obstáculo de configuração certa e ocorrência muito provável em futuro determinado, ou quando nada minimizar suas consequências, ou eliminá-las, se possível”.¹²⁰

¹¹⁵ SICHES, Luiz Recaséns. *Antologia*, 1922-1974. México: Fondo de cultura econômica, 1976, p.191.

¹¹⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista. *As ações cautelares e o novo processo civil*, cit, p.65.

¹¹⁷ CONIGLIO, A. *Il sequestro giudiziario e conservativo*, 3 ed., ap. OVIDIO BAPTISTA, *As ações cautelares e o novo processo civil*, cit, p.66.

¹¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade*, op. cit. p.371.

¹¹⁹ LIEBMAN, Id.p.92.

¹²⁰ PASSOS, Op. cit, p.32.

Proteger “não apenas direitos subjetivos, mas igualmente e, até preponderantemente, pretensões de direito material, ações e exceções, quando seus respectivos titulares aleguem que tais interesses, reconhecidos e protegidos pelo direito, encontrem-se sob ameaça de um dano irreparável”, é para OVÍDIO BAPTISTA, a finalidade da tutela cautelar.¹²¹

MARINONI já ensina que a finalidade da tutela cautelar é a asseguaração de uma pretensão.¹²²

Não fosse assim, continua MARINONI, “todas as liminares antecipatórias, ou as medidas Interinais tomadas pelo juiz visando à efetividade do processo, que constituem, na verdade, tão somente manifestação do seu poder jurisdicional, terão que ser admitidas como de natureza cautelar”.¹²³

E mais, “as medidas cautelares nada mais seriam do que remédios destinados à sumarização processual”.¹²⁴

Na verdade, para o Professor OVÍDIO BAPTISTA, a finalidade da tutela cautelar é assecurativa da “realizabilidade do direito”, não apenas de sua “existência como pura realidade normativa”.¹²⁵

Dentro da finalidade da tutela da aparência e abarcados por sua abrangência estão, também, para OVÍDIO BAPTISTA, “os direitos eventuais, sujeitos à condição, e portanto ainda inexistentes, em sua integralidade, no momento da invocação da tutela estatal”.¹²⁶

Mas, como para a tutela de urgência cautelar da aparência, os direitos nunca são postos como existentes, mas aceitos em sua “aparência”, , não haveria como excluir os direitos eventuais que, como os não eventuais, nunca são tidos como existentes.

¹²¹ SILVA, Ovídio. **Curso de processo civil**. Op.cit. v. 3, p.10.

¹²² MARINONI, Op. cit. p.58.

¹²³ MARINONI, Idem, ibidem, p.58,

¹²⁴ MARINONI, Ibid. p.58.

¹²⁵ SILVA, Ovídio Baptista. **Curso de processo civil**, op.cit. v. 3, p.37.

¹²⁶ SILVA, Ovídio Baptista. Ibid. v. 3, p. 48.

Para chegar a finalidade da tutela cautelar, OVÍDIO tem que, primeiro, resolver o dilema por ele mesmo posto: a tutela cautelar é definida como instrumento de defesa da jurisdição (defesa do processo) ou essa proteção é dada ao direito da parte?¹²⁷

Sua opção é pela segunda das alternativas: o que se tutela, pela cautela, é o direito e não o processo.

Esta posição do Professor OVÍDIO não é assim tão radical como aparenta, eis que, na verdade, admite, como regra a tutela imediata do processo e, tem como possível, a situação acautelanda.¹²⁸

D. ARMELIN, além de ter a tutela cautelar como assegurativa da eficácia da prestação jurisdicional satisfativa, informa que, juntamente com essa finalidade clássica, dentro da teleologia do processo cautelar, existe, hodiernamente, a finalidade assegurativa do equilíbrio das partes na relação processual.¹²⁹

Nesse equilíbrio, busca-se manter, entre as partes a igualdade substancial e não apenas formal, condizente com a atual fase de evolução do processo.¹³⁰

Destarte, “As desigualdades extrajurídicas são aplainadas por esse papel da tutela jurisdicional cautelar na medida em que podem ensejar, no plano do processo satisfativo, uma prestação jurisdicional inadequada”.¹³¹

Uma outra finalidade da tutela da aparência seria, para D. ARMELIN, a de cobrir as lacuna do mandado de segurança.¹³²

¹²⁷ SILVA, Ovídio Baptista. **Curso de processo civil**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1993, v. 3, p.37

¹²⁸ SILVA, Ovídio. *Ibid.*

¹²⁹ ARMELIN. *Op.cit.* p.116-117,

¹³⁰ CINTRA, A.C.de Araújo, GRINOVER, A. P. e DINAMARCO, C.R.. **Teoria geral do processo**, 7 ed., p.19, afirmam: “A igualdade perante a lei é premissa para a afirmação da igualdade perante o juiz: da norma inscrita no art. 5º, caput, da Constituição, brota o princípio da igualdade processual. As partes e os procuradores devem merecer tratamento igualitário, para que tenham as mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas razões”.

Mais abaixo, na mesma pág. ensinam que ...”do primitivo conceito de igualdade, formal e negativa (a lei não deve estabelecer qualquer diferença entre os indivíduos), clamou-se pela passagem à igualdade substancial, E hoje, na conceituação positiva da isonomia (iguais oportunidades para todos, a serem propiciadas pelo Estado), realça-se o conceito realista, que pugna pela igualdade proporcional, a qual significa, em síntese, tratamento igual aos substancialmente iguais”.

¹³¹ ARMELIN, *op. cit.*, p.117.

¹³² ARMELIN, *Idem*, *ibidem*, p.127,

2.5 DIREITO SUBSTANCIAL DE CAUTELA

Optou-se por trazer a discussão doutrinária sobre o direito substancial de cautela, como um item integrante da finalidade da tutela da aparência, pois que assim admitido por OVÍDIO BAPTISTA,mas dando-lhe um destaque especial. Seu estudo traz dificuldades e fortes resistências da doutrina, mas, como diz OVÍDIO, “Es necesario enfrentarla”.¹³³

O assim denominado “direito substancial de cautela” adentrou à doutrina brasileira, sob a influência da escola germânica (em oposição à idéia de dupla instrumentalidade de Calamandrei,¹³⁴ baseado em Chiovenda), foi , primeiramente, desenvolvido por Allorio.¹³⁵

Sob a ótica dessa doutrina alemã, aproveitando o trabalho de Allorio, mas criticando-o por desconhecer a natureza das ações mandamentais de Georg Kuttner , enverada-se PONTES DE MIRANDA, sustentando que “as medidas cautelares, ou medidas preventivas, são todas as que atendem à pretensão de segurança do direito, da pretensão, ou da prova ou da ação”.¹³⁶

Nesse diapasão, diz o mestre:

As ações cautelares são ações por si sós; não fazem parte das ações principais, ainda quando tenham função preparatória. Há direito, pretensão e ação 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, 852,855, 861, 874, 877 e 882 não são regras jurídicas processuais, mas sim regras jurídicas de direito material (Adolf Wach, Der italienische Arrestprozess, 95 s.; Der Feststellungsanspruch, 18; Jacob Weismann

¹³³ SILVA, Ovidio. *Teoria de la acción*, op.cit. p.91

¹³⁴ OVÍDIO BAPTISTA, diz que essa doutrina “deixa na penumbra as questões ligadas ao ser da ação cautelar, à estrutura dessa entidade de direito material e à estrutura de sua expressão processual, limitando-se a definir seu aspecto funcional, ou seja a mostrar para que servem os provimentos cautelares, nada nos adiantando sobre o que eles são, sob o ponto de vista ontológico” (A ação cautelar inominada no direito brasileiro, 4 ed., 1992, p31).

¹³⁵ ARAGÃO, E.D. Moniz. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro; Forense, 1974,, p.34.

¹³⁶ MIRANDA, F.C.Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976,p.3.

Lehrbuch des Deutschen Zivil Prozessrechts, II, 235) , heterotopicamente metidas na legislação processual.¹³⁷

Nessas águas, influenciado pela obra de PONTES DE MIRANDA, navega OVÍDIO BAPTISTA, desenvolvendo e aprimorando a controvertida questão do direito substancial de cautela.

Mas no que consiste, para OVÍDIO BAPTISTA, o direito substancial de cautela, também designado de “situação cautelanda” ?

Consiste em que, dentre as formas de proteção jurisdicional, várias existem em que a outorga da tutela, sem apreciar eventual direito da parte, o assegura (o acautela), sem que contenha declaratividade ou condenatoriedade no que diz respeito à relação jurídica cautelanda e, todavia, a prestação jurisdicional não exige um futuro juízo que venha apreciar, como res deducta, a pretensão adrede assegurada ¹³⁸

Ou seja: a proteção cautelar é prestada autonomamente, só integrando a res deducta (lide) de um processo futuro, se e quando as partes, tendo se tornada litigiosa a relação jurídica acautelada, assim o quiserem. Não há, insiste, qualquer necessidade de tal processo.¹³⁹

Para fundamentar sua posição, exemplifica OVÍDIO com duas situações: a da caução do art. 1.092 do Código Civil Brasileiro, e a do sequestro, que tem como modelo o art. 2.793, do Código Civil italiano, No caso do sequestro, coloca a hipótese de um relógio de grande valor, transferido ao credor pignoratício, que o usa indevidamente , causando sério risco de danificação.¹⁴⁰

¹³⁷ MIRANDA, Idem, ibidem, 1976, op. cit. p. 499

¹³⁸ SILVA, Ovídio Baptista. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*. Rio de Janeiro:Forense, 1992,p.27

¹³⁹ SILVA, Ovídio Baptista. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*, op.cit. p.27

¹⁴⁰ SILVA, Ovídio. *A ação cautelar inominada*, op.cit. p.26-27

Ao devedor pignoratício, diz, não interessa a rescisão do contrato. Só quer obter segurança para o objeto do penhor, a fim de que possa recebê-lo íntegro, ao seu final.¹⁴¹

Como, em ambos os casos, inexistente intenção de rescindir o contrato, mas tão-só de obter segurança, o uso da ação cautelar, supre essa pretensão à segurança e, com isto se satisfaz, prescindindo-se de uma outra ação futura.

Daí, conclui, a prova inequívoca da existência do direito substancial de cautela.

Esta posição do emérito Professor OVÍDIO, não tem sido aceita pelos demais estudiosos do assunto, os quais, no entanto, de modo geral, não lhe tem concedido maiores análises.

Aceitando o desafio, CALMON DE PASSOS,¹⁴² dissecou os mesmos exemplos fornecidos por BAPTISTA DA SILVA, pondo-se em posição contrária a este, ratificando sua negação à existência de um direito substancial de cautela, pois que não vê justificativa jurídica para a existência de “uma pretensão à segurança de natureza cautelar de caráter satisfativo, não instrumentalmente relacionada com qualquer processo pendente ou futuro, dito principal”.¹⁴³

PASSOS onde OVÍDIO vê, como fundamento, risco de dano, aponta que o credor pignoratício, em verdade, não pede segurança de algum direito seu, mas sim, a reparação de seu direito de propriedade violado por ato abusivo do credor pignoratício.

E como não é possível satisfazer o seu direito mediante a reintegração de posse, o que frustraria a garantia real constituída pelo contrato de penhor e, não sendo causa de pedir invocável para rescisão do contrato o uso indevido do bem, só resta ao devedor pignoratício, sem violar os direitos do credor pignoratício, “o do sequestro do bem

¹⁴¹ Silva, Ovídio. *Ibidem*, p.26-27

¹⁴² PASSOS, *Ações Cautelares*, op. cit., p. 26-46.

¹⁴³ SILVA, Ovídio, op.cit. p.36-43.

apenhado”, assegurando a incolumidade do bem objeto do penhor, que continuará a garantir o crédito, em caso de inadimplência futura, fora da posse de ambos os contendores.¹⁴⁴

Aí, para CALMON DE PASSOS, o “sequestro” “é instrumento de execução, como a busca e apreensão e a imissão de posse em execução para entrega de coisa certa. O bem da vida protegido é o anel e o direito tutelado é o de propriedade do devedor pignoratício, violado com o ato indevido do credor com garantia real”, não havendo como falar em *periculum in mora* e *fumus boni iuris*. e, nada obstante admitir PASSOS que a medida elimina o risco de o devedor não resgatar o anel, a “pretensão posta como objeto do juízo teve fundamento outro, bem diverso, e se dirigiu no sentido de obter tutela reparatória - capaz de afastar a lesão já consumada ao direito de propriedade do credor.

E, ainda que fosse o caso de pretensão à segurança, continua a argumentar, esta seria uma tutela à segurança de caráter satisfativo (não cautelar) exercitada por ações do procedimento ordinário, portanto, a qual deve ser distinguida de uma tutela de segurança de caráter instrumental, a única que se pode denominar de pretensão cautelar, servida por ações da mesma espécie e mediante o processo cautelar.¹⁴⁵

*Em sua tréplica, diz OVIDIO BAPTISTA que C. DE PASSOS, (com. 53) no niega que exista una “pretensão à segurança” en el plano del derecho material. Lo que no admite es que tal pretensión sea tutelada a través de la acción cautelar. Según él, “a pretensão à segurança do direito substancial é exercitável mediante ações de conhecimento ou de execução”.*¹⁴⁶

Mas, pregunta OVIDIO, existiendo urgência que imponga una respuesta jurisdiccional pronta y adecuada - cuya influencia el propio escritor es el primero a reconocer (p. 129) - cuales deberían ser las acciones de “conocimiento” o de ejecución capaces de atender, eficiente y adecuadamente esa “pretensión a la seguridad?” por casualidad las acciones del procedimiento ordinario? No debe ovidarse que el sistema de nuestro procedimiento civil, a falta de previsión

¹⁴⁴ PASSOS, op. cit. p.37

¹⁴⁵ PASSOS, op. cit., p. 37.

¹⁴⁶ SILVA, Ovidio B. *Teoría de la acción*. op.cit. p.45

específica que atribuya a una determinada pretensión un procedimiento especial diferente del ordinario, impone la ordinariadad como instrumento procedimental genérico e irrecusable.¹⁴⁷

Al final, cuales acciones, de “conocimiento” o de ejecución, serían competentes y adecuadas como respuesta jurisdiccional para la tutela de esa “pretensión” de seguridad”, puesta delante de una situación de amenaza de daño irreparable al derecho de que ella es la expresión dinámica? Ni Calmon de Passos ni ninguno de aquellos que niegam la relación entre la tutela cautelar y el derecho material a la seguridad, jamás respondieron ni podrán responder a esta pregunta.¹⁴⁸

O que caracteriza a proteção de mera segurança é tutelar jurisdicionalmente situações aceitas como plausíveis pelo juiz, o qual não deverá examiná-las como objeto de seu julgamento e nem sequer como elemento da cognição, a não ser como existência aparente.¹⁴⁹

A pretensão de direito material, elemento inerente ao fenômeno jurídico, deve ser buscada alhures, fora do Direito Processual.¹⁵⁰

*“Logo, temos de conceber o art. 798, como expressão, imperfeita embora, da revelação feita pelo legislador do princípio, imanente ao ordenamento jurídico, segundo o qual a lei outorga tutela não só no caso de violação da norma jurídica, mas também se propõe assegurar, concretamente, a possibilidade de sua vigência fática, dando-lhe proteção jurisdiccional, de segurança, sem implicar satisfação”.*¹⁵¹

Destarte, para o mestre OVIDIO BAPTISTA, o preceito do art. 798 deve ser interpretado como a possibilidade de a lei outorgar a tutela, além dos casos de violação da norma jurídica, mas possibilitando a asseguaração efetiva de sua vigência, outorgando segurança, sem satisfazer¹⁵²

¹⁴⁷ SILVA, Ovídio B. *Ibidem*. p.96

¹⁴⁸ SILVA, Ovídio. *Teoria de la acción*. op.cit. p.96

¹⁴⁹ SILVA, Ovídio. *A ação cautelar*. op.cit. p.150

¹⁵⁰ SILVA, Ovídio. *Ibid*. p.153

¹⁵¹ SILVA, Ovídio. *Ibid*. p.153

¹⁵² SILVA, OVIDIO. *A ação cautelar inominada*. op.cit. p.154

O problema da situação cautelanda posta por OVÍDIO¹⁵³, parecia poder resolver-se, simplesmente, na questão da mediatidade e da imediatidade, pois a doutrina, de um modo geral, aceita que, a par da proteção imediata do processo, a proteção cautelar mediatamente tutela o direito substancial.

No entanto, dentro da concepção ovidiana, essa posição não resolve a questão do direito substancial de cautela, pois que, pressupondo OVÍDIO que, in casu, prescinde-se de um futuro processo principal, suprime justamente a referibilidade exigida pela mediatidade.

Há que se verificar, ainda, que o mestre OVÍDIO, ao sustentar a existência da situação acautelanda, não elimina (e nem o poderia fazer), a possibilidade contrária “que é a comum e encontrada na prática, de ações cautelares ligadas, em relação de dependência, a processo principal, embora sejam elas autônomas sob o ponto de vista processual”. E prossegue, dizendo que a dependência, embora normal, “não é essencial ao juízo cautelar”¹⁵⁴, pois que, ...”a proteção cautelar pode ser pedida por quem não pretende, jamais litigar sobre a relação jurídica assegurada e nem mesmo prometa postular uma futura demanda que “acerte”, de modo definitivo e exauriente, em cognição de maior profundidade (eficácia capaz de produzir coisa julgada material); o juízo de mera probabilidade (fumus boni iuris) que fundamentou a proteção cautelar.”¹⁵⁵

Propõe, então OVÍDIO, interprete-se igualmente o art. 798 e o art. 4º, no que diz respeito à previsão da ação declaratória, pois que “ambos se referem à ação de direito material, à segurança, ou à declaração”¹⁵⁶.

Aos que não aceitam o direito substancial de cautela, contrapõe OVÍDIO, a teoria dos denominados “direitos potestativos de Chiovenda, que tem merecido o apoio da

¹⁵³ SILVA, Ovídio. *Ibidem*, p.61

¹⁵⁴ SILVA, Ovídio. *Ibidem*, p.61.

¹⁵⁵ SILVA, Ovídio. *Ibidem*, p.60-61

¹⁵⁶ SILVA, Ovídio de. *A ação cautelar inominada*. op.cit. p.154

doutrina - segunda a qual “há um direito à mudança ou à constituição de uma nova situação jurídica”, sem uma correspondente obrigação de suportar tal mudança.¹⁵⁷

E, para OVÍDIO, resta cada vez mais firme o entendimento de que o “resultado da proteção cautelar não se liga exclusivamente ao resultado de um processo”, mas, extrapola-o, produzindo efeitos na situação de direito substancial...”¹⁵⁸

Puede afirmarse ciertamente que el verdadero fundamento de la pretensión a la seguridad, o del “derecho substancial de cautela”, emana de un principio de naturaleza constitucional inmanente a todo el Estado de derecho. Su mayor o menor extensión dependerá de múltiples contingencias y factores históricos, sociales y políticos, pero su dimensión constitucional es hoy reconocida no sólo por la doctrina europea, sino por los juristas americanos”..¹⁵⁹

Lo que ha embarazado la doctrina e impedido a los procesalistas aceptar la existencia de un derecho substancial de cautelar es un antiguo vicio de concebir invariablemente la función jurisdiccional como productora de cosa juzgada..¹⁶⁰

“...la sentencia cautelar, aunque conserve su naturaleza esencial de acto jurisdiccional, no produce cosa juzgada, precisamente porque ordena más que juzga, tal como acontecía con los interdictos romanos que componían el denominado imperium mixtum pero, que efectivamente, no eran, para la concepción romana, verdadera jurisdicción.”¹⁶¹

Superada la repugnancia que la doctrina dedicaba a las sentencias de mandamiento - dado que ellas pueden contener decisión final de la controversia sin producción de cosa juzgada -, de manera que se torne posible admitir una forma de protección jurisdiccional a un derecho apenas supuesto (fumus boni iuris), sin que la sentencia lo declare existente (eficacia de cosa juzgada), el reconocimiento de un derecho substancial de cautela pasaría a ser entonces una posibilidad libremente aceptada por la doctrina.¹⁶²

Para CALMON DE PASSOS, enquanto “a pretensão de segurança de direito material é exercitável mediante ações de conhecimento e de execução”, as “pretensões à

¹⁵⁷ SILVA, Ovídio de. *Teoria de la acción cautelar* p.34

¹⁵⁸ SILVA, Ovídio. *Ibid.* p.34-35

¹⁵⁹ SILVA, Ovídio. *Ibid.* p.98

¹⁶⁰ SILVA, Ovídio. *Ibid.* p.98

¹⁶¹ SILVA, Ovídio. *Ibid.* p.99

¹⁶² SILVA, Ovídio. *Ibid.* p.99

segurança do resultado útil do processo é exercitável mediante as ações denominadas de cautelares.¹⁶³

Sobre a concepção ovidiana a respeito do “direito substancial de cautela”, diz ARMELIN ser difícil a aceitação de tal direito, pois se

“direito material existir, por si bastante à conservação ou modificação do statu quo ou à eliminação de situação de perigo, será ele atendido através de uma prestação de tutela jurisdicional satisfativa e não cautelar. O caráter autárquico de tal direito, dispensa o periculum in mora e pode ser invocado a qualquer momento, quando de sua violação, independentemente da existência de um processo ou da iminência de incoação deste”.

*Esse direito de natureza material, que pode, inclusive, exigir uma prestação de tutela jurisdicional cautelar para garantir o equilíbrio entre os litigantes e ou a eficácia da tutela jurisdicional satisfativa, futura ou pendente, não se confunde com o embasamento daquela tutela jurisdicional”.*¹⁶⁴

3 O PODER CAUTELAR GERAL ¹⁶⁵

Sobre o poder cautelar geral (inominado), diz LIEBMAN que

*la legge ha ammesso una figura di misura cautelares dai contorni meno definiti, chiamandoli provvedimenti d’urgenza, e disponendo che possano essere emanati, fuori dei casi previsti per le singole misure cautelari tipiche, quando vi sia il pericolo che, durante il tempo occorrente per far valere un diritto in via ordinaria, questo sia manaccitato da un pregiudizio imminente e irreparabile (art. 700 cod. proc. civile). Si tratta dunque di provvedimenti cautelari innominati, a cui corrisponde una azione cautelare innominata.*¹⁶⁶

¹⁶³ PASSOS, op.cit. p.34.

¹⁶⁴ ARMELIN, op. cit. p.121.

¹⁶⁵ Ainda sobre o poder cautelar geral, cf. também SAPIENZA, Carmelo. I provvedimenti d’urgenza. Milano: Dott A. Giuffrè, 1957.

¹⁶⁶ LIEBMAN, Enrico T., Manuale di diritto processuale civile, 2 ed., 1957, p.93-94

3.1 EVOLUÇÃO

Antes de se adentrar ao estudo doutrinário do poder cautelar geral, mister se faz, dentro do sistema jurídico brasileiro, que é o objeto desta modesta pesquisa, delinear, ainda que sucintamente a evolução da tutela da aparência (cautelar).

Assim, verifica-se que já nas Ordenações o assunto era objeto de referência do legislador, embora não se mostrasse, ainda, preocupação do poder geral de cautela. Tão-somente das medidas cautelares específicas ali se cuidava.

As Ordenações Afonsinas tratavam da tutela cautelar no livro Terceiro, título XXV, sob a epígrafe Do reo, que he obrigado a satisdar em Juízo, por não possuir bees de raiz.

Também as Ordenações Manuelinas referiam-se à tutela cautelar, no livro Terceiro, Título XX, escrevendo: Do reo que he obrigado a dar fiança, ou cauçam em Juízo, por nam possuir bens de raiz.

As Ordenações Filipinas (livro Terceiro, Título XXXI) , no mesmo diapasão, diziam: Quando o réo he obrigado satisfar em Juizo por não possuir bens de raiz, referindo-se, especificamente, à fiança, ao arresto e ao seqüestro.

O Regulamento 737, de 1850, por sua vez, albergava o assunto sob o Título “processos preparatórios, preventivos e incidentes, onde dava tratamento ao embargo ou arresto (arts. 321/342), a detenção pessoal (arts. 343/350), a exibição(arts. 351/355), às vendas judiciais (arts. 356/359), aos protestos (arts. 360/392), ao depósito (art. 393/402), à habilitação incidente nas causas comerciais (arts. 403/409), e ainda o embargo pendente à lide (art. 410).

É, no entanto, no Código de Processo Civil de 1939, em seu art. 675 que, ao lado das medidas cautelares específicas, surge, pela primeira vez, no ordenamento jurídico brasileiro, o poder cautelar geral, assim regulado:

Art. 675. “Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes:

I - quando do estado de fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes;

II - quando, antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, ao direito de uma das partes;

III- quando, no processo, a uma das partes for impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa”.

Todavia, as resistências a um tal poder foram imensas, tanto na doutrina como nos tribunais, sendo que LIEBMAN, à época, em suas notas às Instituições de Chiovenda, recusava-se e ver neste supracitado artigo, o poder cautelar geral, principalmente o seu exercício antecedentemente à lide, aceitando, apenas, e vacilantemente, o seu exercício na pendência da ação. Eis suas palavras: “Também na legislação brasileira omite-se atribuição expressa ao juiz de um poder acautelatório geral, de que ele se possa valer segundo as necessidades e as circunstâncias fora dos casos tradicionais especialmente previstos. Todavia os termos do art. 675 e especialmente de seu nº II são redigidos de modo tão amplo e genérico, que se pode dizer que, ao menos na pendência da lide, o juiz dispõe efetivamente dêsse poder geral”.¹⁶⁷

Nada obstante o posicionamento de Liebman, a doutrina terminou por aceitar a existência, no supracitado art. 675, do poder geral de cautela, o que, infelizmente, foi obscurecido pelos tribunais, temerosos de conceder medidas cautelares quando não se

¹⁶⁷ CHIOVENDA. *Instituições*, cit.p.280, rodapé nº 10, v. 1-B

enquadrassem nos casos especificados pelo Código de 1939, em seu art. 676. (que se referia às medidas preventivas ali nominadas pelo Legislador).

Os juristas, de um modo geral, referem-se ao Código de Processo Civil italiano de 1942, artigo 700, regulador dos “provvedimenti d’urgenza”, como influenciador dos artigos 798 e 799, do atual Código de Processo Civil brasileiro, que trata do denominado poder cautelar geral para uns, ou poder geral de cautela, para outros.¹⁶⁸

Para que se possa bem situar e interpretar, essa apregoada norma em branco, é de bom alvitre anotar que o art. 700 acima referido foi, por sua vez, inspirado no art. 324 do Projeto Carnelutti.¹⁶⁹

Mas, já no Código de Processo Civil italiano de 1865, o magistral jurista CHIOVENDA, defendia a tese da existência desse tipo de poder, no que era refutado por CALAMANDREI.

Assim argumentava CALAMANDREI :

Il CHIOVENDA risolve affermativamente il problema, e insegna che, como esiste in altre legislazioni una disciplina generale delle misure cautelari (enstweilige Verfügung della CPO germ. par 935-945), così anche nella nostra legge deve ritenersi implicitamente esistente ‘ la figura generale del provvedimento provvisorio cautelare; è rimesso completamente al ‘giudice di stabilirne l’opportunità e la natura’ (1). Ma, pur riconoscendo i grandi vantaggi pratici che presenterebbe la soluzione insegnata dal nostro Maestro, non mi sembra che essa sia sostenibile nel nostro diritto positivo. Se vi è nella nostra legge processuale qualche articolo che parla in genere di ‘ provvedimenti conservator o interinali’ (art. 389 Cod.l proc. civ., art. 39 r. decr. 31 agosto 1901) o di provvedimenti ‘d’urgenza’ (art. 182 Cod. proc. civ.) senza ulteriore specificazione, basta la lettura dei medesimi a far intendere che essi si limitano a stabilire in quali forme deve o

¹⁶⁸ Diz o art. 700 do CPC italiano de 1942: “Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chia ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice provvedimenti d’urgenza che appaiano, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti dela decisione sul merito”.

¹⁶⁹ Art. 324 do P.Carnelutti era assim redigido: “Quando dallo stato di fatto di una lite sorga ragionevole timore che i litiganti commettano violenza, ovvero che si compiano prima della decisione atti tali da poter ledere in modo grve e non facilmente e sicuramente riparabile e diritto controverso, ovvero che nel processo una delle parti si trovi in condizione di grave inferiorità di fronte all’altra, il giudice può prendere i provvedimenti provvisori idonei ad evitare che il pericolo si avveri. In particolare, e ferma ogni disposizione speciale della legge, può disporre il sequestro di una cosa mobile o immobile, vietare o autorizaare il compimento di certi atti, assegnare somme provvisionalio, imporre cauzione”.

può essere fatta valere l'azione cautelare, quando ne esistono le condizioni (specificate da altri articoli: per es. art. 921 e 924 Cod. proc. civ.), ma non mirano ad aggiungere, alle azioni cautelari nominate dalla nostra legge, un'azione cautelare generica e innominata (2) di cui nessun articolo determina le condizioni. D'altra parte, anche prescindendo da queste considerazioni strettamente esegetiche, mi pare che gli stessi principi generali del diritto processuale portino alla soluzione negativa. Se alla base di ogni ordinamento processuale sta quel principio (di cui così fruttuosamente si è valso lo stesso CHIOVENDA per dimostrare l'ammissibilità nel nostro diritto, anche in mancanza di una norma espressa, dell'azione di mero accertamento come figura generale, secondo il quale, purchè esista l'interesse ad agire, 'con ciò stesso è autorizzata ogni domanda giudiziale che tenda ad evitare il danno che si verificherebbe se la legge non fosse attuata, a meno che la legge contenga limitazioni espresse', non mi sembra peraltro che l'interesse ad agire possa bastare per autorizzare domande volte ad ottenere un provvedimento giudiziale che la legge non prevede espressamente quando la emanazione di questo provvedimento debba avvenire in forme speciali diverse da quelle del processo ordinario, o attraverso una istruttoria meno esauriente, o addirittura, come avviene in tutti i provvedimenti cautelari, non in base ad un regolare accertamento, ma solo nella supposizione della esistenza di un diritto.¹⁷⁰

Também por sua influência na doutrina nacional e pela insistente necessidade com que a hermenêutica deles fazem uso, devem ser referidos, ainda, os dispositivos do Estatuto Processual Civil alemão e do português.

Começando pelo Estatuto germânico, tem-se os parágrafos 935 e 940 da ZPO (Zivilprozessordnung),:

Par. 935: "Pode o juiz adotar medidas provisórias de segurança, relativas à coisa litigiosa, quando for de temer que modificações do estado atual possam frustrar ou tornar notavelmente difícil a satisfação do direito da parte".

E o parág. 940: "Permite-se a adoção de medidas cautelares para regular um estado provisional, respeitante a uma relação jurídica controvertida, se tal regulamento se considerar necessário para evitar prejuízos de monta ou atos de força que a ameacem, ou por outros motivos, especialmente quando se tratar de relações jurídicas permanentes".

¹⁷⁰ CALAMANDREI, op.cit., p.49-50.

No que diz respeito ao ao Código português, tem-se, em seu art. 399, verbis:

Art. 399. “Quando alguém mostre fundado receio de que outrem, antes de a ação ser proposta ou na pendência dela, cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer, se ao caso não convier nenhum dos procedimentos regulados neste capítulo, as providências adequadas à situação, nomeadamente a autorização para a prática de determinados atos, a intimação para que o réu se abstenha de certa conduta ou a entrega dos bens móveis ou imóveis que constituem objeto da ação, a um terceiro, seu fiel depositário”.

As cautelares, para o Código de Processo Civil lusitano, não passam de simples procedimentos (não são ações), conforme se deduz do Capítulo IV, “Dos procedimentos cautelares”, sendo que o supracitado art. 399, na Secção V, , tem a precedê-lo o título “Providências cautelares não especificadas”.

E, sua utilização é supletiva e subsidiária dos procedimentos ali nominalmente regulados

Já no direito processual brasileiro, destaca JOSÉ ABREU, que o poder geral de cautela “é providência de maior valia e do mais vasto alcance, instrumental que a nossa lei defere ao magistrado para que ele assuma função criativa, de grande responsabilidade, para ser manejada com prudente arbítrio”¹⁷¹... e, informa, à mesma página que “esta atribuição tão avantajada é admitida pela legislação processual moderna dos diversos povos, sempre para permitir ao juiz que possa socorrer um direito ameaçado de lesão, ante a falta de um remédio expressamente admitido pela lei”

O poder-dever imposto , ao juiz, pelo art. 126 ¹⁷², para preencher as lacunas que encontrar no direito positivo é visto, por Moniz Aragão, como perfeitamente possível de se

¹⁷¹ ABREU, Jose. **Os procedimentos cautelares no novo código de processo civil**. 2.ed. Rio de Janeiro:Forense, 1986, p.57.

¹⁷² Assim preceitua o art. 126: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito”.

estender à medida cautelar inominada, sempre que se configurar a necessidade de assegurar a eficácia do desempenho da função jurisdicional.¹⁷³

No caso do art.799, as prescrições ali contidas são *numerus apertus*, o que permite certa liberdade ao juiz não só para “autorizar” como impor “a prática de determinados atos”, quando e “sempre que possível a coerção material em espécie”.¹⁷⁴

Para CALMON DE PASSOS, o poder geral de cautela do magistrado não é, como alguns apregoam, uma novidade , mas “é algo ínsito ao próprio poder jurisdicional do magistrado, construível mesmo ao arrepio de qualquer texto de lei que o autorize ou discipline”.¹⁷⁵

Traz, como reforço de sua posição o ensinamento de CHIOVENDA, que afirmava que a exigência do art. 36 do Código de Processo Civil italiano de 1865, como condição de acionar, o interesse, “continha implicitamente a autorização legislativa para a acionabilidade das pretensões meramente declaratórias”.¹⁷⁶

Na verdade, uma vez existente o ordenamento judicial e processual, a própria natureza do poder Jurisdicional exige tenha o juiz o poder-dever de apreciar o fatos, dar-lhes o adequado enquadramento jurídico e outorgar a tutela pertinente, sob pena de “negar-se a efetividade da própria tutela jurídica, por conseguinte, do próprio ordenamento jurídico”.¹⁷⁷

Ínsito a esse poder geral está o direito de as partes terem apreciadas suas pretensões, sejam elas de certificação do direito, sua execução ou a sua segurança e, o direito

¹⁷³ ARAGÃO, E. D. Moniz de. Op.cit. p. 46.

¹⁷⁴ LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p.176-177.

¹⁷⁵ PASSOS, op.cit. p.50.

¹⁷⁶ PASSOS, op.cit. p.50.

¹⁷⁷ PASSOS, op. cit., p.50.

assegurado “tanto é o direito material quanto o que tem por objeto o bem da vida jurídico que é o processo”.¹⁷⁸

É de se ressaltar que, para CALMON DE PASSOS, o poder contido no art. 798 do Estatuto Processual Civil brasileiro, é decorrência normal e necessária da função jurisdicional, e o art. só regula os pressupostos de sua invocação pelos interessados. Nada é atribuído ao magistrado que este não teria caso inexistisse o poder geral expresso.¹⁷⁹

Para JOSÉ ABREU, o poder cautelar geral, que é uma atribuição “amplíssima, em que a cautela e a garantia ao pretense direito pode traduzir-se em providências improvisadas - despidas de forma preconstituídas, sempre inseridas nos limites de um “prudente arbítrio”, destinadas que são a remediar situações que não foram objeto de previsão antecipada”.¹⁸⁰

Esse denominado poder cautelar geral, para MONIZ ARAGÃO, “não prescreve uma conduta que o magistrado deva seguir in procedendo; explicita a norma aplicável in iudicando, o que extravasa do âmbito das regras procedimentais”.¹⁸¹

Em sua hermenêutica do art. 798, bem lembra Moniz Aragão, que a referência às “partes” ali, é algo de novo e não estava no art. 675 do Código de Processo Civil de 1939 e não constava do art. 399 do Código português, nem do art. 700 do Código de Processo Civil italiano, que não continham tal restrição.¹⁸²

Para LUIZ ALBERTO HOFF, o poder cautelar geral outorga, ao juiz, “a base legal” para “decidir diante do imprevisto”.¹⁸³

¹⁷⁸ Idem, ibidem, op. cit., p.51.

¹⁷⁹ Idem, ibidem, op. cit., p.51.

¹⁸⁰ ABREU, Os procedimentos cautelares no novo CPC, 2 ed., R. Janeiro, 1986, p.56

¹⁸¹ ARAGÃO, E.D. Moniz. Medidas cautelares inominadas. In *Revista brasileira de Direito Processual*, Forense, 1º trimestre. 1988, v. 57, p. 34.

¹⁸² ARAGÃO, ibidem, p.38

¹⁸³ HOFF, Luis ALBERTO. *Reflexões em torno do processo cautelar*. S. Paulo: RT, 1992, p.19.

O Poder cautelar geral, disciplinado nos artigos 798 e 799 do Estatuto Processual Civil brasileiro, inspirado no art. 324 do Projeto Carnelutti, tem, para OVÍDIO mais afinidade com os processos monitorios, “cuja estrutura sustenta-se na idéia de antecipação dos efeitos executórios obtidos com a sentença liminar (satisfativa) - do que, verdadeiramente, com a consagração de alguma forma de tutela à pretensão de segurança”.

Daí, conclui, “sua irresistível vocação para as denominadas ‘cautelares-satisfativas’, o que não passou despercebido a PROTO PISANI.(Sulla tutela giurisdizionale differenziata, Riv. Dir. Proc., 1979,p.575), que apontou ser o interesse de Calamandrei, ao escrever sobre medidas cautelares, direcionado aos provimentos monitorios, que são antecipatórios dos efeitos da sentença de mérito, “contornando a morosidade do procedimento ordinário.

Para SYDNEY SANCHES, o poder cautelar geral do juiz consiste “na jurisdição, que exerce, acautelando provável direito da parte, com medidas genéricas e abstratamente admitidas pelo Código”.¹⁸⁴

Para SANCHES, “nas hipóteses do art. 798, o juiz não age de ofício, pois a isso não está autorizado expressamente, como se exige no art. 797”.¹⁸⁵

Segundo S. SANCHES, “O Poder cautelar geral do juiz exercita-se através de provimentos em ações cautelares ou simples medidas cautelares”.¹⁸⁶

Divide as condições da ação cautelar para o exercício do poder geral de cautela em a) condições gerais (possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade para a causa (ativa e passiva); b) condições especiais (fumus boni juris e periculum in mora. que

¹⁸⁴ SANCHEZ, Sidney, *Revista dos Tribunais*, v. 587, p.13-14.set.1984.

¹⁸⁵ SANCHEZ, Sidney. *Ibidem*, p.15.

¹⁸⁶ SANCHEZ, Sidney. *ibidem*, p.17

também, segundo Sanches, podem ser considerados requisitos de mérito da pretensão à segurança).¹⁸⁷

Nesse campo do poder cautelar geral do juiz, não é de pouca importância o denominado fenômeno de publicização do direito que, deixando de ser apenas um instrumento das partes e para a realização de seu pretense direito, passou a ser encarado como instrumento por excelência para que o Estado possa atingir seu escopo sócio jurídico, que é a pacificação com justiça.

Assim, “Com o abandono da concepção privatista e a consequente compreensão do processo como atividade essencialmente de direito público - envolvente da própria autoridade de Estado -, a ciência processual (espécie do gênero ciência jurídica) ganhou novo matiz e, por efeito, alargou seus horizontes, ganhando ímpeto até então inimaginável”.¹⁸⁸

Nos tempos atuais, uma maior conscientização quanto à necessidade proteção dos direitos ou das coisas, colaborou para a aceitação e ampliação do manejo do poder cautelar geral, teleologicamente predisposto a garantir a efetividade do processo.¹⁸⁹

Pelo “poder cautelar geral e genérico do Juiz é que deverá prover cada situação concreta de perigo jurídico, procurando ajustar a medida cautelar própria vindicada (poder cautelar geral) o mesmo ex officio (poder cautelar genérico) para determinada situação, apenas dispondo consertivamente, nada antecipando quanto à decisão final”.¹⁹⁰

¹⁸⁷ SANCHEZ, Sidney. *ibidem*, p.17

¹⁸⁸ FRIEDE, R. Reis. *Aspectos fundamentais das medidas liminares em mandado de segurança ação cautelar ação civil pública ação popular*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p.65-66.

¹⁸⁹ *Idem*, *ibidem*, *Aspectos fundamentais das medidas liminares*, 1993, p.66.

¹⁹⁰ *Id.* *ibidem*, p.68

3.2 CABIMENTO

Embora dentro da designação dada por Chiovenda, de “mera ação”, à “ação cautelar”, em virtude de existir como poder atual sem que se saiba se o direito acautelado existe, é possível, segundo MONIZ ARAGÃO, requerer medida cautelar já existente o direito, como sói acontecer quando se acautela a execução de uma sentença de mérito já trânsita em julgado.¹⁹¹

O cabimento da cautela inominada pode dar-se no processo de conhecimento (incidentalmente ou antecedentemente), no processo de execução (aqui precedentemente só quanto aos títulos extrajudiciais) e no curso do próprio processo cautelar.¹⁹²

Também onde inexistir lide, como é o caso da denominada jurisdição voluntária, cabe a utilização de medidas cautelares, inclusive requeridas pelo M.P. e os interessados.¹⁹³

¹⁹⁴

Em curso o processo e nele surgindo ameaça de lesão, possível ao Ministério Público¹⁹⁵ requerer medidas cautelares, ainda que sua atuação se dê, na condição de custos legis¹⁹⁶, para evitar que o “resultado final do processo caia no vazio (tal como poderia fazê-lo o próprio juiz, de ofício). Em processos cautelares antecedentes, porém, “a atuação do MP fica circunscrita aos casos em que, por lei, poder exercer o direito de ação”^{197 198}.

¹⁹¹ ARAGÃO, E. D. Moniz. Revista, v. 57, p. 34.

¹⁹² ARAGÃO, *ibidem* p.38

¹⁹³ Diz o art. 1.104 do CPC: “o Procedimento terá início por provocação do interessado ou do Ministério Público, cabendo-lhes formular o pedido em requerimento dirigido ao juiz, devidamente instruído com os documentos necessários e com a indicação da providência judicial”

¹⁹⁴ ARAGÃO, *ibidem* p.39

¹⁹⁵ Reza o art. 127 da **Constituição Federal**, verbis: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

¹⁹⁶ Preceitua o art. 83 do CPC: Intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público: I,(omissis); II) poderá juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade”.

¹⁹⁷ Cf. o art. 81 do CPC, art. 129, principalmente incisos II usque V; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**, 3 ed. S. Paulo: RT, 1994, principalmente sobre o título Tutela cautelar, págs.112-123, com jurisprudências e pareceres no Apêndice.

¹⁹⁸ ARAGÃO, *ibidem* p.39

*PONTES DE MIRANDA, nada obstante informar que as ações constitutivas “não autorizam as medidas cautelares (obviamente incluem se aqui, a inominadas), diz que isto só é verdadeiro se se entende que “a proposição só alude à segurança da pretensão, não à da prova. RUDOLF POLLAK estava certo (System, 1037): para a pretensão de constituição de direito (Rechtsgestaltungsanspruch), nenhuma (pretensão à tutela jurídica) se pode dar à segurança pela execução para posição assegurativa.” Sempre, porém, que se trata de assegurar a constituição jurídica, as medidas são admissíveis desde que se coadune com a sua espécie a finalidade cautelar”.*¹⁹⁹

GALENO LACERDA, afirma ser possível a concessão de medida de segurança nas ações constitutivas. Diz ele; “A verdade é que, nas ações constitutivas, o autor possui, a partir dos fatos (se favoráveis), um direito que a doutrina tem chamado de potestativo, ao reconhecimento judicial. Embora não haja, ainda, poder direto sobre o bem, há o direito de obter a constituição judicial desse poder. Isto basta, arremata, para autorizar a medida de segurança”.²⁰⁰

Uma questão que pode aqui se por é a do cabimento ou não do poder cautelar geral no caso em que a lei já tipifica as condições para a concessão da medida, quando tais condições não se fazem presentes ou não estão completas.

GALENO LACERDA decide pela negativa, afirmando que “o poder genérico e inominado não cabe se existirem no ordenamento jurídico outros meios típicos de tutela, previstos para a espécie”, informando que essa restrição vem “expressa na doutrina e na jurisprudência, praticamente, de todos os países que adotam a cautela atípica”.²⁰¹

No entanto, coloca que “tem-se admitido o uso de medidas inominadas, em função de situações jurídicas aptas, em tese, para providências específicas, sempre que as

¹⁹⁹ MIRANDA, F. Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1976, op. cit. p.20.

²⁰⁰ Id. *Ibidem*. Rio de Janeiro: *Forense*, 1980, v.8, tomo 1, p.165.

²⁰¹ *Comentário ao CPC*, 1980, v.8, tomo 1, op. cit. p.159.

circunstâncias e os pressupostos se apresentem de modo diverso dos legalmente previstos para estas últimas”^{202 203}

MONIZ ARAGÃO, aventa a hipótese contrária, ou seja, estando presentes os requisitos para a decretação da medida típica, seria possível ao juiz decretar medida atípica?

Embora trazendo a resposta negativa de F. BAUR, ARAGÃO, diz que, no caso do direito brasileiro, há essa possibilidade, caso seja possível obter um resultado “igualmente adequado e suficiente” (o qual autorizaria a “substituição” da medida pela caução (art.805) ou sua “modificação” (art. 807), capaz de ser “menos gravoso” (art. 620) para a outra parte (aliud porém minus). (Posição idêntica adota ARMELIN, na questão da fungibilidade;adiante abordada).

Exemplifica: “suponha-se que ao invés do arresto de bens imóveis o juiz vede a alienação ou a oneração e isso baste ao fim da tutela jurídica cautelar.”²⁰⁴

CRUZ E TUCCI, levanta a hipótese de, se seria possível “lograr se a suspensão do respectivo processo executivo por meio de medida cautelar inominada, arimada nos arts. 798 e 799 do CPC.”²⁰⁵

Citando, Araken e Ovídio, opta pela possibilidade,, advertindo que “ a inequívoca relevância do tema recomenda aos tribunais prudência redobrada, a fim de que a concessão de liminar, na hipótese alvitrada, “evite malefício à boa administração da Justiça de se tornar a panacéias dos devedores relapsos...”²⁰⁶

ARAKEN DE ASSIS, ressaltando a falta de pacificação no direito comparado,estribado em opinião de GALENO LACERDA e OVÍDIO BAPTISTA,

²⁰² Idem, ibidem, 1980, p.160.

²⁰³ SILVA, Ovídio, Ibid., p.249-262

²⁰⁴ ARAGÃO, E.D. Moniz de. **Medidas cautelares inominadas**. Rev., v. 51, op. cit., p.56-57.

²⁰⁵ CRUZ E TUCCI, José de Magalhães. **Processo civil: realidade e justiça**. S.Paulo : Saraiva, p.43-44.

²⁰⁶ CRUZ E TUCCI, José de Magalhães. **Processo civil: realidade e justiça**. S.Paulo : Saraiva, p.44

levanta a hipótese da suspensão cautelar do processo executivo, asseverando que tal possibilidade é ainda maior quando se refere à execução extrajudicial, onde a execução se dá sem que o título exequendo tenha se submetido à análise judicial.²⁰⁷

E vai além dizendo que “Levada às últimas consequências, aliás, a tese se presta a conferir efeito suspensivo à apelação contra a sentença que julgou improcedente os embargos, sem prejuízo do mandado de segurança embebido do mesmo fim, porque, caso contrário, a execução estaria se desenvolvendo definitivamente”.²⁰⁸

É de se observar que OVÍDIO BAPTISTA admite a suspensão da execução mediante o emprego de ação cautelar autônoma, jamais incidente no bojo de ação rescisória (base do exemplo de ARAKEN). OVÍDIO, ressaltando que, só se suspendem os efeitos, não havendo interferência com a eficácia de coisa julgada da sentença.^{209 210}

JOSÉ AUGUSTO DELGADO, afirma que , não tem cabimento a medida cautelar em ação declaratória, “pelo simples fato de não ser possível a sua execução”.²¹¹

E explica: “A sentença da declaratória é preceito. Apenas afirma o ser ou o não-ser da relação discutida. Nada mais. Não tem função reparativa, enquanto a medida cautelar visa a garantir, no futuro, a reparação. É patente a inconciliabilidade entre uma e outra”.²¹²

Mas, pergunta-se, nem mesmo para a asseguaração de provas, admite-se a cautelar, nas declaratórias?, configurando a exceção levantada por PONTES DE MIRANDA, no caso das ações constitutivas?

Pensa-se que sim.

²⁰⁷ ASSIS, Araken. *Manual do processo de execução*. Porto Alegre: Lejur, 1987, v.2., p.940.

²⁰⁸ ASSIS, op.cit.p.940.

²⁰⁹ SILVA, Ovídio. *Comentários ao código de processo civil*. op.cit. p.139.

²¹⁰ Ainda , a respeito, ver; LACERDA, Galeno. Ação rescisória e suspensão cautelar da execução do julgado rescindendo. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 8, n. 29, p;38-40, principalmente p. 40, com sua conclusão positiva de acordo com o art. 798 do CPC. e BARBI, Celso Agrícola. Mandado de segurança contra ato judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 9, n. 36, p. 24-33, 1984, principalmente p. 32, n. 22.

²¹¹ DELGADO, J.Agugosto. Ação declaratória e medida cautelar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a.73, p.275 set.1984

²¹² DELGADO, Idem. *ibid.* p.275

E, a sentença declaratória, diz, atende a uma pretensão sem segurança, de cunho meramente declarativo, o que, também, a incompatibilizaria com a teleologia da medida cautelar, acrescenta-se.

3.3 FORMA DE SUA MANIFESTAÇÃO

3.3.1 Tutela Cautelar Ex Officio

Quer-se, neste título, não a classificação da tutela de urgência, que OVÍDIO,²¹³ à similitude do que ocorre no direito italiano, divide em tutela de urgência satisfativa autônoma, tutela de urgência interinal e tutela de urgência propriamente cautelar. Só a esta última, refere-se o presente trabalho.

De duas e diferentes formas pode se manifestar a tutela da aparência: de regra geral, sua atuação dá-se mediante provocação de uma das partes, em obediência ao princípio da demanda (dela já se falou e falar-se-á durante o inteiro transcorrer dessas considerações, quando outra não se nominar); como exceção, essa manifestação pode dar-se ex officio, que quer dizer por iniciativa e autoridade do próprio órgão jurisdicional, representado pelo Poder Judiciário.

Da segunda dessas formas fala-se agora.

O tema é delicado e, dentro do processo cautelar, não se despende muito tempo no trato do assunto. A questão parece ser tão difícil quanto óbvia. É uma forma de manifestação estranha, mas, de maneira geral,²¹⁴ não contestada pela doutrina. Faz-se

²¹³ SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil**, op.cit.

²¹⁴ No ano de 1975, no "Simpósio de Curitiba", os processualistas decidiram que "no caso do art. 797 não pode o juiz agir de ofício"., conforme consta da **Revista da Faculdade de Direito** (da Universidade Federal do Paraná), n. 17, conclusão LXV, p.256.

necessário, dentro da limitação do tema, algumas ponderações a respeito desse modus procedendi, no bojo do poder cautelar geral, que é do que se trata neste trabalho.

Se, ainda, quando provocada por uma das partes, a atuação do magistrado, em cognição sumária, inaudita altera parte, não deixa de provocar arrepios (mesmo levando-se em conta a provisoriedade do resultado), à vista da aparente afronta ao princípio constitucional da igualdade das partes, que acaba englobando os princípios do contraditório e da ampla defesa, o que dizer quando, sem provocação, venha a manifestar-se o Judiciário, em aparente desrespeito ao princípio da demanda, incrustado no art. 2º do Código de Processo Civil, que proíbe a prestação da tutela jurisdicional, a não ser quando requerida pela parte?

Como se disse, a afronta é apenas aparente, primeiro porque o próprio Código autoriza essa maneira de atuar, quando preceitua, no art. 797, verbis:

“Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares **sem a audiência das partes**”(sem grifo no original).

Segundo, porque essa iniciativa não impede à parte de, sentido-se prejudicada, provocar o seu reexame e, além do mais, a vigiliância do próprio sistema jurídico, não permite o arbítrio desse atuar, além de limitá-lo a casos excepcionalíssimos, como se poderá conferir através dos ensinamentos dos doutos.

Terceiro, porque, como se verificará, essa manifestação motu proprio não é assim tão livre como aparenta ser. A bem da verdade, não pode (e nisso a doutrina é unânime), haver manifestação ex officio antes de instaurada a ação; ou seja, esse atuar só pode acontecer incidentalmente, como um ato ou medida processual, jamais adquirirá os contornos de uma ação.

Nesse diapasão, já se manifestara LIEBMAN, sob os auspícios do Código de Processo Civil de 1939, dizendo, em suas notas sobre as Instituições, de Chiovenda, que:

*“Nenhuma palavra da disposição mencionada permite, pelo contrário, considerar (HUGO SIMAS, Comentário ao Código de P.Civ., ed. Revista Forense, vol VIII, Rio de Janeiro, 1940, pág. 7) que as medidas aí previstas possam ser tomadas por iniciativa do juiz, antes que a pedido da parte interessada. A importância de tal disposição reside na atribuição ao juiz de um poder mais vasto e discrecionário, não, ao revés, de uma iniciativa, que seria de todo excepcional no sistema do Código, rigorosamente fiel ao princípio nemo iudex sine actore (cf. arts. 682, 683, 684, 685, 686, 688). Não é possível invocar em contrário o art. 117, referente à faculdade do juiz em matéria de instrução da causa, e que não lhe atribui de modo nenhum o poder de se pronunciar sobre coisa não demandada, que violaria o princípio geral do art. 4º, Cód. Proc. Civil”.*²¹⁵

Para CALMON não se trata de casos excepcionais e “expressamente autorizados por lei” e sim de “casos excepcionais” ou “expressamente autorizados por lei”.²¹⁶

RAMOS VASCONCELOS diz que “se aplica à tutela cautelar o princípio dispositivo nemo iudex sine actore” e o art. 798 “não confere ao juiz o poder de determinar ex officio quaisquer medidas liminares”²¹⁷

GALENO LACERDA, que classifica a cautela ex officio como ato judicial de natureza administrativa, afirma que não existe qualquer possibilidade de contradição com o princípio “nemo iudex ex officio, consagrado pelo no art. 2º do Código, além do que, continua, a regra é que “o respectivo pronunciamento resulte provocado”²¹⁸.

Na verdade, hodiernamente, é impossível fugir à força avassaladora com que se tem imposto o poder cautelar geral.²¹⁹

²¹⁵ LIEBMAN, op.cit. p. 280.

²¹⁶ ARAGÃO, op.cit. p.41.

²¹⁷ VASCONCELOS, Antônio V. Ramos. Perfil do processo cautelar. *Revista de processo*, S. Paulo, a. 18, n. 72, p.44.

²¹⁸ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 111-112.

²¹⁹ “propaga-se hoje o entendimento de que a tutela cautelar atípica ‘constituisca una componente essenziale ed ineliminabile della tutela giurisdizionale’, sempre que houver risco de dano irreparável, de modo ‘que nessun legislatore ordinario potrà pretermettere, pena la

Para GALENO LACERDA, conforme já assinalara Calamandrei, o regramento do retrocitado art. 797 pode ser conceituado como um “autêntico poder de polícia do juiz, no resguardo de bens e pessoas confiados por lei à sua autoridade”²²⁰.

*E, no mesmo sentido, fundado na mesma fonte, diz OVIDIO BAPTISTA, que “O poder, reconhecido ao magistrado, para a decretação de medidas cautelares destinadas a ‘salvaguardar o imperium iudicis’, dão lugar às medidas cautelares ex-officio, pois, em tais casos, como o próprio CALAMANDREI reconhece, não se trata de defender direito das partes, quando a decretação das medidas cautelares haveria de ficar na dependência de requerimento da parte interessada, e sim de armar o magistrado de poderes que lhe possibilitem a defesa da jurisdição”.*²²¹

Na verdade, a questão de haver violação do princípio da demanda, não passa de um “equivoco manifesto” em se reduzir o processo civil ao “só império do princípio dispositivo”, em que o juiz fique dependente da vontade dos interessados, pois que, “os valores disponíveis que convergem para o processo civil talvez se contem em menor nº do que os indisponíveis, onde interesses públicos e sociais sobrelevam”²²².

Ademais, vedação não há a que se venha provocar essa atuação motu proprio.

Para o eminente jurista, só é admissível a atuação do juiz ex officio, se e quando essa atuação estiver dentro dos atos por ele denominados de administrativos, pois havendo questão, o ato assume caráter jurisdicional, requerendo (Lacerda não o diz claramente) seja provocada essa atuação, pois que aí, haverá solução do conflito.²²³

Para OVIDIO BAPTISTA,²²⁴ a atuação ex officio se dá por

entra in crisi dei più elementaria principi cardine di ogni moderno sistema processuale”(Andrea Proto Pisani, Appunti sulla tutela cautelares nel processo civile, apud Ovidio Baptista, op.cit. 1993, v. 3, p.13-14.

²²⁰ LACERDA, op.cit.p.113

²²¹ SILVA, Ovidio Baptista. Curso, v. 3, p.70, op. cit.

²²² SILVA, Ovidio, idem p.70

²²³ Idem, ibidem, p.133.

²²⁴ No seu **Curso de Processo Civil**. Porto Alegre: S.A. Fabris, v. 3, p. 10, o Professor Ovidio Baptista afirma que é o poder cautelar geral do juiz que dá ensejo às medidas cautelares “*ex officio*”.

“simples medidas cautelares, sem conteúdo de ação, decretáveis sempre no curso de outro processo. As medidas contidas no art. 797 jamais poderão ser preparatórias ou antecedentes. Serão invariavelmente incidentes. E mais: serão medidas do processo (Liebman) em que ocorrem, no sentido de que não integram uma lide cautelar especial, como acontece, por exemplo, com as verdadeiras ações cautelares. As medidas do art. 797 não têm autonomia procedimental, mesmo porque, decretáveis ex officio, nem se compreenderia que o juiz antes de proferi-las formasse algum processo cautelar acessório”²²⁵

Nada obstante afirmar que tais medidas cautelares só podem ser decretadas nos “casos expressamente autorizados por lei”, sugere o Professor OVÍDIO que “Haveria, sem dúvida, maior coerência doutrinária se as medidas de “polícia judiciária” pudessem ser sempre decretadas pelo juiz, independentemente de prévia permissão legal”²²⁶

Segundo Sydney SANCHES, em exegese ao art. 797 do CPC, só é possível ao juiz outorgar medidas cautelares (tanto as genéricas como as específicas) quando expressamente autorizado por lei²²⁷

GRECO FILHO, discorrendo sobre o poder cautelar geral, diz que ele atua de duas formas: “a) quando a parte, presentes os pressupostos, requer a instauração, preventiva ou incidental, de processo cautelar, pleiteando medida não prevista no rol legal e, portanto, chamada de inominada; b) nos próprios autos do processo de conhecimento ou de execução, quando uma situação de emergência exige a atuação imediata do juiz independentemente de processo cautelar e mesmo de iniciativa da parte.”²²⁸

Dizendo que esta segunda forma de manifestação é pouco estudada pela doutrina, conclui:

²²⁵ **Comentários ao código de processo civil.** Porto Alegre: LeJur Letras Jurídicas Editora, 1985, p. 108.

²²⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Comentários ao CPC**, 1985, p.108-109.

²²⁷ SANCHES, Sydney. Poder cautelar geral do juiz. in **Revista dos Tribunais**. set/84, v. 587, p. 14

²²⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 3.ed. Sao Paulo: Saraiva, 1987. p.155.

“Todavia esse poder, que se acha implícito na atividade jurisdicional e nos poderes do juiz, é de capital importância para a correta aplicação do direito ao caso concreto e preservação do eventual direito das partes”. Assim, por ex., quando o juiz, sabendo da ameaça que pode estar sofrendo uma testemunha, determina medidas, inclusive policiais, para sua proteção, está exercendo o poder geral de cautela. Igualmente, quando o juiz, numa ação de disciplina de guarda de menor, determina que a própria parte que o tem sob sua guarda no momento providencie medidas para protegê-los, atua com poder cautelar geral.”²²⁹

A seguir, afirma que “Também no processo de execução tais medidas poder ser determinadas, inclusive como explicitamente prevê o art. 793 no caso de suspensão do processo de execução.”²³⁰

MARINONI, no que pertine à concessão de medidas cautelares ex officio, diz poder o juiz revogá-las a qualquer tempo **“mesmo sem alteração das circunstâncias ou do nível cognitivo a cerca da lide.”**²³¹ (sem grifo no original).

Data venia, neste ponto, discorda-se do jovem e brilhante jurista pois, deixando-se levar por tal assertiva, poder-se-ia admitir até mesmo revogação por mero capricho. Ademais, é imprescindível in casu, a fundamentação, exigência constitucional inafastável (art. 93 - inciso IX). E também, revogações dessa natureza poderiam produzir perplexidade e desconfiança sobre a imparcialidade do órgão julgador.

3.4 EXTENSÃO

A doutrina, com especialíssimas exceções, está de acordo em que, as medidas cautelares não devem agraciar o seu beneficiário com resultado idêntico ao que seria

²²⁹ GRECO FILHO, Ibid. p.155.

²³⁰ GRECO FILHO, Ibid. p.156.

²³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**, op. cit., p. 72.

possível conseguir se acolhida a pretensão na sentença do processo principal, ou da satisfação no processo de execução, pelo pagamento ou entrega da coisa. Não só a autoridade conferida ao juiz não vai a tal ponto, como os “lindes do ato que concede medida cautelar inominada são tais que deve ser sempre possível desfazê-la a partir do momento em que se tornar insubsistente por força de o beneficiário sair vencido no processo principal”.²³²

Exceção maior e sempre citada é o casos dos alimentos provisionais, que, uma vez prestados, impossível sua repetição ou compensação ou mesmo redução, ainda que improcedente a decisão do processo principal.

Também para aqueles casos em que a decisão do juiz, mesmo que alterada, não puder reverter a situação fática criada, a exceção se aplica, sem dúvida.

O poder cautelar geral, nada obstante proporcionar ampla liberdade de atuação ao magistrado, não pode ser um poder arbitrário ou ir contra às prescrições do próprio ordenamento jurídico. Assim, a expressão “poderá o juiz vedar a prática de determinados atos, contida no art. 799 do Código de Processo Civil, não pode ir ao extremo de “proibir o que o próprio ordenamento jurídico não tolere seja proibido”.²³³

Nesse caso, o exemplo fornecido por CALMON DE PASSOS é corretamente ilustrativo, quando informa que foi submetido ao Tribunal de Justiça da Bahia um caso em que o juiz, além de determinar a sustação do protesto de uma nota promissória, vedara também o ingresso do credor em juízo para cobrá-la .

²³² ARAGÃO, E. D, op. cit. p.49.

²³³ Idem, ibidem, rev. nº 57, op. cit. p.47.

PASSOS , com correção de jurista, se posiciona contra a segunda parte da medida, pois que, pelo próprio ordenamento Constitucional ²³⁴(art.153, par. 4º) não há como privar alguém do exercício do direito de ação.²³⁵

Di-lo S. SANCHES que, o poder cautelar geral do juiz, nada obstante amplo, não é absoluto. Tem limites, não podendo o juiz, “em caráter provisório, conceder tutela mais ampla do que aquela que a parte poderia obter, em termos definitivos, no processo de conhecimento ou de execução”.²³⁶

No que tange ao seu alcance, à sua extensão, a tutela da aparência deve limitar-se pelo critério da suficiência: atingida a proteção reclamada, que deve ser aquela apenas necessária e suficiente para obstar os efeitos deletérios da demora, atendido estará o interesse da parte e cumprida a atividade jurisdicional cautelar.²³⁷

De fato, dentro da feliz assertiva de CHIOVENDA de 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”²³⁸ encontra-se, perfeitamente delineada, tanto para o processo de conhecimento como para os demais, inclusive o cautelar, a extensão que, jurídica e justamente, a tutela jurisdicional (da aparência)deve alcançar.

Invocável aqui, como corolário do que foi dito, que, na extensão da tutela da aparência, está insito o princípio esposado pelo art. 620 do Estatuto Processual Civil brasileiro (aplicável também ao processo cautelar), de que àquele que vai sofrer os efeitos

²³⁴ Na novel Constituição, art. 5º, inciso XXXV, que diz: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

²³⁵ Comentários ao código de processo civil São Paulo: RT, 1984,p.116, op. cit.

²³⁶ SANCHES, op.cit. p.18.

²³⁷ ARAGÃO, E. D. Moniz de. Comentários ao código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 1974, comentando o art. 174 do CPC, traz claro e objetivo, o critério da suficiência: “alcançada a proteção, indispensável a evitar que a demora seja prejudicial, satisfeito estará o interesse da parte e exaurida a competência do juriz”...

²³⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil, tradução da 2ª ed. italiana por J. Guimarães Menegale. S. Paulo: Saraiva, 1965. v. 1, nº 12, p. 46.

da medida, não se deve impor sacrifício desnecessário ou desproporcional à obtenção da proteção requerida pelo beneficiário.

LUIZ ALBERTO HOFF,²³⁹ aventa a hipótese de, através do poder geral de cautela “se retirar de um título executivo, temporariamente, a eficácia executiva nele contida, como meio de preservar a situação das partes, das mudanças imprevisíveis que possam decorrer do exercício do direito de ação, pelo portador do título”.²⁴⁰

Embora seja a idéia sedutora, não convence. Seria extrapolar o alcance desse poder genérico de cautela não só em confronto com o art. 5º da, inciso XXXV da Constituição Federal (também ponderado por HOFF), da inafastabilidade do direito de ação, como também, por ser possível, na ação incidental de embargos ou mesmo independentemente dela (sem assegurar o juízo), discutir questões de nulidade e pagamento do título, entre outras, hoje aceitas pela jurisprudência.

Para LUIZ ALBERTO HOFF,, sustentado em OVÍDIO(Com. p.204-5), o mérito do processo cautelar “reside, na segurança que se pretende para o direito que se afirma existir. Constata-se , em consequência, que o objeto do processo cautelar não é a proteção do processo principal, senão que a segurança do direito que se irá postular, ou não, naquele processo principal.”²⁴¹

Segundo GUERRA, baseando-se na concepção esposado pelo atual CPC brasileiro sobre a teoria da ação, tanto o periculum in mora como o fumus boni iuris integram o mérito processual.²⁴²

4 CARACTERÍSTICAS DA TUTELA DA APARÊNCIA

²³⁹ HOFF, op.cit. p.25

²⁴⁰ HOFF, Luiz Alberto. *Reflexões*, op. cit., p. 25.

²⁴¹ HOFF, Luiz Alberto. Reflexões em torno do processo cautelar. in *Revista dos Tribunais*. set/84, v. 587, p. 12

²⁴² GUERRA, Marcelo Lima. *Estudos sobre o processo cautelar*. S. Paulo: Malheiros Editores, 1995, p.64.

A problemática a ser aqui discutida vai além do dilema shakespeariano, pois, a doutrina, impregnada da influência de P. Calamandrei, ao ser ou não ser cautelar, acrescenta o ser ou não ser “exclusivamente” cautelar.

E nesse desiderato exclusivista, não se apercebe, talvez, da impossibilidade, a priori já posta: esquece-se de que, como nas eficácias das sentenças, tudo é uma questão de predominância de um ou outro carácter e, finge ignorar os limites impostos pela equivocidade da linguagem,²⁴³ impotente para designar, com precisão exclusiva, uma só e única coisa ou elemento, como está a se exigir das ciências sociais.

Mas o busílis das características não para por aí. Além de existirem aquelas pertencentes, igualmente, aos provimentos cautelares e aos não-cautelares, outras há só restritas a algumas das cautelares. Destarte, além da dificuldade em se procurar delimitar as cautelares das não-cautelares, outra existe, não menos ponderosa, de, dentro da classificação das medidas cautelares, chegar a um denominador comum sobre as que contêm um sentido cautelar apenas e as que são “verdadeiramente cautelares”.

Mas, tenha-se em conta que o apanhando que aqui se propõe, não é, insista-se, a ontologia cautelar, mas a sua teleologia.

De início, pode-se afirmar que uma das características da tutela cautelar é ser supletiva da insuficiência do que se poderia denominar tutela normativa.²⁴⁴

Segundo CALMON DE PASSOS, o *fumus boni juris*, o *periculum in mora* e a instrumentalidade hipotética ou processual, são os “elementos essenciais à configuração de uma pretensão, ação e processo cautelar”.²⁴⁵

²⁴³ “existen diferencias fundamentales entre el lenguaje de los juristas y un lenguaje formalizado.”(CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Ed. Abeledo-Perrot, 1973, p.40

²⁴⁴ SILVA, Ovídio Baptista. *Curso de processo civil*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1993, v. 3, p.10.

²⁴⁵ PASSOS, J. J. Calmon de. *Ações cautelares*. *Revista*, op. cit. p.40.

E para o supra-referido jurista, existem, no Código de Processo Civil, Livro III, processos essencialmente cautelares e os processos topologicamente cautelares, estes com regras próprias e aos quais não se aplicam as regras gerais constantes da parte geral do Livro III.²⁴⁶

O que, pois existe, diz C. de PASSOS, é “a possibilidade de se ter um procedimento cautelar para pretensão de natureza não cautelar”, distinguindo-se, no Livro III, “o que é essencialmente cautelar do que apenas procedimento é cautelar”.²⁴⁷

Para THEODORO JÚNIOR, as peculiaridades do Processo Cautelar resumem-se na instrumentalidade, provisoriedade, revogabilidade e autonomia.²⁴⁸

Entre as características, P. CALAMANDREI, atribui relevância maior à instrumentalidade²⁴⁹, sem se descurar, no entanto, do elemento provisoriedade, quando chega mesmo a quase confundir o leitor sobre a qual delas atribui importância maior²⁵⁰.

Dentro da modesta pretensão desta pesquisa, que tem como pano de fundo a tutela da aparência mediante o processo cautelar (rectius, mediante o processo cautelar inominado brasileiro), passa-se, a seguir, às opiniões dos juristas sobre o tema.

Antes, porém, informa-se que a análise se circunscreverá às seguintes “características”: a não satisfatividade, a reversibilidade, a fungibilidade, a sumariedade da cognição, a revogabilidade, modificabilidade e substitutividade, a instrumentalidade, provisoriedade e a autonomia, não necessariamente nessa ordem.

Nota-se facilmente, que, por ora, não há a preocupação de se buscar caracteres exclusivos ao provimento cautelar.

²⁴⁶ Idem, *ibidem*, Rev., op. cit. p. 44.

²⁴⁷ Idem, *ibidem*, Rev., op. cit. p.45

²⁴⁸ THEODORO JR., Humberto. **Processo cautelar**, 7 ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito (Leud), 1985, p.65-70.

²⁴⁹ CALAMANDREI, *Introduzione*, op. cit. p.21

²⁵⁰ CALAMANDREI, op. cit. p.9-15

4.1 AUTONOMIA

Nada obstante aceitar-se a autonomia instrumental das medidas cautelares, não se dará maior relevância à questão, em face da postura eminentemente teleológica que aqui se adota., postura que se engaja na irrecusável idéia de transitividade ínsita às cautelares, o que as colocam como permissivas da segurança para a execução, em oposição à execução para a segurança, na inteligência de Pontes de Miranda.²⁵¹

4.2 NÃO-SATISFATIVIDADE

O mestre PONTES DE MIRANDA, trazendo exemplos de pretensão à tutela jurídica à segurança (arresto, seqüestro e a busca e apreensão), ensina que o que existe de comum nelas todas é que o devedor “não se libera, por elas, da obrigação, nem se satisfaz o credor. Não se profere decisão que tenha efeitos diretos de liberação ou de satisfação. Só se assegura”²⁵².

A satisfatividade , vista por G. LACERDA, sob o prisma do interesse, é uma característica das medidas cautelares que, se deferidas, satisfazem, tanto o interesse genérico, como o interesse material. Genericamente, a satisfação se dá no atendimento de segurança no resultado útil do processo principal; sob o ponto de vista do interesse material, dá-se ela no resguardo do bem ou do processo²⁵³.

²⁵¹ **Comentários ao código de processo civil.** 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1959, tomo 8, p.332-333

²⁵² **Comentários ao código de processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1976, p.14.

²⁵³ **Comentários ao código de processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. 8, tomo 1, p. 56-57

Mais adiante, baseado em GOLDSCHMIDT, indica G. LACERDA a impossibilidade de a medida cautelar satisfazer a pretensão de mérito do solicitante, criando situação de fato correspondente ao direito do requerente, exceptuando, apenas, quando se tratar de se satisfazer necessidades primárias, que enumera como sendo, basicamente, de alimentos e relações de família²⁵⁴.

Para PONTES DE MIRANDA, os processos cautelares “tendem a assegurar pretensão, não a satisfazer e a liberar”²⁵⁵ e seu carácter específico é dado pela tutela imediata e sem carácter satisfativo²⁵⁶.

Entretanto, o mestre aceita, excepcionalmente, a possibilidade de, mediante as medidas cautelares, obter-se a satisfação, como é o caso dos alimentos provisionais, dada a sua irrepetibilidade e a impossibilidade da utilização de caução, e das obras de conservação que se não podem levantar.²⁵⁷

É oportuno observar que, para o Professor OVÍDIO BAPTISTA, a proteção aos alimentos provisionais se dá mediante a tutela urgente antecipatória e não, cautelarmente como aponta PONTES DE MIRANDA.

“A eficácia de tal provimento jurisdicional não assume forma satisfativa: ela apenas circunstancia a inalterabilidade de fatos ou direitos, até a outorga da prestação jurisdicional final, esta sim efetivamente satisfativa do direito da parte vitoriosa”²⁵⁸.

E, já em outra obra, insiste, esmerando na não satisfatividade da cautela: “Todo adiantamento de execução satisfaz por antecipação; a providência cautelar, não”²⁵⁹.

²⁵⁴ Op. cit. p. 158.

²⁵⁵ Comentários, cit. 1976, p. 7.

²⁵⁶ Comentários, 1976, p.26.

²⁵⁷ Idem, idem, p. 23-24

²⁵⁸ FRIEDE, Op. cit., p. 68

²⁵⁹ Tratado das ações, v. 6, p. 331

G. MARINONI, utiliza-se da satisfatividade, para diferenciar a tutela antecipatória da tutela cautelar, dizendo que a primeira, “ao antecipar os efeitos da sentença do processo de cognição exauriente, realiza a pretensão, ao passo que a tutela cautelar jamais poderá satisfazer, mas tão só assegurar a viabilidade da realização da pretensão e, tão somente reflexamente, o resultado útil do “processo principal”.²⁶⁰

Também CALMON DE PASSOS tem que nunca pode a tutela cautelar (que denomina de preventiva processual), ser satisfativa, pois que, em razão de sua necessária instrumentalidade, está relacionada ao processo principal, “cujo resultado útil busca assegurar”.²⁶¹

Segundo MONIZ ARAGÃO,

*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.*²⁶²

Mas, a se proceder assim, permissa venia do ilustre jurista, entra-se no campo da satisfação, o que não pode ser aceito para as verdadeiras cautelares, mas sim, para as tutelas urgentes satisfativas, como sói acontecer com o atual art. 273 do Código de Processo Civil brasileiro, após o advento da Lei nº 8.952, de 13. de dezembro de 1.995.

É interessante notar que OVÍDIO BAPTISTA, apontador intransigente do caráter satisfativo como diferenciador entre a tutela de urgência cautelar e a tutela antecipatória,

²⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. S. Paulo: RT, 1992, p. 58.

²⁶¹ PASSOS, J. J. Calmon de. Ações cautelares. Curitiba: **Revista da faculdade de direito**, Universidade Federal do Paraná, 1983/84, v. 21.

²⁶² ARAGÃO, E.D. Moniz de. **Medidas cautelares inominadas**. Rev. v. 57, op. cit., p.51.

parece arrefecer sua posição, chegando mesmo a aceitar a “existência de um certo caráter satisfativo também na ação cautelar”.²⁶³

Eis suas palavras: “Poderíamos, talvez, na trilha dessa orientação científica, ir pouco adiante e afirmar a existência de um certo caráter satisfativo também na ação cautelar, renunciando, desse modo, a usar o critério defendido por PONTES DE MIRANDA segundo o qual o que diferencia a ação cautelar das demais formas de tutela jurisdicional é tutelar imediatamente, sem caráter satisfativo (Comentários, tomo VIII, p.303).”²⁶⁴

E continua OVÍDIO, verbis:

*Mas se devemos aceitar, a autonomia da tutela cautelar, referindo-a não a direito cautelado, mas a uma situação objetiva de perigo, cremos que não nos será lícito dizer que a ação assecurativa protege sem satisfazer. Há um interesse de direito material que é satisfeito, qualquer que seja o resultado do chamado processo principal; se devemos afirmar a existência de uma res in judicium deducta da ação cautelar, somos levados a supor que essa tutela direta e imediata correspondente à pretensão à segurança, tenha uma peculiar função satisfativa enquanto atende a pressupostos específicos e acerta, de modo definitivo, sobre a res in judicium deducta.*²⁶⁵

Logo em seguida, nada obstante refutar declaração de R. PODETTI,²⁶⁶ dizendo que “não é um direito ainda não declarado que a ação assecurativa visa tutelar”, escreve : “Entretanto, há o vislumbre não só do caráter autônomo da função cautelar, como de sua função satisfativa”²⁶⁷

²⁶³ In **Curso de processo civil**, v. 3 cit. p.9, o insigne jurista afirma, por diversas vezes, o critério da satisfatividade como diferenciador entre as cautelares (não satisfativas) e as outras tutelas de urgência antecipatórias (satisfativas).

²⁶⁴ SILVA, Ovídio Baptista. **As ações cautelares e o novo processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p.35.

²⁶⁵ **As ações cautelares e o novo processo civil**, 1974, p. 35-36.

²⁶⁶ É a seguinte a citação refutada:, discorrendo sobre medidas cautelares: “ mediante ellas, el poder jurisdiccional satisface el interés particular de asegurar un derecho aun no declarado, pero con mayor o menor intensidad, según la especie de medida cautelar , satisface el interés general Y público de asegurar la paz en la vonvivencia social y evitar la perdida o desvalorización de los bienes económicos”.

²⁶⁷ Idem, ibidem, p.36.

Observa MARINONI, no entanto, que uma ação cautelar satisfativa “jamais” foi admitida por OVÍDIO, que só defende a existência de ação cautelar autônoma.²⁶⁸

É que, nada obstante necessária a “tutela antecipatória de uma pretensão de direito material”, ela está impedida de satisfazer no plano jurídico, dada a sumariedade da cognição que a conceder.²⁶⁹

KAZUO, contrariando OVÍDIO, diz que...”o ser satisfativo não retira a cautelaridade, como ficou anotado. Mas a ausência de “situação perigosa , sim.”²⁷⁰

Reconhece OVÍDIO BAPTISTA : a) a possibilidade de satisfazer uma pretensão, como tal “reconhecida tal pela ordem jurídica, mediante uma forma de tutela jurisdicional que a declara existente ou não”; b) possível também é satisfazer outra pretensão à tutela jurídica “sem que o juiz satisfaça a pretensão (eventual e só alegada, no juízo cautelar) que lhe serve de fundamento.²⁷¹

Nos interditos possessórios, “desde a liminar, há prestação jurisdicional satisfativa que ultrapassa a simples segurança, pois o juiz, ao conceder a liminar, já aprecia a pretensão possessória, dando-lhe satisfação. A circunstância de ser decisão provisória e tomada sem plena cognição não a transforma em provimento cautelar”²⁷²

É oportuno anotar que, para o Professor OVÍDIO BAPTISTA, a satisfação de um direito está em se “realizá-lo concretamente, no plano das relações humanas”. Há, diz, uma tendência para a realização dos direitos no plano social e assegurar essa realização é função da tutela cautelar.²⁷³

²⁶⁸ Tutela cautelar e tutela antecipatória. S.Paulo : RT, 1992, p.54.

²⁶⁹ Ibidem, p. 54, op. cit.

²⁷⁰ WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. S.Paulo: RT, p. 107

²⁷¹ A ação cautelar inominada no direito brasileiro, 1992, p.26.

²⁷² A ação cautelar inominada no direito brasileiro, 1992, p. 54.

²⁷³ Curso, 1993, op. cit. v.3, p.21.

Assim, a chave da compreensão da tutela cautelar está, para o pensamento Ovidiano, em que essa espécie de tutela sumária urgente assegura a realização do direito, mas jamais o satisfaz. A satisfação dá-se, para o insigne jurista na satisfação da pretensão à segurança, mas jamais do direito que assegura.²⁷⁴

É por essa razão que, ao contrário do que grassa na doutrina dominante, torna-se possível, para OVÍDIO, “conceber formas especiais de satisfação provisória de um determinado direito.”²⁷⁵

Para a doutrina brasileira, influenciada por CHIOVENDA, só se dá a satisfação de um direito, jurisdicionalmente, quando o mesmo é declarado existente. Essa é a razão, segundo OVÍDIO, que faz com que os processualistas em geral “tenham os alimentos provisionais como cautelares e não como satisfativos da pretensão alimentar”.²⁷⁶

Na verdade, diz OVÍDIO, com referência a Fritz Baur, a doutrina distingue a satisfação no plano fático da satisfação no plano jurídico, só aceitando esta última caso o direito já tenha sido proclamado existente por uma sentença anterior.²⁷⁷

A esse posicionamento da doutrina atribui OVÍDIO o mais poderoso compromisso com a ordinariedade e vedação a que se conceba formas não definitivas de satisfação de um direito apenas provável.²⁷⁸

Trazendo posicionamento de MICHELI (La carga de la prueba, trad. arg. 1961, p.203), diz OVÍDIO que, nos sistemas jurídicos romano-canônicos, há impedimento para se decidir com base em juízos de simples verossimilhança, de tal modo que, se houver

²⁷⁴ Curso, 1993, v. 3, p. 51, op. cit.

²⁷⁵ Curso, 1993, op. cit. v. 3, p.22.

²⁷⁶ Idem, ibidem, p.22.

²⁷⁷ Curso de processo civil., 1993, cit. v.3, p.33.

²⁷⁸ Curso, 1993, cit. v.3, p.33.

realização fática do alegado direito antes de o mesmo ter sido declarado existente judicialmente, haverá tão-somente uma medida cautelar, sem que se dê sua satisfação.²⁷⁹

Decidir, para a doutrina, influenciada por CALAMANDREI, é julgar e tal não pode ser feito com base em juízo provisório e revogável e a execução só pode acontecer após prévia cognição, segundo o princípio da “nulla executio sine titulo”.²⁸⁰

Segundo OVÍDIO BAPTISTA, a diferença entre alimentos provisórios e alimentos definitivos “dá-se exclusivamente no plano lógico das normas jurídicas” (grifo do original). Para o eminente jurista, na verdade, provisórios ou definitivos “não são os alimentos, mas os respectivos provimentos judiciais”, pois que, continua, por serem irrepetíveis, não há devolução dos alimentos provisionais recebidos pelo alimentando, o que os torna tão definitivos quanto os concedidos pela sentença do processo de conhecimento.²⁸¹

4.3 INSTRUMENTALIDADE

Nesse elemento, a influência de P. CALAMANDREI, praticamente atingiu toda a doutrina processual cautelar brasileira, sendo pouquíssimas as vozes que se erguem contra a tese do mestre florentino.

CALAMANDREI,²⁸² discorrendo sobre os criterios para definição dos provimentos cautelares, chega a conclusão de que o que verdadeiramente distingue os provimentos cautelares é a relação de instrumentalidade que o liga ao provimento definitivo²⁸³.

²⁷⁹ Curso, 1993, v. 3, cit. p.33.

²⁸⁰ SILVA, Ovídio Baptista. Curso, 1993, v. 3, cit. p.33

²⁸¹ Curso de processo civil. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993, v. 3, p 23.

²⁸² CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: CEDAM, 1936-XIV.

²⁸³ No op. cit. p. 21, assim se expressa Calamandrei: “Queste considerazioni permettono di cogliere quella che, secondo me, è la nota veramente típica dei provvedimenti cautelari: i quali no sono mai fine a se stessi, ma sono immancabilmente preordinati alla emanazione di un ulteriore provvedimento definitivo, di cui esse preventivamente assicurano la fruttuosità pratica. Essi nascono, per così dire, al servizio di un provvedimento definitivo, coll’ufficio di predisporre il terreno e di approntare i mezzi meglio atti alla sua riuscita. Questo rapporto di strumentalità o, como altri ha detto, di sussidiarietà, che lega immancabilmente ogni provvedimento cautelare al provvedimento definitivo in previsione del quale esso è emanato,…”

Se todos os provimentos jurisdicionais são um instrumento do direito substancial, que por intermédio deles é atuado, os provimentos cautelares são, por assim dizer, dotados de uma instrumentalidade qualificada, pois que são um meio predisposto para o melhor êxito do provimento definitivo, o qual, por sua vez, é um meio para a atuação do direito. Assim, em relação à finalidade última da função jurisdicional, o provimento cautelar é tido como o instrumento do instrumento, ou seja, aqui, a instrumentalidade é elevada ao quadrado.²⁸⁴

Integrando essa corrente, D. ARMELIN, afirma o caráter instrumental da tutela cautelar em relação à tutela satisfativa, atribuindo à primeira, uma instrumentalidade de segundo grau, dando-se conta de que também a tutela jurisdicional satisfativa é, por sua vez, instrumental em relação ao direito substancial.²⁸⁵

Ressalva, todavia ARMELIN que tal instrumentalidade está conexas, apenas, à tutela jurisdicional satisfativa, pois no que diz respeito “à colimação de seus fins precípuos e intrínsecos, ou seja, à manutenção ou inovação no statu quo, é ela suficientemente autárquica, embora,não esteja ainda devidamente aparelhada para situações especiais, que demandam medidas excepcionais não previstas e até vedadas pelo nosso sistema jurídico”.²⁸⁶

Com essa relevância dada à instrumentalidade do provimento cautelar, CALAMANDREI, procurando, segundo diz, uma maior precisão de linguagem, termina por modificar o binômio cautelar - definitivo, que é então substituído por cautelar e principal²⁸⁷.

²⁸⁴ CALAMANDREI, P. Op. cit. p.21-22.

²⁸⁵ A tutela jurisdicional cautelar. *Revista Proc. Geral do Estado de S.Paulo*, jun/85, p.113, op. cit.

²⁸⁶ Idem, p.114-115, op. cit.

²⁸⁷ Idem, *ibidem*, p.25.

LUIZ ALBERTO HOFF, nega que a instrumentalidade seja a principal característica da tutela cautelar, eis que esta tem objeto próprio, encarnado na pretensão à segurança. E prossegue, HOFF, “Se, de fato, pode a cautelar ligar-se umbilicalmente à realização do resultado útil da pretensão deduzida no processo principal - e isso efetivamente acontece - não é possível desconhecer a sua especificidade quanto ao seu objeto, inteiramente distinto daquele buscado na ação principal”.²⁸⁸

A doutrina brasileira, no entanto, praticamente amoldou-se a esse modo de pensar calamandreiano, como se passa a ver.

Para F. MARQUES, a medida cautelar é um instrumento de garantia do processo principal, “sendo eminentemente jurisdicional, uma vez que concedida em processo próprio, distinto (embora não autônomo) daquele cujo resultado procura complexivamente assegurar”.²⁸⁹

Admite, no entanto F. MARQUES que, nem sempre tal instrumentalidade se dá, visto que, em certos casos, como, v.g. o da antecipação de prova, a tutela jurisdicional cautelar se finda no próprio processo cautelar.²⁹⁰

A instrumentalidade é a característica mais importante do processo cautelar, para THEODORO JÚNIOR, dado que, não sendo um fim em si mesma, serve, apenas à tutela do processo, deixando para o processo principal a tutela do direito.²⁹¹

Assim, para o jurista mineiro, não serve, o processo cautelar, à atuação do direito, mas dá tão-só proteção ao simples “interesse”, fornecendo meios para a eficácia do

²⁸⁸ HOFF, Luiz Alberto. Reflexões em torno do processo cautelar. in *Revista dos Tribunais*. set/84, v. 587, p. 12

²⁸⁹ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1976, p.342.

²⁹⁰ Idem, *ibidem*, p.343.

²⁹¹ THEODORO JR., Humberto. *Processo cautelar*. São Paulo: Livraria e editora universitária de direito (Leud), 1985, p. 65.

provimento jurisdicional definitivo, tudo na abrangência de LIEBMAN, e CALAMANDREI.²⁹²

Dentro da instrumentalidade, “a tutela cautelar é, em relação ao direito substancial, uma tutela mediata: mais do que fazer justiça contribui para garantir o funcionamento eficaz da mesma”.²⁹³

O Professor OVÍDIO BAPTISTA, é um dos poucos a não aceitar a característica “instrumentalidade”, assim como posta pelo gênio de CALAMANDREI.

Explica-se o brilhante jurista gaúcho, verbis:

...quando estamos a tratar de “pretensão à segurança”, ao contrário do que visava Calamandrei, temos em vista não, propriamente, assegurar a eficácia de um futuro provimento principal, a que o cautelar deve estar indissolavelmente ligado, mas assegurar uma situação de direito subjetivo da parte, eventualmene ameaçada de dano iminente e irreparável. Se, com tal proteção assegurativa, continua, protegermos, também, a seriedade da justiça, assegurando a eficácia de uma decisão principal, então ocorrerá uma duplicidade de função, na proteção cautelar, que pode perfeitamente prescindir do chamado processo principal, uma medida preparatória e, como tal, ligada a processo²⁹⁴.

Mas OVÍDIO não nega a natureza instrumental da proteção cautelar pois que diz, “há um inafastável sentido de transitividade na idéia de assegurar.

Mas, também o conceito de ‘referibilidade’ ou a idéia de ‘transitividade’, segundo nos parece, não auxilia a reduzir a perplexidade do profissional do Direito, em relação ao ajuizamento da ação principal.²⁹⁵

²⁹² THRODORO JR, Humberto. Op.cit. p.65-66.

²⁹³ DIAS, Rosana Josefa Martins. **Proteção ao processo**. Rio de Janeiro: RENOVAR, 1994.

²⁹⁴ SILVA, OVÍDIO Baptista. **A ação cautelar inominada no direito brasileiro**, 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p.98.

²⁹⁵ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. S.Paulo: RT, p. 106

Tenha-se em mente que a 'referibilidade' apresenta graus de intensidade e que somente quando a causa de pedir da ação cautelar, no seu dado remoto, contém ou deve conter afirmação relativa à ação principal, é que essa se faz de imperiosa propositura. Vezes há, todavia, que a 'iminência de dano irreparável' resulta de um ato cuja desconformidade ao direito está em si mesmo, e não na relação jurídica mais ampla a que está ligado. A ação cautelar, em tal hipótese, não supõe qualquer ação principal.²⁹⁶

Afirma OVÍDIO, que a situação jurídica a ser protegida é aquela a que a ordem jurídica elege como digna de proteger, não importa seja ela "um direito subjetivo, uma pretensão ou uma ação". Nessa proteção é que se dá a instrumentalidade, sendo que a dependência, ou acessoriedade, "estabelece-se no plano do direito material e não no plano do direito processual"²⁹⁷.

Como são instrumentais todas as provisões judiciais preventivas (e mesmo as não preventivas, acrescenta-se) não é possível, para OVÍDIO,, aceitar a idéias de instrumentalidade como critério de classificação para os provimentos cautelares.

O equívoco de Calamandrei, para Ovídio, está em que, de sua afirmação de que as medidas cautelares não são um fim em si mesmas, ele concluiu que "tudo o que é instrumento não tem substância.". Daí, por tratar-se de um conceito vago e amplo (abrigoando em seu bojo situações as mais díspares), a "inadequação do conceito de instrumentalidade como elemento definidor da cautelaridade"²⁹⁸.

Na verdade, o Professor OVÍDIO BAPTISTA não nega a natureza instrumental à tutela cautelar; só não concorda com a tese calamandreiana da dupla instrumentalidade,

²⁹⁶ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. S.Paulo: RT, p. 106

²⁹⁷ *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*, 1992, p.99.

²⁹⁸ *Idem*, *ibidem*, p. 100-101.

pois, para OVÍDIO, a instrumentalidade da cautela serve à proteção dos direitos e não do processo.²⁹⁹

Na esteira de CALAMANDREI, afirma DINAMARCO, embora admitindo a prescindibilidade de um processo principal, que as medidas cautelares têm uma instrumentalidade eventual e de segundo grau. Eventual, diz, “porque se efetivará se e quando houver necessidade do processo principal”. “É de segundo grau, porque as medidas cautelares colocam-se como instrumento a serviço do instrumento: elas servem à eficiência do provimento jurisdicional principal e este, por sua vez, serve ao direito material e à própria sociedade”.³⁰⁰

4.4 PROVISORIEDADE

Está-se aqui, a falar da duração com que pode se dar a tutela da aparência. Essa duração, não se limita à provisoriedade de que ora se trata, mas abrange, também, os casos de revogabilidade, modificabilidade e substitutividade, incluídos na mutação com que acontece essa tutela, mas, envolvidos pela “durata” da qual lhes é impossível escapar.

E essa vigência temporal, há que se dar, tanto no plano normativo, vedando-se lhe o status de julgamento definitivo, protegido pela coisa julgada - como no plano dos fatos, de modo a que “não venha causar para quem as suporta, um gravame excessivo que exceda o tempo em que perdura o ‘estado perigoso’, pois a eternização dos efeitos da medida provocaria um dano irreparável ao demandado, contra quem a medida fora efetivada, caso a

²⁹⁹ SILVA, Ovídio Baptista. *Curso*, 1993, op. cit. p.30.

³⁰⁰ DINAMARCO, C. Rangel. *A instrumentalidade*, 1987, op. cit. p.371-372.

sentença do processo principal, ou mesmo a sentença cautelar final, em caso de concessão de liminar da segurança, viesse a reconhecer a inexistência do direito acautelado.³⁰¹

Falando sobre o conceito de provisoriedade, inicia CALAMANDREI, por distingui-lo do de temporaneidade, atribuindo ao primeiro menor amplitude³⁰².

Para o jurista florentino, temporâneo é, simplesmente, aquilo que não dura para sempre, ou seja, aquilo que, tem sua limitação limitada em si mesma, independentemente da sobrevinda de um outro evento; provisório, ao contrário é o que dura até que sobrevenha um evento sucessivo que o venha substituir.³⁰³

Ressalvando que essa provisoriedade não é um caráter exclusivo dos provimentos cautelares, pois, com os mesmos caracteres estão um grupo de provimentos não cautelares, designados por CHIOVENDA como “accertamenti con prevalente funzione esecutiva”, conclui CALAMANDREI que a provisoriedade dos provimentos cautelares se incluem como consequência de uma relação entre os efeitos do provimento antecedente (cautelar) e aqueles do provimento seguinte (definitivo), sendo que com o início destes, cessam os efeitos daquele³⁰⁴.

Para CALAMANDREI, seria, pois, inexato qualificar como definitivos todos os provimentos não cautelares³⁰⁵

A provisoriedade dos provimentos cautelares não está relacionada ao modo de sua formação; eles têm efeitos provisórios, não porque (ou não necessariamente porque) a cognição em que se baseiam seja menos plena do que aquela ordinária e deva então ser

³⁰¹ SILVA, Ovídio Baptista. *Curso*, 1993, v.3, p. 44, op. cit.

³⁰² Op. cit. p.10.

³⁰³ Diz CALAMANDREI (op. cit. p.10): “il concetto di provvisorietà (e così quello, coincidente, di interinalità) è un po’ diverso, e più ristretto, di quello di temporaneità. Temporaneo è, semplicemente, ciò che non dura sempre, ciò che, indipendentemente dal sopravvenire di altro evento, ha per sé stesso durata limitata: provvisorio è, invece, ciò che è destinato a durare fino a che non sopraggiunga un evento successivo, in vista ed in attesa del quale lo stato di provvisorietà permane nel frattempo”.

³⁰⁴ Op.cit. p.11.

³⁰⁵ idem, ibidem

preenhe de uma menor estabilidade de efeitos, mas porque a relação que o provimento cautelar constitui é, por sua natureza, destinado a exaurir-se, com a emanção do provimento sobre o mérito da controvérsia.³⁰⁶

E fazendo a distinção entre o sumário e o cautelar, afirma que o provimento sumário é provisório na formação, mas definitivo no escopo; e o provimento cautelar, ainda que formado mediante uma cognição ordinária, é provisório no fim³⁰⁷.

Já o Professor OVÍDIO, opta, em oposição a CALAMANDREI, por caracterizá-las as medidas cautelares, como temporárias, ao invés de provisórias, assim se justificando:

a) Não deverão ter sua duração determinada pela emanção de uma providência definitiva que as substitua, mas haverão de durar enquanto dure o estado perigoso, e não mais!

b) haverão de consistir, sempre, numa forma especial de tutela jurisdicional diversa daquela que será a tutela satisfativa (realizadora) do direito assegurado, devendo limitar-se a ser uma forma de proteção menor (minus), ou algo diferente (aliud) em relação à tutela satisfativa correspondente (aqui, com referências a Goldschmidt e F. Baur).

c) Se a medida cautelar deve durar enquanto existir o estado perigoso, então a exigência fundamental é que ela não crie uma situação fática definitiva, ou uma situação cujos efeitos sejam irreversíveis. Quer dizer, a medida cautelar deverá ser em si mesma temporária, e igualmente temporária em seus efeitos.³⁰⁸

Para bem compreender a questão da provisoriedade do provimento cautelar é necessário lembrar aqui, que, para o mestre florentino, ele sempre surge da existência de um perigo de dano jurídico, derivado da inevitável demora do provimento jurisdicional principal, como já visto.

Para D. ARMELIN, podem haver tutelas jurisdicionais que, embora temporárias, sejam definitivas. É o caso, exemplifica, da obrigação de pensionar, decorrente de ato ilícito,

³⁰⁶ idem, ibidem, p. 14-15.

³⁰⁷ CALAMANDREI, op.cit. p. 15.

³⁰⁸ SILVA, Ovídio Baptista. *Curso de processo civil*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1993, v. 3, p.42-43.

que só desaparecerá ao termo final da vida provável da vítima. Já as provisórias só tem sua sobrevivência até que venha a ocorrer a definitiva (satisfativa).³⁰⁹

Exemplificando com as liminares das ações possessórias, D. ARMELIN justifica a existência de prestação jurisdicionais cautelares antecipatórias³¹⁰, com o que se discorda, data venia do ilustre jurista, como já discorrido anteriormente.

Ademais, a provisoriedade das cautelares está ligada à sua própria finalidade, sendo, pois, teleológica e não intrínseca “que resulta da possibilidade de sua revisão dentro do processo, característica normal de toda prestação jurisdicional sujeita à retratação ou reexame”.³¹¹

Ou seja, na tutela cautelar, a modificação ou revogação da medida é feita não em virtude de um recurso provido, mas sim, “da atividade do juiz, em razão de circunstâncias supervenientes”.³¹²

Segundo PONTES DE MIRANDA, “fala-se, por vezes, de tutela provisória, porque a cautelaridade não tem finalidade definitiva”³¹³, aceitando, também a provisoriedade das cautelares.

Exemplificando com as obras de conservação da coisa litigiosa, diz PONTES DE MIRANDA que a provisoriedade não caracteriza toda medida cautelar, pois o perigo que justifica as cautelas não as faz necessariamente provisórias: podem ser definitiva, no que não advertiu Giuseppe Chiovenda (Principii, 2 ed. 226; Instituzione, I, 251), quanto pretendeu que a ação assegurativa fosse, por si mesma, ação provisória. A provisoriedade não a caracteriza, porque não se toma cuidado somente por meio de medida provisória.

³⁰⁹ A tutela jurisdicional cautelar. Rev. p.122., op. cit.

³¹⁰ Idem, ibidem, p.122, op. cit.

³¹¹ Idem, ibidem.

³¹² Idem, ibidem, p. 123.

³¹³ Comentário ao código de processo civil, 1976, p.14.

A própria idéia carneluttiana de composição provisória da lide, como finalidade do processo cautelar, é, segundo, OVÍDIO, responsável pela idéia de provisoriedade como característica da ação cautelar³¹⁴.

Para OVÍDIO BAPTISTA, embora a provisoriedade seja comum à grande maioria das ações cautelares, não lhe é essencial, existindo “providências de cautela, objeto de pretensão à segurança, que nada têm de provisórias”. Dá, como exemplo as obras de conservação em coisas litigiosas, também citado por Pontes de Miranda, além da entrega de objetos de uso pessoal da mulher (art. 676, incisos VII e X, do Código de Processo Civil), que considera providências cautelares definitivas.³¹⁵

Explica OVÍDIO BAPTISTA que

...o caráter de provisoriedade do provimento cautelar não está referido a uma pretensão ação definitiva, mas, ao contrário, se existe provisoriedade nelas é porque a situação jurídica tutelada, quer por mudanças circunstanciais, muitas vezes independentes da vontade das partes, quer como decorrência de uma sentença proferida no processo em que se tenha examinado o próprio interesse objeto da proteção assecurativa - sofreu modificações, desaparecendo o motivo determinante da cautela. Ou o direito cuja segurança se pretendeu, inexistia, de tal modo que a proteção cautelar perdeu a razão que a motivava.³¹⁶

Na verdade, como a ação cautelar objetiva responder a uma situação de perigo, a provisoriedade que lhe é inerente condiciona sua existência à duração desse estado perigoso.

Para OVÍDIO, a provisoriedade, quando existe, “decorre da natureza do provimento e, especialmente, das condições objetivas de perigo, jamais da espécie de cognição”³¹⁷

³¹⁴ SILVA, Ovídio Baptista. *As ações cautelares e o novo processo civil*, 1974, p.19.

³¹⁵ *As ações cautelares e o novo processo civil*, 1974, p.19.

³¹⁶ *Idem*, *ibidem*, p. 28.

³¹⁷ *As ações cautelares e o novo processo civil*, 1974, p. 55.

No entanto, o mesmo Professor OVÍDIO afirma ser a provisoriedade o conceito-chave para o entendimento do verdadeiro sentido da tutela cautelar “simplesmente assegurativa, não realizativa dos direitos, pretensões, ações e exceções”.³¹⁸

E tocando no ponto fulcral da questão, diz ser decisivo para a compreensão da natureza cautelar de um dado provimento, saber distinguir entre a provisoriedade do ato e a de seus efeitos.³¹⁹

Já para D. ARMELIN, a provisoriedade como característica peculiar da tutela cautelar, consiste “em não ser ela, a tutela em si, bastante, mas em carecer de atuação da tutela jurisdicional satisfativa”. Razão pela qual, continua, “a sua limitação no tempo vincular-se ao seu escopo, que pode mesmo deixar de existir sem que a tutela jurisdicional satisfativa tenha sido prestada, desde que o seu desaparecimento não prejudique tal prestação, como sói acontecer quando a situação de perigo se esvai antes mesmo do início do processo principal ou na pendência deste”.³²⁰

LOPES DA COSTA, afirmando ser a medida preventiva (cautelar) sempre provisória, ressalva que tal característica é encontrada em outras ações.³²¹

Compara LOPES DA COSTA, as decisões provisórias a certas sentenças definitivas, que repousam sobre fatos mutáveis, de maneira que “um novo estado das cousas constitui uma nova causa de pedido”.³²²

Nesse caso, decide o magistrado sic rebus stantibus.

³¹⁸ Curso de processo civil. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1993, v. 3, p.22.

³¹⁹ Curso, 1993, v.3, p. 43, op. cit.

³²⁰ A tutela jurisdicional cautelar. Rev., p. 123, op. cit.

³²¹ Medidas preventivas, medidas preparatórias, medidas de conservação. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1953, p. 44.

³²² Idem, ibidem, p.44.

A permanência dos julgamentos provisórios ‘está necessariamente subordinada à condição de continuar o mesmo o estado das cousas às quais se provê. Caso contrário, podem ser modificados’ (Garsonnet et Bru-Procéd. III/ págs. 440,).³²³

4.4.1 Revogabilidade, modificabilidade e substitutividade

A questão da mutabilidade das medidas cautelares não produz controvérsias na doutrina: a própria lei processual civil a prevê em seus artigos 805 e 807. O que pode provocar discussão é forma como pode se dar tais mudanças³²⁴.

Na verdade, a revogabilidade, substituição e modificabilidade das medidas cautelares, estão diretamente ligada ao aspecto de sua duração e de sua peculiar cognição: como são provisória ou temporárias, obtidas em cognição sumária (sumaríssima na verdade), em virtude de uma situação de perigo, podem, em havendo alteração desse pressuposto de sua concessão, ser retiradas ou alteradas, sem nenhuma afronta à decisão anterior.

Segundo JOSÉ ALBERTO DOS REIS, “o ciclo vital da providência cautelar extingue-se com a formação da sentença definitiva”, o que, continua, “é também uma emanção lógica das condições e circunstâncias em que ela é emitida e da função que desempenha”.³²⁵

³²³ Apud LOPES DA COSTA, op. cit. p.44.

³²⁴ F.CARNELUTTI (*Direito e processo*, p.376), assim se manifesta sobre o assunto: Il valore giuridico provvisorio implica, im primo luogo, la revocabilità del provvedimento, che stabilisce la cautela; giudizio sommario e giudizio provvisorio sono termini strettamente correlativi.

³²⁵ A figura do processo cautelar eficácia do caso julgado em relação a terceiros, 1985, p. 56

Dentro da questão da mutabilidade das medidas cautelares pertine à análise à preclusão processual.

Assim, segundo ARAGÃO, a norma do art. 471³²⁶, 1ª parte do CPC, envolve “tanto as decisões consideradas internamente ao processo, ou seja, a eficácia preclusiva intraprocessual, como as decisões externamente consideradas, isto é em relação a outros processos, ou seja, a eficácia preclusiva extraprocessual.”(coisa julgada material). Para as partes, continua o insigne jurista, vigora a norma do art. 473, que lhes proíbe “discutir no curso do processo as questões já decididas”³²⁷.

Todavia, tais prescrições diz, não atingem o processo cautelar, cujas normas específicas autorizam a modificação ou substituição pela caução da medida e sua revogação (arts. 805 e 807 caput), o que parece “afastar de modo muito claro a ocorrência de preclusão, seja, para o juiz, seja para as partes”³²⁸.

Também, MARINONI, ratificando posição de JOÃO BATISTA LOPES defende a não ocorrência da preclusão nos casos de revogação da medida cautelar.³²⁹

“Enquanto pende o processo cautelar, pois, nenhum obstáculo impede que os litigantes pleiteiem e o juiz decrete (até mesmo de ofício eventualmente) a substituição, a modificação e a revogação da cautela”³³⁰.

Uma questão que aqui se põe é se tais alterações podem se dar de ofício, por exemplo.

F. MARQUES, entende que não é possível a alteração de ofício, devendo ser requerida pela parte (requerente ou requerido)³³¹.

³²⁶ Art. 471, “Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas a mesma lide.”...

³²⁷ ARAGÃO, E. D. Moniz de. Medidas cautelares inominadas in *Revista brasileira de direito processual*, Forense, v. 57, p. 62.

³²⁸ ARAGÃO, E. D. Moniz de. Medidas cautelares inominadas in *Revista brasileira de direito processual*, Forense, v. 57, p. 62.

³²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, RT, p. 72.

³³⁰ ARAGÃO, E. D. Moniz de. Medidas cautelares inominadas in *Revista brasileira de direito processual*, Forense, v. 57, p. 62.

³³¹ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1976, v. 4, p. 371.

Da mesma opinião é BARBOSA MOREIRA, para quem “tanto a substituição, modificação ou revogação da medida cautelar, admitidas expressamente pelo Código de Processo Civil (art. 805), dependem, para efetivação, da iniciativa do interessado e da audiência da parte contrária”, mesmo que , quando da concessão, a outorga tenha sido inaudita altera parte.³³²

Não assim, para LOPES DA COSTA, para quem só no caso de haver modificação da sentença haverá a necessidade de audiência da parte contrária, vedada a modificação ex officio³³³

Ou seja, ao contrário da concessão, a mutabilidade das medidas cautelares está condicionada ao princípio do contraditório já a priori e, acrescente-se deverão ser motivadas como exige, sem excessão, o art. 93 - inciso IX da Constituição Federal.

Outra questão que pode ser aqui levantada, é o da caducidade da medida cautelar, inconfundível com sua modificabilidade e revogabilidade.

CARNELUTTI, aborda o assunto, lecionando que, no caso da caducidade (que ele identifica à temporaneidade), o término se dá ex lege, independentemente do pedido ou de decisão do juiz, como ocorre no caso de revogação.³³⁴

Há que, pois, distinguir o que preceitua o art. 808 do Código de Processo Civil, onde se enumera não os casos de revogação, modificação ou substituição, mas a caducidade (perda da eficácia), ex lege, da medida cautelar deferida.

No que pertine à perda da eficácia da medida cautelar, prevista no art. 806 do CPC, referido pelo art. 808, inc.l , o que no novo processo cautelar italiano, segundo GIACOMO OBERTO, está prevista no art. 669 e, ali, pode ser distinguida em dois grupos principais:

³³² O novo processo civil, p.379.

³³³ Idem, ibidem, p.49.

³³⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*, cit. p.377.

“1) manifestações de inatividade da parte interessada pela conservação dos efeitos da cautela obtida;

2) declarações de inexistência do direito acautelado.”³³⁵

E OBERTO , trazendo a lume ref. a Consolo, Luiso e Sassani, assim define a ineficácia da medida cautelar: “ L’ inefficacia è la perdita ipso iure, da parte del provvedimento (evidentemente, d’acoglimento), della idoneità a produrre effetti giuridici suoi propri, in conseguenza del verificarsi di eventi esterni al procedimento cautelare in senso stretto, ancorchè a questo funzionalmente collegati.”³³⁶

E, dentro dessa problemática, o término do processo principal, é analisado por LOPES DA COSTA, que diz não acontecer, nesse caso, o “automático desaparecimento da medida cautelar”, desde que a decisão seja favorável ao autor. Nesse caso, a medida “deverá perdurar até ser substituída pelo ato processual que ela visa garantir”.³³⁷

E no tocante ao problema da perda da eficácia, é preciso destacar que, casos há em que, nada obstante não se propor a ação (principal) no prazo estipulado pelo art. 806 do Estatuto Processual Civil, a perda da eficácia não se dá, como é o caso, v. g., da produção (rectius assegução) antecipada de prova.

Como regra, se a medida cautelar deferida não provocar gravame à parte contrária, não se dará a perda da eficácia automaticamente, como faz parecer o art. 808 do Código.

BARBOSA MOREIRA, esmiúça um pouco mais a questão da modificação, ensinando que elas podem ser qualitativas e quantitativas, consistindo estas últimas:

“a) na conversão de determinada medida em outra; o conceito abrange, pois, a substituição de que trata o art. 805, embora compreenda outras hipóteses, como, por exemplo, a do arrolamento de bens por seqüestro);

³³⁵ OBERTO, Giacomo. *Il nuovo processo cautelare*. Milano: Giuffrè Editore, 1993., p.85.

³³⁶ Idem, *ibidem*, op. cit. p.84-85.

³³⁷ *Medidas preventivas...*, cit. p.47.

b) na mudança do objeto sobre que incide a providência cautelar (o bem arrestado, à semelhança do que se pode dar com a penhora, na hipótese do art. 667, n° III, aplicável em virtude da remissão feita pelo art. 821);
c) na alteração parcial das características da medida, por exemplo, em matéria de 'obras de conservação em coisa litigiosa ou judicialmente apreendida' (art. 888, n° I), ou de 'guarda e educação dos filhos' (art. 888 n°VII)."

Nas modificações quantitativas, estão, segundo o mesmo BARBOSA MOREIRA, compreendidas a redução e a ampliação do objeto da medida cautelar. (extensão do arresto a outros bens, ou sua exclusão de algum ou alguns) ³³⁸.

Seria, então, a adequação da assecuração da garantia, possibilitando, a efetividade do processo de execução, no último caso supra-referido.

4.5 FUNGIBILIDADE

Assim se pronuncia o mestre PONTES DE MIRANDA sobre a fungibilidade da tutela da aparência, verbis:

Ao juiz, ocorrendo algum dos casos do art. 676 do Código de 1939, mediante provocação, ou de ofício, quando lhe coubesse, podia determinar (isto é, julgava) a medida que lhe fizesse feição. Nada obstava, portanto, a que a parte não tivesse especificado a medida, nem que, pedida uma, lhe concedesse outra o juiz, por ser adequada. (Na processualística contemporânea, tem-se assentado esse princípio da fungibilidade dos pedidos de medidas assecuratórias, por tal modo que não se impede a decretação da medida a em vez da medida b, se aquela é a que acautela, concretamente, o interesse das partes. ³³⁹.

Segundo ARIETA:

³³⁸ O novo processo civil, cit. p.379-380.

³³⁹ Comentários ao código de processo civil, 1976, p.43-44.

I rilievi sin qui svolti spero abbiano dimostrato che la funzione di assicurazione provvisoria degli effetti è affidata essenzialmente al potere del giudice della cautela di scelta della misura assicurativa più idonea: nel senso che la più o meno efficace realizzazione della finalità cautelare è strettamente connessa alla scelta ed al modo di congenere il provvedimento d'urgenza, nell'ambito dei principi sopra indicati.³⁴⁰ Nella determinazione del contenuto della misura di cautela atipica il giudice è chiamato a scegliere il provvedimento più idoneo a realizzare l'effetto assicurativo in funzione di salvaguardia della situazione cautelanda: si tratta di verificare se in questa attività di scelta sia consentito, ed eventualmente entro quali limiti, ricorrere all'ordine di pubblicazione dell'emanando provvedimento d'urgenza.³⁴¹

Para FRIEDE, o “ comando contido no art. 798 do CPC assegura um poder ao Juiz de bases discricionárias na escolha da medida atípica necessária a acautelar o eventual direito do requerente”³⁴², atribuindo, pois, ao poder cautelar geral, a característica da fungibilidade.

Para D. ARMELIN, a fungibilidade aqui, deve ser distinta daquele que constitui propriedade do processo de conhecimento e que tem, também, aplicação no processo cautelar - , pois que, a fungibilidade “cautelar” está presa à forma da prestação da tutela reclamada.³⁴³

“O juiz não está adstrito rigorosamente ao pedido da parte porque não se cuida de direito material tutelável engastado no patrimônio do requerente. Ao revés, trata-se de garantir a eficácia do instrumento de prestação da tutela jurisdicional satisfativa e, pois, desta, ou de manter o equilíbrio entre os litigantes, de sorte que a qualidade de tal prestação não possa ser prejudicada pela falta desse equilíbrio.”³⁴⁴

³⁴⁰ ARIETA, op. cit., p. 137

³⁴¹ ARIETA, op. cit., p. 156

³⁴² FRIEDE, op. cit., p. 68

³⁴³ A tutela jurisdicional cautelar, Rev., p.123, op.cit.

³⁴⁴ ARMELIN, D. op. cit.p.123

A fungibilidade, para ARMELIN, é “matéria, portanto, adstrita, nesse particular, ao alvedrio do juiz, que, melhor que ninguém, poderá aferir a sua adequação aos fatos retratados na peça postulatória ou nos autos, quando de tutela de ofício se cuidar”, o que é justificado pela própria natureza do poder cautelar geral.³⁴⁵

No entanto, entende indevida a restrição do art. 805 do Estatuto Processual Civil que, segundo pensa obriga o juiz a acatar o pedido da parte, para, só após atendê-lo, ter a faculdade de proceder à sua modificação.^{346 347}

Nada obstante reconhecer a resistência da doutrina, advoga ARMELIN que a característica da fungibilidade dever ser estendida, inclusive, às cautelares nominadas, posição que reforça o aspecto teleológico da tutela cautelar, no “sentido de uma obtenção de maior eficácia da prestação jurisdicional satisfativa ou da manutenção do equilíbrio entre os litigantes, o que, ao fim e ao cabo, acabará por produzir resultado idêntico”³⁴⁸

Poderia a medida cautelar ser adaptada de ofício, pelo juiz, objetivando melhor adequá-la aos fatos?

Referindo-se ao artigo 797 do Código de Processo Civil, diz MARINONI que, a concessão da tutela cautelar ali é “tanto nos casos expressamente autorizados por lei, como nos excepcionais, ratificando entendimento de MONIZ ARAGÃO.”³⁴⁹

FRITZ BAUR, escrevendo sobre o pedido e sentença no processo ordinário alemão, diz que o parágrafo 308 do ZPO estatui que “o tribunal não tem a faculdade de declarar a favor de uma parte algo que não foi pedido”, o que significa, continua, que “o

³⁴⁵ ARMELIN, D. op. cit.p.123

³⁴⁶ ARMELIN, D. op. cit.p.123-124

³⁴⁷ A outra crítica de D. ARMELIN, sobre o mesmo artigo 805, de que ali só permite a substituição por caução, ficou superada pela reforma do Código de Processo Civil, pela Lei nº 8.952, de 13.12.94, a qual, neste ponto, parece ter atendido aos reclamos do insigne jurista.(p.124).

³⁴⁸ ARMELIN, D. op. cit.p.124

³⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**, op. cit. , p. 70.

autor - e, em dadas circunstâncias, também o réu - determina o objeto do processo e, com isso, igualmente o da sentença judicial”.³⁵⁰

Essa leitura, segundo BAUR, “deixa expresso (algo) que a sentença, em sua relação com os pedidos das partes, não deve pronunciar nem um plus e nem um aliud”, o que lhe permite, concluir, sentenciar pelo minus. E pergunta-se “em que circunstâncias ocorre um minus - admissível - ou um aliud - inadmissível ?”³⁵¹

Em algumas ações, como as que tem por objeto condenação a prestação pecuniária ou a quantidades de outras coisas fungíveis, diz, é fácil responder, porque, aqui, “o minus não pode ser um aliud. O problema se agrava naquelas ações que pertinem a outro objeto.”³⁵²

E tenta assim resumir as hipóteses:

- a) *A escolha da espécie processual cabe sempre ao autor, o tribunal não tem qualquer possibilidade de decidir em processo diverso. (SIC)*³⁵³
- b) *Se um direito material constitutivo não pode ser exercitado senão sob a forma de determinada ação, o juiz não pode decidir por um direito constitutivo que deveria ter sido pleiteado por meio de outra ação.*
- c) *Coisa análoga vale quando cabe ao autor a escolha entre várias conseqüências jurídicas.*
- d) *o tribunal só pode decidir por uma conseqüência jurídica que corresponda ao fim processual visado pelo autor e decorra, na consonância do direito material, da situação fática exposta pelo autor. Não cabe ao tribunal competência reguladora, a não ser que esta lhe seja reconhecida expressamente.*³⁵⁴

MONIZ DE ARAGÃO, assim resume o pensamento do jurista alemão:

³⁵⁰ BAUR, Fritz. *Tutela jurídica mediante medidas cautelares*, tradução de Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1985, p. 89

³⁵¹ Idem, ibidem, 1985, p.89, op.cit.

³⁵² BAUR, Fritz. *Tutela jurídica mediante medidas cautelares*. 1985, op. cit., p.89.

³⁵³ Mais correto em vez de, “em processo diverso”, seria de forma diversa.

³⁵⁴ Idem, ibidem, *Tutela jurídica mediante medidas cautelares*, 1985, op.cit. p.91-92.

“naquelas medidas em que as partes devem pedir especificamente, haverá adstrição do juiz ao pedido, como, v. g. o arresto. Naquelas que pode o juiz determinar livremente (parágrafo 938), ou que se destinam a ‘regular uma situação’ (parágrafo 940), desnecessário o pedido do requerente, o qual compete, apenas, expor os fatos atinentes à proteção desejada. e sobre ela determinará o juiz a providência compatível com o interesse ameaçado. Em qualquer caso, no entanto, não está o autor proibido de formular determinado pedido, mas, em o fazendo, ‘ele mesmo, com isso, precisou qual é o fim da tutela jurídica que visa a obter’. Caso em que ‘o juiz não pode adjudicar ‘mais ‘ do que ele pedira’.”³⁵⁵

Em qualquer caso, mesmo naqueles em que há pedido expresso, acentua, “a providência da medida cautelar não deve dar ao peticionário mais do que corresponde ao fim da proteção jurídica por ele colimada” e, “órgão judicial pode sempre decidir por um minus quando este é suficiente para conceder a tutela jurídica temporária”.³⁵⁶

Para o ilustre Professor CALMON DE PASSOS, o juiz está vinculado à iniciativa do interessado, sem o auxílio do qual impossível se torna exercer sua jurisdição, pois que “permitir ao magistrado decidir ultra, extra ou citra petita é negar o princípio dispositivo”.³⁵⁷

Segundo Ramiro PODETTI,

*Teniendo en consideración los intereses, privados y públicos, que justificam la institución, el necesario equilibrio de la justicia, que deve llevar el juez a no ocasionar daños innecesarios, entiendo que el juez, por via de limitación, puede decretar una medida precautoria distinta a la solicitada, que sea suficiente y adecuada a la finalidad prevista en la ley.*³⁵⁸

*E acentua que tal flexibilidade é alvo de críticas “por quienes vem en el proceso un instrumento para la satisfacción de intereses privados”.*³⁵⁹

Em resumo, diz o insigne jurista e professor MONIZ DE ARAGÃO:

³⁵⁵ ARAGÃO, op. cit., p. 53, com as frases entre aspas simples tiradas de BAUR, Fritz. op.cit., p. 101

³⁵⁶ ARAGÃO, op. cit., p. 53

³⁵⁷ PASSOS, J.J. Calmon de. **Comentários ao código de processo civil**, 1984, op. cit. p.91.

³⁵⁸ PODETTI, Ramiro, Tratado, apud MONIZ ARAGÃO, Medidas cautelares inominadas. **Revista brasileira de direito processual**. Uberaba: Forense, 1º trimestre/1988, v. 57, p. 55

³⁵⁹ Idem, ibidem, apud ARAGÃO, op. cit. p.55.

Ao pleitear medida cautelar atípica, poderá o interessado, pois, limitar-se a expor “a finalidade da proteção jurídica” pretendida e deixar a cargo do juiz “determinar as medidas provisórias que julgar adequadas”. Poderá outrossim pedir explicitamente certa providência, que se lhe afigure a mais indicada para tutelar a relação jurídica objeto do processo principal. Neste caso caberá ao juiz assim determiná-la, como, se não a reputar apropriada, decretar outra, que, embora constitua um aliud, contenha-se nos limites extremos do pedido formulado e seja “adequada e suficiente” - represente, portanto, um minus. (O mesmo parece valer para as medidas típicas, o que seria tema para outro estudo).³⁶⁰

Seria, então, no processo cautelar, a exasperação do dístico da mihi factum, dabo tibi jus.

4.6 REVERSIBILIDADE

Reversível é a qualidade que têm os provimentos cautelares de, em tendo cessado o estado de perigo, pressuposto para a sua concessão, permitir às partes, sem maiores dificuldades, retornar ao primitivo estado em que se encontravam antes da outorga da cautela. Na verdade a característica da reversibilidade está mais ligada aos efeitos das medidas cautelares. Cessada a causa autorizadora da concessão (estado perigoso), é imperioso que se possa voltar, sem qualquer atrapalho, ao statu quo ante, o que se dará com a revogação da medida.

Como bem disse OVÍDIO BAPTISTA: “Se a medida cautelar deve durar enquanto existir o estado perigoso, então a exigência fundamental é que ela não crie uma situação

³⁶⁰ Idem, ibidem, apud ARAGÃO, op. cit. p.56.

fática definitiva, ou uma situação cujos efeitos sejam irreversíveis. Quer dizer, a medida cautelar deverá ser em si mesma temporária, e igualmente temporária em seus efeitos.³⁶¹

Veze há, nesse ponto, que a doutrina confunde o ser reversível com o ser ressarcível, coisas distintas, sem dúvida. Reversível é a característica com que se dá a tutela da aparência que, uma vez modificadas as circunstâncias fáticas de sua concessão, possibilita às partes, o regresso ao statu quo ante; já a ressarcibilidade se resume justamente na impossibilidade de se permitir o regresso ao statu quo ante. Impossível de se desfazer os efeitos, outra maneira não há do que dar-lhe um sucedâneo, arbitrando, para o caso, uma indenização.

É, nesse ponto, de rara felicidade a arguta observação do Professor OVIDIO BAPTISTA, com a ajuda de PHILIPPE JESTAZ (L'urgence et les principes classiques du droit civil, p.56), quando diz que

“para a doutrina que indentifica dano irreparável apenas com o resultado de um pronunciamento judicial declaratório que impeça ao juiz da sentença definitiva (final) julgar em sentido diverso”, porque, como diz PHILIPPE JESTAZ, todos os prejuízos materiais podem ser monetariamente compensados, não sendo portanto juridicamente irreparáveis - ofende a essência da tutela cautelar, que tem sua razão de ser justamente em sua destinação de proteger a futura realização in natura (não monetária) do direito, exposto a risco de dano iminente.³⁶²

A realização in natura, exigência natural (a reparabilidade só deverá ser aventada se impossível o cumprimento específico), é, também, uma tendência moderna e atual esposada pelo Código de Processo Civil brasileiro, como se pode inferir do seu art. 461, verbis:

³⁶¹ SILVA, Ovídio Baptista. **Curso de processo civil**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1993, v. 3, p.42-43.

³⁶² SILVA, Ovídio Baptista. **Curso**, 1993, v.3. p. 35, op. cit.

“Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”.

Parágrafo 1º. A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.”

Se o dano iminente e “irreparável”, pudesse ser simplesmente substituído pela reparação monetária, além da perda da função assegurativa e preventiva, a tutela da aparência seria desnaturada e só se tornaria legítima depois da violação do direito, o que a privaria de seu sentido imanente, “que é justamente a tutela nos casos de urgência”.³⁶³

*“Se a idéia fosse a de conceber como dano irreparável somente aquele incapaz de ser monetariamente compensado, a posteriori, então, nem o periculum in mora justificaria a concessão das medidas cautelares, posto que segundo este entendimento, ter-se-ia de primeiro esperar a violação do direito, tornando-se impossível sua realização prática, para que se compusessem os pressupostos para reparação do dano já ocorrido”.*³⁶⁴

Ao contrário das cautelares, as medidas antecipatórias são dotadas, em seus efeitos, da característica da irreversibilidade e da definitividade.³⁶⁵ A impossibilidade de retorno ao statu quo ante outra alternativa não dá ao requerido senão pleitear perda e danos, se vencedor na eventual ação principal.

Criticando a inclusão, como cautelar, da providência estabelecida no art. 888, inciso VIII, do Código de Processo Civil, D. ARMELIN, mostra que ali, o que se dá é a irreversibilidade da situação. Tem-se, no exemplo, a definitividade, alcançada mediante “prova de mera plausibilidade e no procedimento angustiado dos artigos 802/803 do mesmo

³⁶³ Cf. SILVA, Ovídio Baptista. *Curso*, v. 3, p.35, op. cit.

³⁶⁴ SILVA, Ovídio Baptista. *Curso*, v.3, p. 35-36, op. cit.

³⁶⁵ Assim de depreende da afirmação do Prof. Ovídio, in *Curso*, v. 3, p. 53, op. cit.

Código”, a provocar “uma modificação irreversível no estado de fato preexistente, sem condições de, em um procedimento comum ordinário ou sumaríssimo, se aferir a jutiça da providência corporificada.”³⁶⁶

4.7 SUMARIEDADE DA COGNIÇÃO

Numa encadeamento lógico, pode se dizer, sem receio, que o perigo justifica a urgência, a qual, por sua vez, produz reflexos marcantes na espécie de cognição a ser utilizada pelo juízo cautelar. A urgência demanda, pois, do juiz o atuar incontinentemente sobre o pedido do interessado. Não há como postergar a manifestação, sob pena de sua total inutilidade e ineficácia.³⁶⁷

Aqui, pois, não há lugar para a prova plena, caracterizadora da certeza, contentando-se com o que a doutrina chama de verossimilhança, sacrificando-se a cognição em favor da celeridade do procedimento, exigência sócio-política impostergável da efetividade do processo.

Nesse ponto, entre fazer rápido, porém mal, e o fazer bem, mas tarde, o provimento cautelar objetiva, antes de tudo, fazer rápido, deixando para o procedimento ordinário o equacionamento do problema do bem e do mal se proceda equilibradamente.³⁶⁸

Dessarte, a relevância do elemento cognição no processo cautelar, nem sempre valorizado pelos estudiosos.

³⁶⁶ A tutela jurisdicional cautelar. *Rev. jun*;1985, op. cit., p. 129-130

³⁶⁷ Sobre a sumarização do processo cautelar, ensina ARMELIN : ...”o que torna a sumariedade uma característica irremovível na prestação da tutela jurisdicional é que nesta, sob o acicade do *periculum in mora*, essa prestação há de ser pronta e imediata, sob pena de perder a sua própria eficácia”(Revista, cit., p.125).

³⁶⁸ CALAMANDREI assim se expressa a respeito do dilema da Justiça: I provvedimenti cautelari rappresentano una conciliazione tra le due esigenze, spesso contrastanti, delle 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 (Introduzione, cit.p.20).

Cognitio e cognoscere indicam fundamentalmente, “em harmonia com seu significado ordinário, a percepção e o acerto dos fatos e sua relevância jurídica, como premissa de um provimento que alguém é solicitado a emitir”.³⁶⁹

Sobre o tema, merece transcrita a lição de CELSO NEVES, verbis:

*Na verdade, o que a cognição realiza é a relação sujeito-objeto, própria da teoria do conhecimento. Por ela é que se estabelece a tomada, pelo juiz, do material indispensável à prestação da tutela processual que a ele compete. Em toda atividade há relação entre o cognoscente e o que há de ser conhecido. Todo conhecido, como diz Pontes, é relação entre dois termos, pelo menos um dos quais conhece o outro; e todo cognoscente, em ciência, é a consciência de relação de que se pode, em iguais circunstâncias, tomar consciência. A isso é que serve a cognição, no processo, como método sistemático que a ciência oferece, para que se chegue, sistematicamente, ao ‘máximo de conformidade’, que está à base do princípio de congruência entre o pedido e a sentença.*³⁷⁰

A cognição pode ser vista em dois planos distintos: o horizontal e o vertical. Horizontalmente, a cognição abrangerá (extensão/amplificação) todas as “questões” trazidas, pelas partes ou interessados, à análise crítica do juiz; verticalmente, as “questões” serão analisadas em toda a sua profundidade, de maneira que o objeto de sua incidência seja integralmente conhecido.

Lá, poder-se-ia dizer que a cognição é mais quantitativa, pela variedade de questões que pode atingir; aqui, é mais qualitativa, pois aprofunda-se no conhecer e discutir o objeto ou questão submetida ao crivo judicial.

Exemplificando: nas ações possessórias³⁷¹ a cognição, no sentido horizontal, está limitada tão-só à questão da posse, vedada às partes trazerem à apreciação do juiz, tema petitorio (ação reivindicatória) onde se discuta o direito de propriedade, que fica assim

³⁶⁹ BIONDE, Biondi, apu. WATANABE, op.cit.p.37.

³⁷⁰ Apud KAZUO WATANABE. Da cognição no processo civil. São Paulo: RT, 1987, p. 13.

³⁷¹ Cf. arts. 920 e ss do CPC

excluída da apreciação e decisão judicial ³⁷², podendo, no entanto, ser objeto de uma outra ação. Na mesma ação possessória, o conhecimento, no sentido vertical sobre o fato-jurídico posse, dar-se-á sem limites, integralmente, nada se lhe escapando da análise do magistrado.

No plano horizontal, aceitando a lição de KAZUO WATANABE, a cognição pode ser plena ou limitada (parcial) e no plano vertical, pode ser exauriente (completa) e sumária (incompleta).

Destarte, o grau máximo de cognição seria obtida pela abrangência plenária, conexas a análise exauriente do objeto cognoscível, o que é exigência do procedimento ordinário, possibilitando a formação da coisa julgada material.

Seria a composição definitiva da lide, na concepção carneluttiana.

Quando se estuda a cognição da aparência, como ora se faz, pressupondo-se sua indeclinável sumariedade, é oportuno trazer, para esta pesquisa, a observação de D. ARMELIN, justificativa da importância da medida cautelar, quando diz que, por mais que se radicalize a sumariedade de um processo, “nem sempre terá ele condições de ensejar, **sem medida cautelar embutida no seu bojo**, providência coibidora de dano grave ou de difícil ou incerta reparação”.³⁷³ (sem grifo no original)

No âmbito do assunto da sumariedade e a justificá-la, é de bom alvitre ter em conta os dizeres de F. GUILLÉN, de que:

“existen casos en que un peligro jurídico es inminente, y ha de darse a los interesados un medio procesal de evitarlo con la rapidez adecuada; en vez de plantearse ampliamente todas las cuestiones jurídicas que surjan en torno al peligro, se debe de enfocar procedimentalmente sólo este preciso punto, de tal

³⁷² Cf. especificamente, o art. 923 do CPC.

³⁷³ A tutela jurisdicional cautelar. *Revista*, p.116, op. cit.

*modo que sólo se discuta y sentencie sobre él; no se tratará, pues, en tales casos, de un proceso exhaustivo de la relación jurídica litigiosa”*³⁷⁴

Segundo KAZUO WATANABE, a cognição está voltada à produção do resultado final, que é a decisão ou o provimento jurisdicional. Ao longo do iter percorrido, o magistrado enfrenta e resolve inúmeras questões de fato e de direito, e o esquema do silogismo final e os aspectos mais importantes para a justificação lógica da conclusão última devem ficar expressos na ‘motivação’.³⁷⁵

Para KAZUO, numa sistematização mais ampla, a cognição pode ser vista e dois planos distintos: horizontal (extensão, amplitude) e vertical (profundidade)³⁷⁶

No plano horizontal, preleciona, a cognição tem por limite os elementos objetivos do processo, abarcando, de modo geral, questões processuais, condições de ação e mérito, inclusive questões de mérito. Nesse plano, a cognição pode ser plena ou limitada (ou parcial) segundo a extensão permitida.³⁷⁷

No plano vertical, a cognição pode ser classificada, segundo o grau de sua profundidade, em exauriente (completa) e sumária (incompleta). Há, ainda, a cognição em sua forma mais tênue e rarefeita, sendo mesmo eventual, que é a cumprida no processo de execução.³⁷⁸

Para WATANABE, se a cognição se estabelece sobre todas as questões, ela é horizontalmente ilimitada, mas se a cognição dessas questões é superficial, ela é sumária quanto à profundidade. Seria, então, cognição ampla em extensão, mas sumária em profundidade.³⁷⁹

³⁷⁴ GUILLÉN, Víctor Fairen. *El juicio ordinario y los plenarios rápidos.*, p.54.

³⁷⁵ WATANABE, K. *op.cit.* p.47.

³⁷⁶ WATANABE, *op. cit.* p.83

³⁷⁷ WATANABE, *op. cit.* p.83

³⁷⁸ WATANABE, *op. cit.* p.83

³⁷⁹ WATANABE, *op. cit.* p.84

Porém, se a cognição é eliminada “ de uma área toda de questões” seria limitada quanto à extensão, mas se quanto ao objeto cognoscível a perquirição do juiz não sofre limitação, ela é exauriente quanto à profundidade. Ter-se-ia, na hipótese, cognição limitada em extensão e exauriente em profundidade.³⁸⁰ Só à primeira dela, KAZUO atribui a qualidade de sumária.³⁸¹

Combinando as diversas espécies de cognição, estará o legislador apto a criar procedimentos diferenciados, conforme as exigências específicas dos direitos merecedores de proteção.³⁸²

Nesse perfil, a cognição a que se submete a tutela da aparência , é aquela sumária³⁸³ superficial, de menor aprofundamento no sentido vertical. E , por ela, busca-se atingir “un giudizio de probabilità e de verosimiglianza”³⁸⁴, remetendo para o eventual processo satisfativo, a declaração de certeza só exigida pela cognição exauriente. Sua função é a de um mero instrumento para a proteção de um aparente direito.

Nas ações sumárias cautelares e não-cautelares... essa modalidade de cognição é, também, a que o juiz realiza por ocasião das medidas liminares em geral.³⁸⁵

Dentro da efetividade do processo, não pode ser elidido que o direito à cognição adequada à natureza da controvérsia é, juntamente com outros princípios processuais, amparado pelo devido processo legal, que lobra em sua abrangência, a necessidade de um

³⁸⁰ WATANABE, op. cit. p.84

³⁸¹ CHIOVENDA dá alcance diverso à sumariedade da cognição, qu a contrapõe à cognição plena e completa , atribuindo àquela a designação de incompleta, “já porque não definitiva, já porque parcial, já porque superficial”(Instituições, p.237).

³⁸² WATANABE, op. cit. p.84

³⁸³ Segundo ALCIDES MUNHOZ,, “esta assertiva pode ser considerada correta, quando visualizada sob o ângulo do ‘direito ‘acautelado. Todavia, considerando que o direito de cautela se compraz com a plausibilidade do ‘direito’ acautelado, ou seja, com o fumus e com a plausibilidade do perigo, tem-se que a cognição que se revelou sumária do ponto de vista do ‘direito’ acautelado, pode até mesmo ser considerada exauriente do ponto de vista do direito de cautela” (A lide cautelar no processo civil, p. 150)

³⁸⁴ CALAMANDREI, *Introzuzione*, p.63.

³⁸⁵ WATANABE, op. cit. p. 91

processo com procedimento adequado à realização plena de todos os princípios albergados pelo ordenamento jurídico.³⁸⁶

Embora os processos cautelares sejam espécie do gênero sumário, a doutrina tem encontrado dificuldades na distinção entre os processos sumários cautelares e os processos sumários tout court.³⁸⁷

Segundo ARIETA:

Si deve, in realtà, riconoscere che la profonda diversità di funzione tra tutela sommaria non cautelare e tutela cautelare si riflette, e non può non riflettersi, sulla natura dell'attività cognitiva del giudice, nel senso che quest'ultima è strettamente connessa al risultato ultimo che ciascuna tutela è diretta a perseguire: la funzione tipicamente anticipatoria, che la tutela sommaria non cautelares normalmente ed istituzionalmente persegue, giustifica una sommarietà della cognizione che, pur potendo essere a volte incompleta (come accade per il decreto ingiuntivo), a volte superficiale (è il caso dell'ordinanza per il pagamento di somme non contestate ex art. 423, 1° comma, c.p.c.) consente al giudice di attuare l'immediata, seppur anticipata, realizzazione soddisfattiva del diritto attraverso l'emissione di un provvedimento destinato ad acquisire carattere di definitività (decreto ingiuntivo non opposto) o comunque, il più delle volte, a sopravvivere all'estinzione del giudizio di merito nell'ambito del quale viene emesso. (p. 50-51).

Ben diverso carattere assume la sommarietà della cognizione nella tutela cautelare, la quale è chiamata a realizzare non già la finalità di strutturale anticipazione della tutela ordinaria, ma la diversa funzione di provvisoria assicurazione degli effetti della decisione di merito, attraverso l'emissione del provvedimento più idoneo a salvaguardare il diritto cautelando dal pregiudizio minacciato o già in atto, comunque non destinato, nemmeno in seguito, nè ad attuare finalità immediatamente soddisfatti né a veder consolidati i propri effetti.³⁸⁸

E continua ARIETA,

La cognizione cautelare non può nemmeno essere identificata nella cognizione superficiale, dal momento che non è il livello dell'attività cognitiva a caratterizzare la prima, bensì la sua direzione: il giudice della cautela, più che accertare superficialmente il materiale di causa, è tenuto ad indirizzare la propria

³⁸⁶ WATANABE, op. cit. p. 93-94.

³⁸⁷ WATANABE, op. cit. p.101

³⁸⁸ ARIETA, op. cit. p. 51.

*valutazione nei confronti dei presupposti della tutela, sicché mentre, ai fini della sussistenza del fumus boni iuris, ...*³⁸⁹

5 RESPONSABILIDADE

5.1 RESPONSABILIDADE PELA OUTORGA (OU NÃO) DA TUTELA DA APARÊNCIA

Optou-se , nesta fase da pesquisa, por se trazer algumas considerações sobre a caução, cujo estudo, pela própria postura do Código de Processo Civil (cfr. artigos 799, 804 e 805), está indelevelmente vinculado ao da responsabilidade , eis que aquela deve assegurar eventuais prejuízos do “responsável cautelar”.

Assim, e para que se auxilie a compreensão da asseguaração de eventual prejuízo do dano produzido no processo cautelar, adianta-se aqui, noções sobre a caução, delimitadas para os objetivos adredemente estabelecidos.

Destarte, na tutela cautelar, a caução - sempre como função garantidora de uma eventual reparação - pode ser prestada tanto pelo requerente, quanto pelo requerido da cautela. No primeiro caso, recebe a denominação de contra-cautela (art.804); no segundo, é apenas caução. Em ambos os casos, no entanto, é tão-somente de caução que se trata.

A caução³⁹⁰ é, pois, neste tópico, visitada sob duas óticas: a) como garantia do requerido, pelos eventuais prejuízos ocasionados pela execução da medida a tout court deferida, caso em que deverá ser prestada, obviamente, pelo requerente da medida cautelar;

³⁸⁹ ARIETA, op. cit. p. 52.

³⁹⁰ Segundo DE PLÁCIDO E SILVA, ‘caução’, do latim cautio (ação de seacautelar, precaução), tem como função jurídica, precipuamente, a de assegurar a solvabilidade do devedor, e prestada como medida acauteladora, pode ser efetivada preventivamente (medida preventiva) ou como preparatória da ação (medida preparatória) (Vocabulário jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 1967, v.1, verbete pertinente.

b) como asseguuração da aparência invocada pelo autor, havendo fundado receio de dano iminente e de difícil reparação. Em qualquer dos casos, previne a garantia da reparabilidade de eventual dano que venha a ocorrer.

Feitas estas observações introdutórias, outras, quando necessárias, ficarão melhor colocadas no desenvolvimento sobre a responsabilidade cautelar, que ora se propõe.

A questão da responsabilidade, no processo cautelar, se, por um lado, é um assunto visatado por praticamente todos os doutrinadores brasileiros, de outro, não tem merecido um tratamento mais aprofundado, limitando-se os autores, em sua esmagadora maioria, a dela discorrer dentro dos estreitos limites dos dizeres do art. 811 da Lei Processual Civil, como se verificará pela fala dos tratadistas sobre o tema.

De início, até por uma questão de bom senso, a responsabilidade, de modo geral, esteve sempre ligada à culpa ou à má-fé (dolo) daquele que viesse a ocasionar um prejuízo a outrem.

No que diz respeito especificamente às medidas cautelares, já na Idade Média admitia-se que o devedor injustamente submetido a um arresto, como “devedor suspeito”, promovesse contra o arrestante uma *actio injuriarum*, para obter a indenização dos danos porventura sofridos com a medida. Mas, exigia-se que o devedor injustiçado demonstrasse o dolo ou a má fé do demandado, o que dificultava a concessão da *actio*. Daí passarem os juristas, para tornar realizável a reparação, a sugerir o uso de uma *actio in factum*³⁹¹.

Ao depois, ainda no direito medieval, passou-se a admitir a responsabilidade do arrestante, se a sentença de mérito lhe fosse desfavorável, presumindo-se desse fato a iniquidade do arresto, mas permitindo-lhe a feitura da prova contrária.³⁹²

³⁹¹ CONIGLIO, A. *II sequestro*, 201, apud Ovídio Baptista. *Comentários ao código de processo civil*. Porto Alegre: Lejur, 1985, p.238.

³⁹² SILVA, Ovídio Baptista da. *Comentários ao código de Processo civil* cit. p.238.

Segundo F. CARNELUTTI, apoiado em lições de Wach e Coniglio, os estatutos de quase todas as cidades medievais italianas admitiam o princípio da responsabilidade sem culpa para os arrestantes, mas as causas dessa responsabilidade objetiva estavam na falta de justificação, na oposição do arrestado vitorioso e no atraso do ajuizamento da ação principal. Destaca-se, aí, uma nova perspectiva de análise, onde o que era “arresto injusto” cedeu lugar ao “arresto ilegítimo”, não havendo, então, responsabilidade por um arresto legitimamente concedido, ainda que revogado por sucumbência do arrestante na demanda principal.³⁹³

Tanto o Código de Processo Civil italiano de 1940 (art.96)³⁹⁴, como o Estatuto Processual Civil português (art.387), adotam o princípio da responsabilidade subjetiva, como fundamento do dever de indenizar.

Já o direito alemão (ZPO, parágrafo 945), segundo OVÍDIO BAPTISTA, regula diversamente, prevendo a responsabilidade objetiva do que obtém arresto ou qualquer outra medida cautelar, quando considerados ilegítimos.³⁹⁵

Avançando os ponteiros do tempo para o direito brasileiro, LOPES DA COSTA, escrevendo sob a égide do Código de Processo Civil de 1939, assim se expressa sobre a responsabilidade:

1) A medida foi concedida ou negada. Mas a parte se portou irregularmente no processo. Sofrerá as penalidades do art. 63. (Art.688). O artigo 688 era desnecessário. O art.63 é a regra geral no processo da ação. Não seria processo de ação o da ação preventiva?

³⁹³ Idem, ibidem, p.238-239.

³⁹⁴ Dia o art. 96 do CPC italiano: “Responsabilità aggravata. Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche di ufficio, nella sentenza. Il giudice che accerta l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare o trascritta domanda giudiziale o iscritta ipoteca giudiziale, oppure iniziata o compiuta l'esecuzione forzata, su istanza della parte danneggiata condanna al risarcimento dei danni l'attore o il creditore procedente che ha agito senza la normale prudenza. La liquidazione dei danni è fatta a norma del comma precedente”.

³⁹⁵ Idem, ibidem, p.241.

2) O autor, regularmente, obteve a providência. Não executou, porém, a decisão. Não tem responsabilidade alguma.

3) O autor obteve decisão favorável. Executou-a. Mas, depois, perdeu a ação principal. Sómente responderá por danos se houve agido por erro grosseiro ou maliciosamente. (Art. 688, Parágrafo único.).

4) Executou-se a decisão obtida no processo da ação preventiva, mas o vencedor, depois disso, deixou-se ficar inerte, sem propor, dentro dos trinta dias que a lei para tal assinara, a ação principal.

Responderá pelas perdas e danos resultantes da execução.

Responsabilidade objetiva.

O fundamento da responsabilidade no caso último não assenta em culpa.^{396 397}

Já sob a influência do Código Processo Civil de 1973, a regulação da responsabilidade na lide cautelar é, sem dúvida, feita pelo art. 811 do Código de Processo Civil, que preceitua:

Art.811. Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida:

I - se a sentença no processo principal lhe for desfavorável;

II - se, obtida liminarmente a medida no caso do art. 804 deste Código, não promover a citação do requerido dentro em 5 (cinco) dias;

III- se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos do art. 808, deste Código;

IV - se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (art. 810).

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar.

A responsabilidade conforme explicitado no artigo supracitado, diz respeito, portanto, à indenização a cargo do beneficiário da medida cautelar, quando venha a ocasionar danos ao direito do requerido, Sua ratio essendi prende-se ao fato de que, como a tutela da aparência é sempre outorgada sob o signo da urgência, em cognição sumária

³⁹⁶ LOPES DA COSTA, a. de Araújo. *Medidas preventiva - medidas preparatórias - medidas de conservação*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1953, p.52-53.

³⁹⁷ Informa LOPES DA COSTA que, com a inclusão do art. 945 em seu Código, mediante a lei de 4 de maio de 1898, a Alemanha, abandonou solução jurisprudencial que, até então, à falta de texto, não admitia responsabilidade sem culpa.

(sumaríssima seria o termo mais correto), é , portanto, de lógica jurídica e de justiça, que aquele que dela se beneficiou, seja também o responsável por eventuais danos ocasionados pela medida ” tout court” deferida, pois

Siempre que la urgencia reclame una respuesta jurisdiccional inmediata, se crea la alternativa entre proteger la simple apariencia del derecho o, entonces, si la organización estatal no fuere capaz de renunciar a las demoradas estructuras de la jurisdicción común, no habrá otro remedio sino asistir al perecimiento del derecho, colocado bajo la amenaza de daño inminente, y recomendar a su titular el sucedáneo de la subsecuente indemnización por pérdidas y daños.³⁹⁸

A respeito da responsabilidade delineada no artigo 811, existe uma unanimidade na doutrina: é ela objetiva.³⁹⁹ Basta citar, por todos, PONTES DE MIRANDA: “A responsabilidade segundo o artigo 811, hoje é pelo ato-fato jurídico (objetiva) : o juiz examina, previamente, a espécie, à diferença do que se passa com o título extrajudicial executiva e a execução provisória de sentença, mas a responsabilidade também é objetiva (art. 588, I)⁴⁰⁰

A responsabilidade objetiva de que se trata no artigo sob discussão, não elide a responsabilidade subjetiva, sendo com esta cumulativa, mas, aí, com fundamentação no art. 16 do mesmo Códex.⁴⁰¹

Há também acordo de que o fundamento da responsabilidade está no fato da execução da medida, conforme, aliás, está claro no caput do artigo 811, parte final.⁴⁰²

³⁹⁸ SILVA, Ovídio Baptista, *Teoria de la acción cautelar*, op. cit., p. 96-97.

³⁹⁹ FADEL, S. Sahione, CPC comentado, 1974, p. 227, diz que “O princípio é genérico da caracterização da responsabilidade civil, nos termos do art. 159 do Código Civil”, o que, data venia, se afigura uma contradição, eis que o art. 159 da Lei Civil, prevê a responsabilidade objetiva.

⁴⁰⁰ MIRANDA, F. C. Pontes de. *Comentários*, 1976, op. cit., p. 99.

⁴⁰¹ MIRANDA, F. C. Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. 1976, op. cit., p. 97.

⁴⁰² Cfr. a respeito SHIMURA, S. Seiji. *Arresto cautelar*. S. Paulo: RT, 1993, P. 27; MIRANDA, Pontes, *Comentários* cit. p.99; OVÍDIO BAPTISTA, op. cit. p. 246, implicitamente.

BARBOSA MOREIRA, em análise ao art. 811, aponta que, o caso do inciso III, “vem de fato gerando certa perplexidade”. parecendo haver uma contradição do Legislador, in casu, pois que atribui responsabilidade pela inexecução, quando é a execução que ocasiona ou pode ocasionar o prejuízo de que trata o caput do mesmo art.⁴⁰³

Segundo o referido jurista, “a responsabilidade do requerente, na hipótese em foco, tem sido entre nós repelida não porque carecedora de fundamento jurídico, mas porque (supostamente) insuscetível de concretização prática”.

“É fora de dúvida de que não há cogitar de responsabilidade com base no art. 811 sem execução da medida acautelatória”

“Seria necessário, portanto, encontrar base diversa para responsabilizar o requerente pelos danos decorrentes da só concessão da providência, mesmo não efetivada”.⁴⁰⁴

Daí, conclui MOREIRA, que o incompreensão está em não se atentar “na eventual diferença entre o que é de iure e o que é de facto”, pois “Facilmente se concebe que, apesar de vencido o prazo de trinta dias dias, a medida acautelatória - legalmente tornada ineficaz e, portanto, insuscetível de efetivação - na realidade se venha a executar. Se daí resulta dano para o requerido, harmoniza-se com os princípios e ajusta-se ao texto legal a responsabilização do requerente que tenha dado causa, ainda que sem culpa”⁴⁰⁵

Dizendo que o equívoco é do leitor e não do Código, preceitua que a referência ao art. 808, II, deve ser entendida como, nada obstante esgotado o prazo de trinta dias, a execução ainda se der.⁴⁰⁶

O Professor OVIDIO BAPTISTA, em lúcido comentário ao art. 811 do Código de Processo Civil, discordando, apenas de seu inciso I, preleciona que tudo o mais dali

⁴⁰³ MOREIRA, José C.B., **Temas de direito processual**, 3ª série, p. 167.

⁴⁰⁴ MOREIRA, José C.B., **Temas de direito processual**, 3ª série, p. 170.

⁴⁰⁵ MOREIRA, José C.B., **Temas de direito processual**, 3ª série, p. 170-171.

⁴⁰⁶ MOREIRA, José C.B., **Temas de direito processual**, 3ª série, p. 171.

constante, justifica a atribuição de responsabilidade sem culpa. Aliás, complementa, “em todas as demais hipóteses reguladas no art. 811 o que se dispensa é a prova da culpabilidade do executante da medida cautelar, que a lei presume juris et jure, desde que, por sua própria negligência, evidencia o requerente, no mínimo, a existência de culpa leve, na execução do provimento cautelar”.⁴⁰⁷

Segundo LACERDA, a responsabilidade prevista no artigo 811 não atinge as cautelas decretáveis de ofício (art. 797), nem as voluntárias. Os danos in casu, não poderão ser suportados por quem requereu a medida, salvo se “este perder a demanda principal, condenado genericamente a perdas e danos, ou a repor o status quo. A responsabilidade, então, derivará da sentença, e não dos demais fatos previstos no art. 811”.⁴⁰⁸

Abordando a questão das medidas ex officio por outro ângulo, diz SAMPAIO que o juiz “não poderá arcar com os prejuízos derivados da providência cautelar, fornecida por ele de ofício”.⁴⁰⁹

O que SAMPAIO não aceita é a atribuição da responsabilidade objetiva ao juiz, pois admite seja ele penalizado subjetivamente, de acordo com o que preceitua o artigo 133 do Código de Processo Civil.⁴¹⁰

Alguns cuidados precisam ser aqui colocados: primeiro, nada obstante prever o texto a responsabilidade objetiva, não pode ser ignorado que “deve haver relação de causalidade entre o dano e a execução da medida”.⁴¹¹

⁴⁰⁷ Comentários cit. p. 243.

⁴⁰⁸ LACERDA, Galeno. Comentário, 1980, op.cit. p. 435.

⁴⁰⁹ SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. O poder geral de cautela do juiz. S. Paulo: RT, 1993, p.201.

⁴¹⁰ SAMPAIO, M. Vinicius de Abreu. op. cit. p. 202.

⁴¹¹ LACERDA, Galeno. Comentários, 1980, cit. p. 439.

Por segundo, concedida a medida cautelar liminarmente, inaudita altera parte, deve a prudência do magistrado impor a prestação da caução (art.804), sempre que possível e não for impeditiva da concessão da cautela.

Também, nos casos em que a prova seja fraca ou quanto menor for a “plausibilidade do direito invocado e do risco a que ele esteja submetido”. Deve-se impôr a caução⁴¹²

Culpa levíssima é a exigência do direito argentino, sem texto expreso regulador da espécie, na informação de ALSINA.⁴¹³

O mestre OVIDIO BAPTISTA, justificando sua discordância quanto a ter o legislador pátrio incluído o inciso I do art. 811 (“se a sentença no processo principal lhe for desfavorável”), mostra que a ideologia de dependência do processo cautelar ao processo principal é responsável pela incoerência. E tanto assim é, que esquece-se o legislador da “fonte indiscutivelmente mais legítima e importante de tal responsabilidade, que é a sucumbência na própria ação cautelar, daquele que haja executado liminarmente a providência preventiva, depois revogada no juízo da própria ação cautelar”.⁴¹⁴

Voltando ao que se disse no início deste título e para encerrá-lo, já é tempo de trazer à discussão algumas questões que não têm merecido a devida atenção da doutrina, que, aqui, tem se limitado aos estreitos limite do artigo 811.

A duas questões buscar-se-á uma solução jurídica, neste campo da responsabilidade, mas deverão, segundo se pensa receber igual resposta.

A primeira delas diz respeito ao caso de o Estado-juiz, com a recusa na entrega da tutela cautelar da aparência, venha a ocasionar dano ao requerente, conexo a tal indeferimento; A segunda, é a hipótese de o juiz, deixando de exigir a caução, no caso do

⁴¹² SILVA, Ovídio Baptista da. As ações cautelares e o novo processo civil, cit. p. 71.

⁴¹³ ALSINA, H. *Tratado*, III, p. 315, apud LOPES DA COSTA, op. cit. p.54.

⁴¹⁴ *Comentários*, cit. p. 244.

artigo 804 , ficando o destinatário da medida constritiva impedido de buscar legítima reparação de seu prejuízo , em face de encontrar um autor insolvente.

Como fica a responsabilidade, já que prejuízo houve e indevido?

A doutrina praticamente não tem se manifestado sobre o assunto.

Entende-se, no entanto, que o problema deve ser enfrentado e, posiciona-se no sentido de que deverá, in casu, haver indenização e que o tema pertine ao estudo da responsabilidade cautelar.

Adota-se aqui, a corajosa e lúcida posição de JOSÉ AUGUSTO DELGADO, para quem, tirante “as situações especiais excludentes (culpa da vítima, culpa de terceiros, força maior e estado de necessidade), sempre que houver, em tese, “dano ao particular, provocado por qualquer ato comissivo ou omissivo dos agentes do Poder Público ou dos seus servidores, surge a possibilidade de indenização patrimonial”⁴¹⁵

Ressaltando a existência de discrepância doutrinária sobre assunto, afirma existir “no atual sistema positivo brasileiro, condições de imperar, sem nenhum ataque ao Direito, o princípio de que deve o Estado responder civilmente pela demora na prestação jurisdicional, desde que fique demonstrada a ocorrência de lesão ao particular”⁴¹⁶.

Assim justifica seu ponto de vista:

- a) *O sistema jurídico sobre responsabilidade civil do Estado está vinculado à teoria objetiva;*
- b) *o Juiz, mesmo fazendo parte de uma categoria especial de funcionários, age em nome do Estado e atua como membro de um dos seus poderes;*
- c) *Estado e Juiz formam um todo indissociável, pelo que se o magistrado causa dano ao particular, por demora na prestação jurisdicional, cabe ao Poder Público responder patrimonialmente;*
- d) *o art. 153, par. 4º, da CF⁴¹⁷, não permite que a lei exclua da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. É o Estado assegurado o*

⁴¹⁵ Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional. *Revista de Processo*, S.Paulo, a. 10, n° 40, 1985, p.150.

⁴¹⁶ DELGADO, José Augusto. *Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional*, 1985, op. cit. p.151.

⁴¹⁷ Na novel Constituição, art. 5º - Inciso XXXV.

pronunciamento judicial como único meio de estabilizar definitivamente qualquer direito conflitado, pelo que deve responder por prejuízos resultantes da sua má atuação em fazer aplicar tal dogma constitucional;

e) a finalidade da tutela jurisdicional é garantir que o direito objetivo material seja obedecido.

f) constitui garantia individual implícita (art. 153, par 36, CF) a prestação jurisdicional dentro dos prazos fixados pela legislação ordinária, não só com apoio no princípio da legalidade, quando o Estado deve suportar a lei que ele próprio fez, como também, por ser inconciliável com o sistema o fato de não gerar responsabilidade o descumprimento do direito positivado.⁴¹⁸

Para DELGADO, a “demora na prestação jurisdicional cai no conceito de serviço público imperfeito. Quer que ela seja por indolência do Juiz, quer que seja por o Estado não prover adequadamente o bom funcionamento da Justiça.⁴¹⁹

E conclui que, “no caso da demora na prestação jurisdicional, configura-se, pois, de maneira insofismável, a necessidade de criação jurisprudencial do direito, assegurando ao particular a indenização cabível a ser paga pelo Estado”.⁴²⁰

6 A TUTELA DA APARÊNCIA E EFETIVIDADE DO PROCESSO

6.1 INTRODUÇÃO

O processo só será efetivo se e na medida em que permite a realização (satisfação) da pretensão amparada pelo ordenamento jurídico.⁴²¹

Mas, essa realização da pretensão, não se deve dar apenas no plano das normas, sob pena de subverter os valores sociais de justiça, como está a acontecer com o processo de conhecimento.⁴²²

⁴¹⁸ DELGADO, José Augusto. *Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional*, 1985, op. cit. p.151-152.

⁴¹⁹ DELGADO, José Augusto. *Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional*, 1985, op. cit. p.152.

⁴²⁰ DELGADO, José Augusto. *Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional*, 1985, op. cit. p.155.

⁴²¹ Concorda com o Prof. OVÍDIO BAPTISTA. *Curso*, v. 3, p.22, op. cit., para quem “satisfazer um direito é realizá-lo no plano social”.

⁴²² O processo de conhecimento, como se sabe, é um perfeito procedimento ordinário, onde o juiz tudo pode declarar mas nada fazer no plano da realidade “. (MARINONI, L. Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. P. Alegre: FABRIS, 1994, p. 2.

Assim, a axiologia jurídica só merecerá o respeito dos usuário do processo, quando a outorga da tutela, além de justa, for eficaz e efetiva.

Esta a relevância instrumental do processo, sem o qual o direito material se quedaria na abstração de seu regramento, não passando de potência.⁴²³

Mas o processo ordinário está em crise, a qual faz parte dos objetivos da ideologia do poder dominante, dela se servindo de uma maneira que, para essa elite, a eficiência do processo está exatamente no paradoxo de seu não funcionamento, ou melhor, no seu aparente funcionamento, sendo que, a aparência aqui, está, para essa ideologia, em se preservar a separação das funções do juiz em conhecimento e execução, só permitindo esta, após esgotada aquela. É o dogma da *nulla executio sine titulo*.

Desse modo, delimita-se a função (preponderante) do juiz em dizer o direito, tal como está escrito, proibida qualquer interpretação, fazendo da função jurisdicional la bouche de la loi.⁴²⁴

Todavia, a esses obstáculos, outro se soma, cuja superação é de suma relevância para a efetividade processual, tal o peso da variável tempo, no desenvolvimento do processo, o que levou CARNELUTTI a dizer que “Non sarebbe azzardato paragonare il tempo a un nemico, contro il quale il giudice lotta senza poza”.⁴²⁵

Este problema relativo ao tempo, se bem que sempre existente (é obvio) foi agravado quando o Estado, suprimindo a autotutela, que era permitidora do exercício da ação de direito material, passou a deter, com exclusividade, o poder jurisdicional.

⁴²³ PROTO PISANI, assim se manifesta sobre a relevância do processo: “senza diritto processuale il diritto sostanziale non può esistere in un ordinamento caratterizzato dal divieto di autotutela privata (quanto meno non può esistere come fenomeno giuridico, in quanto la sua attuazione anziché essere garantita dallo Stato è rimessa ai meri rapporti di forza: con la conseguenza che il detentore o i detentori del potere di fatto divengono i detentori del potere legale indipendentemente da quanto dispongono le norme sostanziali”, (Apud MARINONI, *Efetividade do processo e tutela de urgência*, nota de rodapé, p. 1, op. cit.).

⁴²⁴ Cfr. a respeito MARINONI, L. Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*, op. cit. p. 3.

⁴²⁵ CARNELUTTI, F. *Diritto e processo*, op. cit., p.354.

Destarte, esta interposição do ente Estatal gerou a denominada “demora processual”.

Ora, o monopólio Estatal da justiça só se justifica como um direito-dever: ao tempo em que o Estado, com exclusividade, detém o poder de resolver os conflitos intersubjetivos, não pode fugir à obrigação de, sempre que provocado, atuar a jurisdição, outorgando a tutela jurídica, atendendo ou afastando a pretensão a ele submetida.

Desse dever é que o Estado não tem se desincumbido a contento; aí toda a extensão da problemática da efetividade, de que ora se trata, dentro das limitações delineada para a tutela da aparência, adrede traçadas.

6.2 OUTORGA DA TUTELA DA APARÊNCIA

6.2.1 Medida cautelar liminar inaudita altera parte

Pressupõe-se, no presente estudo, que a efetividade com que é tutelada a aparência é avaliada pela força da medida cautelar liminar eventualmente outorgada pelo magistrado, à parte autora.

Dá-se, pois, relevância à medida liminar cautelar, em confronto com a ação cautelar. Esta, nada obstante não se colocar em dúvida sua existência, é vista aqui, tão-somente, como o veículo necessário, quase sempre (admite-se a existência de medidas cautelares ex officio), a possibilitar a operacionalização daquela.⁴²⁶

⁴²⁶ Sobre liminares veja-se, também, o escrito de VASCONCELOS, Antonio V. Ramos. Perfil do Processo cautelar, *Revista de Processo*, S. Paulo, a. 18, n. 72, p. 46 ss., 1993. e ALVIM, Arruda. Anotações sobre a medida liminar em mandado de segurança. *Revista de Processo*, S. Paulo, a. 10, n. 30, 1985, p. 16-26.

Assim, ajuizada a ação cautelar inominada (*rectius*, inespecífica), mediante o processo cautelar, só o deferimento da liminar, inaudita altera parte, é o que possibilita a que tutela da aparência possa acontecer, com a urgência que a pressão do perigo iminente está a requerer, nos lindes da cognição sumária e superficial pertinente. Daí em diante, exceto os casos de sua revogação ou modificação, desenvolve-se a ação cautelar, mas a situação de perigo já deverá ter sido atendida; o processo como que se ordinariza.⁴²⁷

Dessarte, nada obstante continuar a desenvolver-se a ação cautelar até a sentença, isto pouca ou nenhuma importância terá em relação a efetividade: a aparência já ou terá sido tutelada ou recusada sua proteção.⁴²⁸

O que o empirismo da lide judiciária tem revelado é que, no afã de demonstrar a necessidade da tutela do aparente, muitas vezes a parte autora traz, para o processo cautelar, fatos que, a rigor e em boa técnica, só ao processo principal caberia averiguar, o que, quando do ajuizamento da eventual ação principal, esta se transforma em mera repetição da ação cautelar, com injustificada duplicação de atos processuais e atentatória ao princípio da celeridade processual

Esta justificativa quanto à preponderância da medida sobre a ação cautelar (que entende-se como óbvia), fica, pragmaticamente mais coerente, quando se verifica que o Poder Executivo, para ter atos seus furtados à apreciação do Poder Judiciário, procurou (sem emparo legal, diga-se), por intermédio da Medida Provisória n. 173, proibir, não a ação, mas as liminares, confiando que, abortando estas, a *dilatio temporis* o ajudaria a fazer

⁴²⁷ GUILHERME MARINONI admite, para determinadas situações, “um provimento liminar (cautelar ou não) em um processo de cognição exauriente, e não um provimento liminar em processo de cognição sumária, depois seguido por processo de cognição exauriente”. (*Tutela cautelar e tutela antecipatória*, op. cit. p.56.

⁴²⁸ LUIZ ALBERTO HOFF, em suas Reflexões, op. cit., p.33-36, advoga a idéia (navegando contra a maioria da doutrina) de que, em alguns casos, não só é possível como “até mesmo deve ser pedida” a tutela cautelar junto com a ação principal.

o resto, pois ação, ainda que cautelar, se despida de liminar, é destituída de efeitos práticos que a urgência dela está a exigir.

Daí a assertiva de MARINONI, de inadmissibilidade da restrição do uso da liminar com o só argumento de que a lesão ou a ameaça a direito possa vir a ser apreciada através de ação ordinária.⁴²⁹

Sob o signo da efetividade do processo, advoga ALBERTO HOFF, a possibilidade de, já com a inicial, obter-se a medida cautelar, à maneira da ação de alimentos, onde acontece a fixação liminar dos alimentos provisionais⁴³⁰

Desse modo, admite HOFF, a acumulação do pedido cautelar e principal, no que socorre-se do magistério de GALENO LACERDA, para quem “não há razão lógica, nem jurídica que impeça, em tese, a reunião de pedidos complementares, continentais, nascidos da mesma relação material controvertida, entre as mesmas partes”⁴³¹

É que, diz, “a busca da celeridade processual, da efficientização da prestação jurisdicional, recomenda, em muitos casos, tal cumulação, como forma mesmo de se otimizar a busca da segurança cautelar”⁴³².

Em defesa de sua tese, exemplifica como a ação cautelar de sustação de protesto, que poderia ser concedida, liminarmente no bojo da ação declaratória de inexistência de débito, “quando o suposto devedor pode, desde logo, provar documentalmente a quitação do débito, cujo título se pretende protestar”⁴³³.

E, afirma, que tal liminar não seria antecipativa, porque a “liminar de sustação de protesto” não é satisfativa “(porque o direito buscado não é a sustação do protesto, mas,

⁴²⁹ Tutela cautelar e tutela antecipatória, op. cit. p.95-96.

⁴³⁰ Reflexões em torno do processo cautelar, 1992, op. cit. p.33.

⁴³¹ LACERDA, Galeno. Comentários ao código de processo civil, p.417, op. cit.

⁴³² HOFF, op. cit., p. 34.

⁴³³ HOFF, op. cit., p. 34-35.

v.g. a declaração de inexistência de débito), temporária, não definitiva e reversível, o que não ocorre com os alimentos provisionais, que são irrepetíveis”.⁴³⁴

Continuando a desenvolver sua argumentação, diz HOFF que, se se fizer a demonstração do pagamento, em ação cautelar antecedente, requerendo a sustação de protesto, terá a parte, nos trinta dias (art. 806) que ajuizar a ação principal, “onde, certamente, nada mais fará que repetir tudo o que demonstrou na ação cautelar”⁴³⁵

*“Não há outra causa de pedir. O pagamento pode ser demonstrado tanto na cautelar, quanto na principal, com os mesmos documentos. Porque obrigar a parte a propor duas ações, com duas autuações distintas, com custas em dobro, com despachos do juiz em dois processos, quando ambos só têm um objetivo, ou seja, declarar a inexistência daquele débito e obter a consequente sustação definitiva do protesto, neste caso injusto e abusivo”.*⁴³⁶

E, uma vez mais chama o magistério de G. LACERDA de que

*“há que se interpretar, pois, a norma, de acordo com a realidade e com a teleologia do sistema. E esta exegese racional e lúcida, condizente com os princípios, conduz à admissibilidade da cumulação da cautela com a ação principal, em situações dessa ordem, desde que, a critério do juiz, não haja risco de tumulto processual, se desnecessária, p. ex., a audiência de justificação do art. 804. Fora dessa hipótese, que obriga a autos apartados, a simples concessão ou denegação da liminar, quer em autos próprios, quer nos da demanda principal, enseja apenas agravo de instrumento sem suspensão do processo”.*⁴³⁷ (sem grifo no original).

Cita jurisprudência da 1ª. Câmara do Tribunal de Alçada Civil de S. Paulo, quando decidiu que “a cumulação de medida cautelar com a ação declaratória não é óbice para que o magistrado profira seu despacho, mesmo porque tal cumulação não é defesa em lei”.⁴³⁸

⁴³⁴ HOFF, op. cit., p. 34-35.

⁴³⁵ HOFF, op. cit., p. 35.

⁴³⁶ HOFF, op. cit., p. 35.

⁴³⁷ LACERDA, Galeno, *Comentários ao CPC*, p. 418

⁴³⁸ HOFF, op. cit., p. 36.

É comum, tanto na doutrina, como na jurisprudência, o emprego de medida liminar como sinônimo de medida cautelar e esta é não poucas vezes, confundida com a tutela antecipatória. Todavia, trata-se de coisas distintas e como tais, devem ser tratadas.

Medidas cautelares, para PASSOS, são provimentos emitidos pelo juiz para satisfazer pretensões cautelares, que são asseguradoras do resultado útil de um processo em curso ou a ser ajuizado.⁴³⁹

No que tange às liminares, afirma-se que são medidas outorgadas no início do processo e antecipam parcial ou totalmente, os efeitos da providência pretendida pelo interessado, desconsiderando a natureza da tutela jurisdicional requerida.⁴⁴⁰

BETINA, admite possam as liminares antecipar os efeitos da decisão de mérito, nunca a própria decisão.⁴⁴¹ E, diz ainda, que só aqueles efeitos que se refletem no mundo dos fatos (externos ou secundários da sentença), podem ser antecipados via liminar, vedada a antecipação de efeitos jurídicos o que, pois, não permite sejam antecipados os efeitos de natureza declaratória ou constitutiva, integrantes do conteúdo da sentença.⁴⁴²

Procurando ressaltar as diferenças entre cautelar e liminar, BETINA as entende presentes “mesmo quando a liminar é concedida no bojo de uma ação cautelar”⁴⁴³, onde, diz, a diferença estaria apenas em “função do grau de intensidade com que se apresentam”.⁴⁴⁴

Uma diferença, interessante, sem dúvida, é que as medidas cautelares só tem cabimento na ação de mesmo nome, o que não ocorre com as liminares, que podem

⁴³⁹ PASSOS, op. cit., p. 45.

⁴⁴⁰ GUERRA, Marcelo Lima. Estudos sobre o processo cautelar, p. 82, op. ci

⁴⁴¹ LARA, Betina Rizatto. Liminares no processo civil. S.Paulo: RT, 1993, p.21

⁴⁴² LARA, Betina Rizatto. Liminares, p.21, op. cit.

⁴⁴³ BETINA, op. cit., p. 23.

⁴⁴⁴ Sem razão, data venia, esta posição, pois não se vê como a diferença de intensidade(que acontece na forma de concessão da da medida cautelar) possa justificar uma diferença entre cautelar e liminar. Dá-se aí, tão somente, entrega da medida cautelar, liminarmente.

acontecer no bojo de ações especiais, como sói acontecer nas possessórias, na ação civil pública e no próprio mandado de segurança.⁴⁴⁵

Ao contrário do que ocorre nas cautelares, o perigo de dano não está obrigatoriamente vinculado à urgência das liminares.⁴⁴⁶

Também, a diferenciar uma medida liminar, de uma cautelar, está em que a primeira, para ser revogada, depende da interposição de recurso próprio, exigência que não se aplica às cautelares, que poderão ser modificadas ou revogadas independentemente de recurso das partes e mesmo ex officio.⁴⁴⁷

Uma “medida é cautelar em razão da natureza da tutela jurisdicional prestada através dela. Medidas cautelares são, portanto, aquelas com as quais se presta tutela cautelar e contrapõem-se, segundo o mesmo critério classificatório, às providências declaratórias “lato sensu” (i.e., sentenças declaratórias, constitutivas e condenatórias) e às medidas executivas”.⁴⁴⁸

E continua M. GUERRA, “já na caracterização das medidas liminares é irrelevante a natureza da tutela jurisdicional. O critério aí empregado refere-se apenas à relação da liminar com a providência final do processo, qualquer que seja sua natureza. Dessa forma, a medida liminar é aquela que é concedida na fase inicial de um processo, como antecipação total ou parcial dos efeitos da providência à preparação da qual se instaura esse mesmo processo. Segundo esse critério classificatório a medida ou providência liminar contrapõe-se à medida ou providência final de determinado processo”.⁴⁴⁹

⁴⁴⁵ LARA, Betina Rizatto. *Liminares no processo civil*, p.24, op. cit.

⁴⁴⁶ LARA, Betina Rizatto. *Liminares no processo civil*, p.25.

⁴⁴⁷ LARA, Betina Rizatto. *Liminares*, p.34, op. cit.

⁴⁴⁸ GUERRA, Marcelo Lima. *Estudos sobre o processo cautelar*. 1995, op. cit. p. 81

⁴⁴⁹ *Idem*, op. cit., p.82.

Admite GUERRA, a possibilidade de a medida cautelar também antecipar a providência “cuja eficácia destina-se a garantir” , como ter apenas “conteúdo meramente conservativo, enquanto que as liminares sempre proporcionam alguma antecipação da providência final”.⁴⁵⁰

Uma das características das liminares com a qual acordam a maioria dos autores é possibilitarem uma antecipação do resultado só alcançável com a prolação da sentença final.

E ainda, continua BETINA, “nem todos os efeitos são antecipados pela liminar. Os efeitos que integram o conteúdo da sentença, ou seja, os de natureza declaratória ou constitutiva, não são passíveis de antecipação”.⁴⁵¹

“Estabelecido que a liminar atua somente no plano fático, cumpre observar ainda que os efeitos por ela antecipados se referem a uma decisão provavelmente favorável ao seu requerente”.⁴⁵²

Embora diferentes a liminar e a cautelar, é possível visualizar-se uma aparente semelhança entre elas, quando, então, “terão um fim semelhante: evitar uma lesão grave e de difícil reparação ao direito da parte de modo a permitir a prestação da tutela jurisdicional de forma efetiva”.⁴⁵³

Características das liminares, segundo BETINA:

Urgência, cognição sumária, provisoriedade e revogabilidade.

Só é possível conceder-se liminares sob o signo da urgência.

MONIZ DE ARAGÃO traz, nesse campo, a possibilidade de o mandado de segurança ser empregado como “veículo para o exercício do poder cautelar, cuja viabilidade é subordinada tão somente à demonstração pelo interessado de o cumprimento do ato do juiz (nocaso em exame ao decretar a cautela (típica ou

⁴⁵⁰ Idem. *Estudos sobre o processo cautelar*, 1995, op. cit. p.82.

⁴⁵¹ Idem, *Liminares*, 1993, op. cit. p.21.

⁴⁵² BETINA, op. cit., p. 22.

⁴⁵³ BETINA, op. cit., p. 23.

*atípica, tanto faz), ou ao conceder a contracautela, ou modificá-las, ou revogá-las, poderá causar dano irreparável (conceito indeterminado) Atribuído efeito suspensivo, o cumprimento da decisão, ou sentença, fica susgado até a apreciação do recurso interposto, o que afasta o perigo decorrente da demora no julgamento do tribunal”.*⁴⁵⁴

Para F. BAUR, ...”toda medida provisória leva ínsita a cláusula rebus sic stantibus, comparável à sentença referente a prestações de vencimento futuro, que é sujeita à ação de revisão (par. 323 do ZPO)”.

⁴⁵⁵

D. ARMELIN também ressalta esta possibilidade que tem a tutela cautelar de, até com certa frequência, “antecipar sua própria eficácia executiva”, o que se dá, diz com a concessão de liminares inaudita altera parte.

⁴⁵⁶

*Por admitir a doutrina dominante, sob a influência de CARNELUTTI, que a existência de verdadeira jurisdição está irremediavelmente ligada a haver “definição” do direito, exarada em decisão que decida definitivamente a demanda, pressupondo, destarte, que “prestar jurisdição é definir o direito”, tem, nas liminares a”enquanto atos judiciais que mais ordenam do que julgam”, simples providências administrativas.*⁴⁵⁷

Para OVÍDIO, as liminares antecipativas (satisfativas), antecipam eficácias próprias da sentença de procedência a que buscam, as cautelares são a “expressão de outra lide, com pressupostos peculiares, diversos e inconfundíveis com a pretensão a que asseguram. Além do que, as liminares antecipatórias podem ser outorgadas independentemente do periculum in mora.

⁴⁵⁸

⁴⁵⁴ ARAGÃO, E. D. Moniz de. *Medidas cautelares inominadas*, Rev. n° 57, op. cit., p. 59-60.

⁴⁵⁵ BAUR, Fritz, op. cit., p. 128.

⁴⁵⁶ A tutela jurisdicional cautelar. *Revista*, p.123, op. cit.

⁴⁵⁷ SILVA, Ovídio Baptista. *Curso*, v. 3, p.60, op. cit.

⁴⁵⁸ Idem, *Curso*, v. 3, p.64, op. cit.

Segundo OVÍDIO, “somente as eficácias declaratórias e constitutivas não podem ser antecipadas sob a forma de liminares; e a eficácia condenatória - embora não passe de uma declaração - em virtude de sua potencialidade para gerar o título executivo, poderá permitir a antecipação, não do efeito condenatório, e sim do efeito executivo, como se dá nos alimentos provisionais e nas liminares do processo monitorio”⁴⁵⁹

“E, se quisermos manter a pureza conceitual, não poderemos afirmar que os mandados liminares, na ação de mandado de segurança, sejam provimentos cautelares, sempre, haja ou não o pressuposto do dano irreparável”⁴⁶⁰

A necessidade imperiosa da concessão de medidas liminares sempre que “se verifique a natural inaptidão da tutela jurisdicional comum para proteção eficiente do direito”, é, para OVÍDIO, uma garantia a “efetividade dos direitos reconhecidos pela ordem jurídica mediante a garantia de sua execução específica”, pois, “Se o Poder Judiciário, com o passar do tempo, cada vez mais se torna inadequado para atender a seus misteres normais, retardando, de modo às vezes insuportável, a prestação da tutela jurisdicional, nada mais próprio e conveniente que a lei crie, ou amplie, a conhecida técnica de antecipação de eficácias sentenciasais, mediante a concessão de medidas liminares, de tipo interdital”⁴⁶¹

Na busca da autonomia chegou-se a situação que, “do desuso da tutela jurisdicional cautelar está se chegando à distorção do seu uso. Essa distorção pode ser detectada de várias formas: a) pela exagerada extensão 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

⁴⁵⁹ SILVA, Ovídio Baptista. *Curso*, v.3, p.66, op. cit.

⁴⁶⁰ SILVA, Ovídio Baptista. *A ação cautelar inominada*, op. cit., p. 157.

⁴⁶¹ SILVA, Ovídio Baptista., *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*, op. cit., p.157.

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 contra-cauteladas insubsistentes.”⁴⁶²

Vinculada à efetividade e dando-lhe guarida, tem-se ainda, já no quadro da competência, a possibilidade de, dentro da teleologia que deve nortear as medidas cautelares, exigindo a urgência, sua concessão válida, ainda que por juiz incompetente (relativamente), conforme lição de PONTES DE MIRANDA, para quem “Tal a tradição do nosso direito; e a regra jurídica do artigo 800 não a elimina, por que o Código, fora da incompetência *ratione materiae*, mantém a política da eficiência e conservação dos atos judiciais”⁴⁶³. É o que se denominou de competência heterotópica.

E para concluir a questão da efetividade, chama-se a atenção para síntese pragmática de D. ARMELIN, *verbis*:

em que pese certo exagero que vem cercando o emprego de medidas cautelares, forçoso é reconhecer que, em muitos casos, esse instrumento jurisdicional tendente a garantir a eficácia do processo principal, é, em si mesmo, carente de elementos garantidores de sua própria eficácia.

O desamparo chega a ser tanto que somente o recurso ao direito penal, com a imputação da prática do crime de desobediência (art. 330 do C.P.P.), pode-lhe ensejar um mínimo de eficácia. É o que ocorre com as cautelares que impõem conduta infungível ou inibem conduta dessa mesma natureza, máxime quando se cuida de condutas transeuntes, que não deixam vestígios concretos diretos. Mas, obviamente, se a conduta ou a omissão

⁴⁶² ARMELIN, *op. cit.*, p. 129.

⁴⁶³ MIRANDA, F. C. Pontes de. *Comentários ao cpc.* 1976. tomo 12. p. 59.

impostas não podem, nem mesmo no plano da atividade jurisdicional satisfativa, em caso de inadimplemento, gerar figura delituosa típica, pois se convertem em perdas e danos tão-somente, por que, no plano cautelar terriam esse condão?

É mister que se aparelhe o instrumento da prestação de tutela jurisdicional cautelar com meios hábeis para a efetiva atuação do comando judicial provisório.⁴⁶⁴ Aliás, exatamente por ser provisório poderá este comando ir mais longe do que o satisfativo, que é definitivo. Por isso mesmo urge dotar o Judiciário de instrumentos processuais que, através de coação indireta, inclusive pertinente à restrição da liberdade individual, permitam alcançar a garantia de uma tutela jurisdicional satisfativa plena e exaustiva. Não se cogita de advogar a prisão por dívida, mas sim a restrição de liberdade por descumprimento de ordem judicial legítima. A isso não está inibido o Legislador Ordinário, pois a garantia individual insculpida no art. 153, parágrafo 17, da Constituição Federal, apenas veda a prisão civil por dívida.⁴⁶⁵

Vários Estados democráticos prevêm medidas dessa natureza que não podem, por si mesmas, serem caracterizadas como de exceção ou ditatoriais. A figura do contempt ou Court do direito anglo-saxônico está aí para demonstrar como a sanção indireta por descumprimento de ordem judicial pode ensejar a perda da liberdade, quando isto faz mister

⁴⁶⁶

Urge pois deixar de lado o feiticismo da tutela à outrance da liberdade do infrator que privilegia litigante recalcitrante e desmoraliza o Juízo, inibido nesse particular de fazer valer o seu imperium.⁴⁶⁷

⁴⁶⁴ ARMELIN, Donaldo. op. cit., p. 136.

⁴⁶⁵ ARMELIN, Donaldo. op. cit., p. 136-137.

⁴⁶⁶ ARMELIN, Donaldo. op. cit., p. 137.

⁴⁶⁷ ARMELIN, Donaldo. op. cit., p. 137.

7 CONCLUSÕES

Pelo aqui exposto e discutido, é possível algumas conclusões, a saber:

A tutela da aparência tem sua proteção assegurada pela doutrina, e nada obstante, a liberdade (relativa) de escolha do legislador, é imprescindível, ainda que de maneira implícita ao ordenamento jurídico, para que se realize o desiderato jurisdicional de pacificação com justiça;

A eventual exclusão da tutela da aparência, do ordenamento jurídico, configuraria um atentado à própria Justiça, criando perigosa lacuna no sistema jurídico, a ser preenchida pela volta da “justiça de mão própria”;

A falta de critério na concessão das cautelas, ajudado pelo despreparo da Justiça (juizes e infraestrutura judiciária), tem ocasionado um excesso de medidas cautelares, o que, por sua vez, tem desvirtuado e enfraquecido a compreensão de sua verdadeira função;

A distinção fundamental entre cautelar e antecipatório, está, como magistralmente ressaltado por OVÍDIO, na satisfatividade, ainda que provisória, do direito, satisfação esta que se dá no mundo fático, no plano social;

Mas, a doutrina ainda se debate na diferenciação entre as verdadeiras cautelares e as demais formas de tutelas urgentes.

Na difícil questão da prova para a concessão (das medidas cautelares inaudita altera parte), percebe-se que a doutrina, praticamente à unanimidade, limita-se a fornecer princípios gerais formadores da prova na tutela cautelar da aparência. Não conseguem, no entanto, dizer no que efetivamente ela consiste e como se dá sua produção.

O artigo 273 do CPC, em sua nova redação, ao inserir as liminares antecipativas no processo ordinário revela a preocupação do legislador pela efetividade do processo mas,

ainda, deverá passar pelo crivo da doutrina e jurisprudência, eis que, é recentíssima sua nova redação que data de dezembro de 94 (Lei 8952 de 13/12/94).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 2.ed. São Paulo : Mestre Jou, 1982.

ABREU, José. **Os procedimentos cautelares no novo código de processo civil**. 2.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1986.

AHRENDTS, Ney da Gama. O problema probatório das cautelas atípicas. In: **ESTUDOS em homenagem ao professor Ovídio A.Baptista da Silva**. Porto Alegre : Fabris, 1989, p.111-116.

ALVIM, Arruda. Anotações sobre a medida liminar em mandado de segurança. **Revista de Processo**, São Paulo, a.10, n.39, p.16-26, 1985.

_____. **Tratado de direito processual civil**. 2.ed. São Paulo : RT, 1990. v.1

ARAGÃO, E.D. Moniz de. **Comentários so Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

ARIETA, Giovanni. **I provvedimenti d'urgêncza**. 2.ed. Padova: Cedan, 1985. 366 p.

ARMELIN, Donaldo. A tutela jurisdicional cautelar. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, São Paulo, jun.1985.

ASSIS, Arakén de. **Manual de processo de execução**. Porto Alegre : Lejur, 1987. v.2

BARBI, Celso Agrícola. Mandado de segurança contra ato judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, a.9, n.36, p.24-33, 1984.

BASAN, Pedro Mudrey. **Medidas cautelares, doutrina, legislação, prática, jurisprudência**. 3.ed. Bauru : Edipro, 1993.

BAUR, Fritz. **Tutela jurídica mediante medidas cautelares**. Porto Alegre : Fabris, 1985.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. 3.ed. Rio de Janeiro : Aurora, 1972.

_____. **Código de processo civil interpretado: artigos 675 a 696**. Interpretado e comentado por J.M. de Carvalho Santos. 4.ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1955. v. 8

CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el proceso civil**. Buenos Aires : Europa-América, 1962.

_____. **Introduzione allo studio sistemático dei provvedimenti cautelari**. Padova : Cedam, 1936.

_____. **Studi sul processo civile**. Padova : Cedam, 1957, v.6.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre : Fabris, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli : Morano, 1958.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. Abeledo-Perrot, 1973.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo : Saraiva, 1942.

CINTRA, A.C. DE Araújo; GRINOVER, Ada P.; DINAMARCO, C.R. **Teoria geral do processo**. 7.ed. São Paulo : RT, 1990.

COLLEÇÃO das leis do Império do Brazil de 1950. Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1909. t.11, p.1.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. **Medidas preventivas, medidas preparatórias, medidas de conservação**. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1953.

CUNHA, Alcides Alberto Munhóz da. **A lide cautelar no processo civil**. Curitiba : Juruá, 1992.

DELGADO, José Augusto. Ação declaratória e medida cautelar. **Revista dos Tribunais**, a.73, p.270-276, set. 1984.

_____. Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional. **Revista de Processo**, São Paulo, a.10, n.40, p.147-156, 1985.

DIAS, Rosana J. Martins. **Proteção ao processo**. Rio de Janeiro : Renovar, 1994.

DINAMARCO, C. Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo : RT, 1987.

_____. **A reforma do código de processo civil**. São Paulo : Malheiros, 1995.

FADEL, Sérgio Sahione. **Código de proceso civil comentado**. Rio de Janeiro : J.Konfino, 1974.

FERREIRA, Pinto. **Medidas cautelares**. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1983.

FRIEDE, R. Reis. **Aspectos fundamentais das medidas liminares em mandado de segurança ação cautelar, ação civil pública, ação popular**. Rio de Janeiro : Forense, 1993.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito procesual civil brasileiro**. 3.ed. São Paulo : Saraiva, 1987.

GUERRA Marcelo Lima. **Estudos sobre o processo cautelar**. São Paulo : Maheiros, 1995.

HOFF, Luiz Alberto. **Reflexões em torno do processo cautelar**. São Paulo : RT, 1992.

LACERDA, Galeno. Ação rescisória e suspensão cautelar da execução do julgado rescindendo. **Revista de Processo**, São Paulo, a.8, n.29, p.38-40, 1983.

_____. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro : Forense, 1980, v.8, t.1.

LARA, Betina Rizzato. **Liminares no processo civil**. São Paulo : Rt, 1993.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2.ed. Lisboa : Calouste Gulbekian, 1989.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**. 2.ed. Milano : Giuffré, v.1, 1957.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo de tutela de urgência**. Porto Alegre : Fabris, 1994.

_____. **Novas linhas de processo civil**. São Paulo : RT, 1993.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo : RT, 1992. 152p..

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. São Paulo : Saraiva, 1976. v.4.

MIRANDA, F. C. Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1959. t.8.

_____. _____. 2.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1976.

_____. **Tratado das ações**. 2.ed. São Paulo : RT, 1972. t.1.

_____. **Tratado das ações**. São Paulo : RT, 1976. t.6.

_____. **Tratado de direito privado: Parte geral**. 4.ed. São Paulo ; RT, 1983.

MONREAL, Eduardo Novoa. **O direito como obstáculo a transformação social**. Porto Alegre: Forense, 1959. t.8.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

_____. **Temas de direito processual**. 3.ed. São Paulo : Saraiva, 1984.

MUNJICA, Miguel Santana. Adelanto de prueba por temor al perjuicio por retardo. **Revista de Processo**, São Paulo , a.9, n.35, p.153-174, 1984.

PASSOS, J.J. Calmón de. Ações cautelares. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v.21, 1983-84.

_____. **Comentário ao código de processo civil**. São Paulo : RT, 1984.

PINTO, Teresa Arruda Alvin. **Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial**. São Paulo: Malheiros, 1992.

- PORTUGAL. **Código de processo civil**. Compilação organizada e atualizada por Joaquim F. Nogueira. Coimbra : Coimbra, 1978.
- REIS, JOSÉ Alberto dos. **A figura do processo cautelar, eficácia do caso julgado em relação a terceiros**. Porto alegre : Ajuris, 1985.
- REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO PROCESSUAL. Uberaba, v.57, jan./mar. 1975.
- REVISTA DE PROCESSO, São Paulo, n.50, abr./jun. 1988.
- REVISTA DOS TRIBUNAIS, São Paulo, a.73, v.587, set. 1984.
- ROBERTO, Giacomo. **Il nuovo processo cautelare**. Milano : Giuffré, 1993.
- ROCHA, José de Moura. **Exegese do código de processo civil**. Rio de Janeiro, Aide, v. VIII, arts 796-889, 1981.
- SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. **O poder geral de cautela do juiz**. São Paulo, RT, 1993.
- SAPENZA, Carmelo. **I provvedimenti d'urgenza**. Milano : Giuffré, 1957.
- SHIMURA, Sérgio Seiji. **Arresto cautelar**. São Paulo : RT, 1993.
- SICHES, Luis Recasens. **Antologia 1922-1974**. México : Fondo de Cultura econômica, 1976.
- SILVA, Oscar J. de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 2.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1967.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. **A ação cautelar inominada no direito brasileiro**. Rio de Janeiro : Forense, 1992.

_____. **As ações cautelares no novo processo civil.** 2.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1974.

_____. **Comentários ao código de processo civil.** Porto Alegre : Lejur, 1985.

_____. **Curso de processo civil.** 2.ed. Porto Alegre : Fabris, 1993.

_____. **Teoria de la acción cautelar.** Porto Alegre : Fabris, 1993.

SIMPÓSIO de Curitiba. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR,** Curitiba, n.17, p.256.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v.2.

_____. **Processo cautelar.** 7.ed. São Paulo : Universitária, 1985.

TOMMASEO, Ferruccio. **I provvedimenti d'urgenza.** Padova : Cedan, 1983.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Processo civil, realidade e justiça.** São Paulo : Saraiva, 1994.

UFPR. Biblioteca Central. **Normas de apresentação de trabalhos:** p.2-teses, dissertações e trabalhos acadêmicos. 2.ed. Curitiba: Editora da UFPR, 1992.

_____._____._____.: p.6 - referências bibliográficas. Curitiba : Editora da UFPR, 1992.

_____._____._____.: p.7 - citações e notas de rodapé. 2.ed. Curitiba : Editora da UFPR, 1992.

_____._____._____.: p.8 - Trabalhos em computador. 2.ed. Curitiba : Editora da UFPR, 1992.

VASCONCELOS, Antonio V. Ramos de. Perfil do processo cautelar. **Revista de Processo**, São Paulo, a.18, n.72, p.40-50, 1993.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo : RT, 1987.