

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

TUTELA JURISDICIONAL DE URGÊNCIA E AS EXIGÊNCIAS DO
DIREITO MATERIAL

Lucas Pereira Baggio

Porto Alegre

2008

Lucas Pereira Baggio

**TUTELA JURISDICCIONAL DE URGÊNCIA E AS EXIGÊNCIAS DO
DIREITO MATERIAL**

Dissertação apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em
Direito da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio
Grande do Sul como requisito
parcial para obtenção do grau de
Mestre.

**Orientador Prof. Dr. Carlos
Alberto Alvaro de Oliveira**

Porto Alegre

2008

À Esther, mulher da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao estimado Prof. Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira pela orientação e por transparecer o conhecimento como verdadeiro mestre: pelo exemplo. Agradeço ao Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner, pelo despertar para o processo civil, por todo o apoio e por toda a sua generosidade acadêmica. Aos demais Professores, em especial aos Doutores Danilo Knijnik, Darci Guimarães Ribeiro, Daniel Mitidiero, Guilherme Rizzo Amaral, Klaus Cohen Koplín e Rafael Maffini, por todas as importantes considerações realizadas para o melhor desenvolvimento da dissertação. Aos colegas, pela da troca saudável de idéias. À minha família, por muitas coisas, entre elas o amor, os valores, as lições de vida, o incentivo e o ambiente que me foi proporcionado. Ao Desembargador Luiz Ary Vessini de Lima e aos colegas do gabinete, pela compreensão e estímulo. Aos servidores do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFRGS, pelo suporte imprescindível. Agradeço, ainda, à Esther, por tudo, absolutamente tudo.

RESUMO

O presente estudo pretende analisar a relação entre direito material e direito processual à luz do paradigma do formalismo-valorativo, a fim de buscar a solução para intrigantes problemas existentes em matéria de tutela jurisdicional de urgência, em especial a delimitação dessa modalidade diferenciada de tutela, a adequação procedimental, suas técnicas e a influência que sofre do direito material quanto ao preenchimento dos requisitos autorizadores de sua aplicação e quanto à escolha do meio a ser empregado em sua efetivação.

Palavras-chave: Tutela Jurisdicional Urgente: Direito Material – Direito Processual – Formalismo-Valorativo

ABSTRACT

The present study analyzes the relations between Material Law and Process in the light of the methodological paradigm of axiological formalism. It is aimed at seeking the solution to intriguing problems related to urgency jurisdictional tutelage, focusing on limiting this distinctive tutelage kind, its procedural adequacy and the influence it suffers from the Material Law in regards to meeting the authorization requirements to be applied and also in choosing the executive means to enforce it.

Keywords: Urgency Jurisdictional Tutelage: Material Law – Process – Axiological Formalism

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1 PROTEÇÃO JURÍDICA DE URGÊNCIA.....	16
1.1. OS DOIS PLANOS DA TUTELA JURÍDICA	16
1.1.1 <i>Tutela jurídica em geral.....</i>	16
1.1.2 <i>Direito material e processo: teoria circular (dinâmica) dos planos...23</i>	
1.1.3 <i>Tutela jurisdicional e tutela dos direitos.....</i>	45
1.1.4 <i>Formas de tutela jurisdicional.....</i>	59
1.2. A PROTEÇÃO JURÍDICA DE URGÊNCIA.....	67
1.2.1 <i>Conceito jurídico de urgência.....</i>	67
1.2.1.1 <i>Contextualização.....</i>	68
1.2.1.2 <i>A urgência como conceito jurídico indeterminado e seus elementos.....</i>	73
1.2.1.3 <i>O receio de dano como elemento do conceito jurídico de urgência.....</i>	80
1.2.2 <i>A tutela urgente no plano material.....</i>	88
1.2.3 <i>A tutela urgente no plano processual.....</i>	92
1.2.3.1 <i>O problema do tempo do processo e a urgência.....</i>	93
1.2.3.2 <i>Periculum in mora como nota essencial da tutela jurisdicional de urgência.....</i>	103
1.2.3.3 <i>Cognição sumária e fumus boni iuris.....</i>	109
1.2.4. <i>Tutela jurisdicional de urgência instável (provisória ou temporária) e tutela jurisdicional de urgência definitiva (ou como decisão final).....</i>	117
1.2.4.1 <i>Tutela jurisdicional de urgência instável (provisória ou temporária).....</i>	120
1.2.4.1.1 <i>Técnicas disponibilizadas para a prestação da tutela jurisdicional de urgência instável.....</i>	123

1.2.4.1.2 <i>Técnica antecipatória e não tutela antecipatória (ou antecipada)</i>	127
1.2.4.1.3 <i>técnica cautelar, tutela cautelar e tutela preventiva (material ou processual)</i>	128
1.2.4.1.4 <i>Instrumentalidade</i>	135
1.2.4.1.5 <i>Eficácia e efeitos das medidas de urgência instáveis</i>	139
1.2.4.2 <i>Tutela jurisdicional de urgência definitiva (ou como decisão final)</i>	146
1.2.5. <i>Síntese</i>	152
2 ASPECTOS TÉCNICO-PROCEDIMENTAIS DA TUTELA DE URGÊNCIA NO ORDENAMENTO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO	153
2.1. TUTELA JURISDICIONAL DE URGÊNCIA NO ORDENAMENTO PROCESSUAL CIVIL POSITIVO.....	153
2.1.1 <i>O Código de Processo Civil e a tutela jurisdicional de urgência instável: desenvolvimento legislativo das técnicas cautelar e antecipatória</i>	153
2.1.2 <i>A legislação processual civil e a tentativa de regulação da tutela jurisdicional de urgência definitiva: restrição legal aos provimentos antecipatórios irreversíveis (CPC, art. 273, § 2º)</i>	167
2.1.3 <i>A legislação processual e a tutela de urgência nos tribunais</i>	168
2.2. A CONFORMAÇÃO PROCEDIMENTAL PARA A PRESTAÇÃO EFETIVA DA TUTELA JURISDICIONAL DE URGÊNCIA.....	174
2.2.1 <i>Princípio da adequação do procedimento</i>	174
2.2.2 <i>Tutela jurisdicional de urgência instável e a fungibilidade entre as técnicas cautelar e antecipatória</i>	180
2.2.2.1 <i>Aplicabilidade: erro grosseiro, medidas típicas e atípicas</i>	181
2.2.2.2 <i>Medida cautelar requerida sob a veste antecipatória: a (des)necessidade do processo cautelar autônomo incidental</i>	193
2.2.2.3 <i>Medida antecipatória requerida sob a veste cautelar: procedimento preparatório de urgência</i>	212

2.2.2.4	<i>O problema da responsabilidade civil pelo cumprimento das medidas de urgência posteriormente não confirmadas em juízo de cognição exauriente.....</i>	221
2.2.3	<i>Tutela jurisdicional de urgência definitiva (estável) e a ausência de regulamentação legal.....</i>	238
2.2.4	<i>Exame crítico do ordenamento processual positivo estabelecido para a tutela jurisdicional de urgência nos tribunais.....</i>	245
2.2.4.1	<i>Exame da tutela de urgência originariamente realizado nos tribunais.....</i>	246
2.2.4.1.1	<i>Nos casos de competência originária.....</i>	246
2.2.4.1.2	<i>Nos processos em fase recursal.....</i>	248
2.2.4.2	<i>Exame da tutela de urgência realizado nos tribunais mediante recurso.....</i>	249
2.2.4.3	<i>Exame da tutela de urgência em ação direta.....</i>	257
3	TUTELA JURISDICIONAL DE URGÊNCIA E AS EXIGÊNCIAS DO DIREITO MATERIAL.....	260
3.1.	A INFLUÊNCIA DO DIREITO MATERIAL SOBRE A ATIVIDADE COGNITIVA DO JUIZ NA TUTELA JURISDICIONAL DE URGÊNCIA.....	260
3.1.1	<i>Objeto da cognição na tutela jurisdicional de urgência.....</i>	260
3.1.1.1	<i>Breves considerações sobre o direito probatório no processo civil contemporâneo.....</i>	266
3.1.1.1.1	<i>A superação do modelo essencialmente demonstrativo da prova, o retorno ao modelo predominantemente argumentativo e o sistema da persuasão racional.....</i>	267
3.1.1.1.2	<i>Direito material e direito probatório: os modelos de constatação e a teoria dinâmica do ônus da prova.....</i>	280
3.1.1.2	<i>A (in)existência de modelos de constatação diferentes nas técnicas da tutela jurisdicional de urgência instável (cautelar e antecipatória).....</i>	290
3.1.2	<i>A influência do direito material sobre o reconhecimento em juízo dos requisitos indispensáveis à tutela de urgência.....</i>	295
3.1.2.1	<i>A influência do direito material sobre a constatação da urgência.....</i>	296

3.1.2.2 <i>A aparência do direito e o direito material envolvido.....</i>	302
3.1.2.3 <i>Efeitos da decisão de urgência e direito material: ponderação de interesses.....</i>	316
3.2. A EFETIVAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL DE URGÊNCIA: EXIGÊNCIAS DO DIREITO MATERIAL E A PROPORCIONALIDADE ENTRE MEIO E FIM.....	323
3.2.1 <i>Adequação dos meios executivos às exigências do direito material.....</i>	323
3.2.2 <i>A proporcionalidade como método de controle sobre o meio executivo a ser empregado na tutela jurisdicional de urgência.....</i>	345
CONCLUSÕES.....	360
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	364

LISTA DE ABREVIACÕES

Ac. – Acórdão

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

Ag. – Agravo de Instrumento

AgRg – Agravo Regimental

Ajuris – Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (Porto Alegre)

Ap. – Apelação

Art. – Artigo

Câm. – Câmara

C. – Corte

CC – Código Civil

CC – Conflito de Competência

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

CTN – Código Tributário Nacional

D.J. – Data do Julgamento

DJU – Diário da Justiça da União (Brasília)

EC – Emenda Constitucional

Eresp – Embargos de Divergência em Recurso Especial

J. – Julgado

LC – Lei Complementar

MC – Medida Cautelar

Min. – Ministro

MS – Mandado de Segurança

RE – Recurso Extraordinário

Rel. - Relator

Resp. – Recurso Especial

RMS – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança

RT – Revista dos Tribunais (São Paulo)

S. – Seção

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

T. – Turma

TARS – Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul (Porto Alegre)

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

V. - Volume

INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea impõe respostas rápidas¹. A complexidade e a velocidade de nossa *modernidade líquida*, de nossa sociedade de risco, evidenciam o *dinamismo* do mundo em que vivemos. Tudo, ou quase tudo, é “urgente”². Nesse cenário, depara-se a sociedade com a necessidade de proteção jurídica em razão dessa circunstância especial.

O presente estudo busca examinar como pode ser prestada a tutela jurisdicional de urgência para atender aos anseios sociais predispostos no plano do direito material, do modo mais efetivo possível, mas sem descuidar da segurança indispensável à justa concretização do Direito. O problema é posto, portanto, no confronto entre os valores efetividade e segurança; tensão sensível nos casos emergenciais, que exigem resposta imediata e adequada diante de lesão ou ameaça de lesão a direito. A investigação procura o equilíbrio entre esses valores no exercício da jurisdição, com a observação das exigências decorrentes do direito material. A análise é desenvolvida em conformidade com o paradigma vigente do formalismo-valorativo³,

¹ Vale consultar o interessante estudo de Barbosa Moreira sobre uma possível aproximação dos ordenamentos jurídicos do globo nessa época de comunicação instantânea. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O direito em tempos de globalização*. In *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 275-285. Por outro ângulo, examinando as relações jurídicas e de poder trazidas pelo fenômeno, interessante é o estudo de GRAU, Eros Roberto. *Revolução jurídica sob pressão da globalização econômica?* Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Del Rey, nº. 2, jul./dez., 2003, p. 133-144.

² Sobre o assunto, entre outros, BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: ZAHAR, 2001, p. 107-149; OST, François. *O tempo do direito*. Tradução Élcio Fernandes. Bauru/SP: Edusc, 2005, p. 317-350; BECK, Ulrich. *O que é Globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização*. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 157-200.

³ Essa a proposta do Prof. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, sustentada em sua tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito do Largo do São Francisco, da Universidade de São Paulo. Trabalho denso e original, premiado com a medalha Mérito Pontes de Miranda, da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, publicado originalmente em 1997, depois em 2003. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo*

que compreende o fenômeno jurídico em sua experiência cultural, permeada de valores que deságuam nas respectivas proteções jurídicas – axiologia que não pode ser ignorada para se atingir, no processo, seu escopo de pacificação social com justiça.

Nesse desiderato, a pesquisa é composta por três capítulos. No primeiro, são investigadas as formas de tutela jurídica e a divisão do ordenamento em dois planos: o plano do direito material e o plano do direito processual, cada um responsável por uma modalidade diversa de proteção jurídica. As relações entre direito material e processo também fazem parte dessa investigação, em especial, a influência recíproca e a interação dinâmica existente. Depois, são examinadas as proteções jurídicas da urgência e seus elementos conceituais, relacionando-os com as respectivas modalidades de tutela jurídica geral: a tutela jurídica em sentido estrito (prestada no âmbito do direito material) e a tutela jurisdicional (prestada no âmbito do direito processual). São investigadas as características próprias desta forma especial de proteção jurídica, sendo fixadas as premissas que sustentam o desenvolvimento do trabalho.

O segundo capítulo trata de aspectos técnico-procedimentais da tutela jurisdicional de urgência no ordenamento processual civil brasileiro, sendo estudadas suas modalidades (instável e definitiva), suas técnicas (cautelar e antecipatória) e sua prestação nos tribunais. Parte-se da exposição do procedimento estabelecido na legislação, para, então, examiná-lo criticamente, observando-se à necessidade de sua adaptação em razão do direito material envolvido e das circunstâncias do caso concreto.

Civil. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003. Atualmente, a terceira edição da obra encontra-se no prelo da editora brasileira, tendo sido publicada no Peru: *Del Formalismo en el Proceso Civil: propuesta de un formalismo-valorativo*. Lima: Palestra Editores, 2007.

No último capítulo, examina-se a influência do direito material sobre a atividade cognitiva do julgador quando da verificação daqueles pressupostos indispensáveis para a proteção urgente no processo civil. Além disso, investiga-se o problema do meio a ser empregado na efetivação da medida emergencial, questão que também é analisada em função do direito material, tudo em busca do equilíbrio entre os valores segurança e efetividade.

Tem-se, aqui, um estudo voltado ao direito processual civil, especificadamente ao tema da tutela jurisdicional de urgência. A relação com o direito material é nesse ângulo visualizada. Não se pretende adentrar nas entranhas particulares desse plano, mas também não se pretende ignorá-lo. Examina-se o direito material o quanto for necessário para a fixação das premissas entendidas como corretas para a melhor solução do conflito entre o valor segurança e o valor efetividade no caso concreto. Por isso o título desta dissertação: A Tutela Jurisdicional de Urgência e as Exigências do Direito Material.

CAPÍTULO I

PROTEÇÃO JURÍDICA DE URGÊNCIA

1.1. OS DOIS PLANOS DA TUTELA JURÍDICA

1.1.1 Tutela jurídica em geral

O ser humano é, por natureza, um ser social. Admite-se que sua *sociabilidade* seria proveniente da idéia de que o homem, livre e consciente de sua *individualidade*, possuiria interesses individuais, precisando de outros homens para suprir suas necessidades, tendências e aspirações, já que sozinho não conseguiria atingir tais desideratos⁴. Tratar-se-ia, ao fim e ao cabo, de um interesse coletivo,

⁴ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Democracia, Participação e Processo. In Participação e Processo.* Coordenação Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 83-97.

solidário e complementar, que agregaria os indivíduos na horda, na família, na cidade ou na nação⁵.

O interesse seria uma relação: *quod inter est*, levando-se em conta o elo de complementaridade entre o sujeito e a necessidade, sendo esta caracterizada por um bem amplamente considerado: *bonum quod beat* (porque faz bem). A capacidade de um bem para satisfazer uma necessidade seria sua utilidade, a qual possivelmente seria visualizada de modo diferente, considerando os diversos ângulos de cada indivíduo⁶. De uma maneira geral, importariam aos homens e à sociedade por eles formada todos os interesses (individuais ou coletivos), compreendendo-se todas as necessidades e todos os bens⁷.

⁵ Sobre o assunto, a lição de DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. Tradução de Eduardo Salgueiro. Porto Alegre: Fabris Editor, 2005, p. 19-23.

⁶ Uma pessoa com fome enxerga um pedaço de pão como um bem de grande utilidade, capaz de satisfazer sua necessidade momentânea. Para outra, que recém esbaldou-se em um banquete, o pão não lhe será imediatamente útil. Contudo, um pão será sempre um bem, porque diz respeito a uma necessidade indispensável (alimentação), razão pela qual é possível distinguir necessidade presente e necessidade futura. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. 2ª Impressão. Lejus: São Paulo, 2000, p. 88-91. Para não ser mal-compreendido, urge destacar o desenvolvimento social, com o abandono da ideologia liberal, e a superação entre o dualismo Estado/indivíduo, decorrente da dicotomia público-privado. A sociedade de massas impõe uma sensibilidade mais complexa quanto à realidade, mormente quando se tem consciência a respeito de interesses (ou direitos) transindividuais difusos ou coletivos, bem como de interesses (ou direitos) individuais homogêneos, que atingem a toda uma coletividade. Esses interesses (ou direitos) apresentam mesmo uma lógica diversa daquela individualista, tal como percebida nas lições de Carnelutti transcritas no texto. De qualquer forma, a exposição resumida dessas idéias serve para introduzir o assunto da necessidade de tutela jurídica. Para isso, não há dúvida, a lição do mestre italiano serve plenamente ao objetivo. Sobre a relação entre os direitos individuais e os direitos coletivos *lato sensu*, ver, entre outros, ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *A ação coletiva de responsabilidade civil e seu alcance*. In *Responsabilidade Civil por danos a consumidores*. Coordenação Carlos Alberto Bittar. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 87-116. Para um maior aprofundamento a respeito da relação entre necessidade, bens e interesses, ver, por todos, RIBEIRO, Darci Guimarães. *La Pretensión Procesal y La Tutela Judicial Efectiva: Hacia una Teoría Procesal del Derecho*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2004, p. 21-28.

⁷ A veracidade dessa afirmativa, embora discutível no plano doutrinário, levaria à queda da concepção clássica adotada por grandes juristas de que ao Direito interessariam apenas os bens ou interesses preservados na norma (tipo). Veja-se que todos os interesses podem ser relevantes ao Direito independente de sua consagração positiva, não sendo possível excluir ou selecionar apenas alguns, especialmente diante do imperativo constitucional que consagrou a inafastabilidade do controle do Poder Judiciário de lesão ou ameaça de lesão a direito. Transcrevo Luiz Edson Fachin, examinando questão atinente ao direito civil: “Essa injusta e conformação em boa medida se reflete

Não obstante a existência de interesses coletivos solidários, os interesses (individuais ou coletivos) poderiam entrar em conflito, na medida de suas diferenças – ainda mais nessa sociedade complexa e *multicultural* em que vivemos –, ou, ainda, os próprios bens necessários à respectiva satisfação dos interesses poderiam ser finitos e, por vezes, escassos. Sobre o assunto, disse Carnelutti:

(...) Se duas pessoas têm fome, e os alimentos chegam para matá-la apenas a uma, o conflito compõe-se sem dificuldade se essas duas pessoas forem pai e filho, porque a vida do filho é, em regra, também um interesse do pai; mas, no caso de ambas as pessoas serem estranhas, por forma que a satisfação da necessidade de uma em nada interesse à outra, todos sabem em que é que o conflito pode acabar.

A verdade é que, se a solidariedade dos interesses é reconhecida como o germe da agregação dos entes, e, em particular, dos homens, no conflito dos interesses reside o germe da sua desagregação. Esta realiza-se pela força, à qual facilmente recorre um ou outro dos interessados, ou até um e outro ao mesmo tempo, para fazer prevalecer o próprio interesse sobre o interesse do outro. A força, quando é adotada para tal fim, é justo dar o nome de violência. Ao recurso à força para resolver conflitos entre os povos, senão mesmo entre os indivíduos, chama-se guerra.

A existência da *civitas*, ou, em geral, a consistência da sociedade, tem nos conflitos de interesses entre os *cives*, ou em geral, entre os *socii*, uma contínua ameaça, contra a qual deve reagir, se pretende viver⁸.

na concepção clássica do sistema jurídico, que coloca em posto essencial um conjunto de valores que se dispõe a tutelar e que lega à ‘periferia’ do ordenamento situações reputadas periféricas. A evolução do regime jurídico do concubinato, para ficar num exemplo, serve à perfeição para ilustrar essa moldura de limitação: ao redor da família matrimonializada o sistema do Código Civil brasileiro armou uma rígida estrutura parental, remetendo à margem desse regime relações então reputadas ilegítimas até que emergiram transformações no plano dos valores juridicamente tutelados.

Circunstâncias como essa espelham indubitavelmente que os fatos podem se impor sobre o direito, ainda que para isso seja necessariamente transposta a fronteira entre o direito e o não-direito. Em algumas ocasiões, é o julgador que passa a ter um papel decisivo nesse transcurso, como se deu, num outro rápido exemplo, com o papel decisivo da jurisprudência brasileira em matéria de estabelecimento da filiação, ou como está se dando em matéria de proteção possessória ao promitente comprador de imóvel loteado que seja portador de instrumento não submetido ao registro imobiliário.” FACHIN, Luiz Edson. *A cidade nuclear e o direito periférico*. Revista dos Tribunais, ano 85, vol. 723, janeiro, 1996, p. 107-110.

⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. 2ª Impressão. Lejus: São Paulo, 2000, p. 96-97.

Nesse contexto, para minimizar os conflitos e maximizar a harmonia entre os homens, estes se associariam de modo racional, organizado⁹. Dar-se-ia a essa organização o nome de *Estado*, palavra que em seu sentido mais geral designaria toda a sociedade humana em que existisse diferenciação política, diferenciação entre governantes e governados, ou seja, uma autoridade política, incumbida justamente de organizar a vida em sociedade¹⁰.

Independentemente dos fundamentos de legitimidade porventura existentes¹¹, competiria a essa autoridade política disciplinar a vida do grupo, as relações pessoais e a produção, utilização e fruição dos bens existentes. Para tanto, valer-se-ia do Direito como instrumento para assegurar a efetividade (ordem) do modelo adotado¹².

⁹ O exemplo sugerido, formulado na possibilidade de conflito em razão da escassez de uma necessidade básica (alimento), induz à conclusão de que já nas comunidades primitivas (tidas por “selvagens”) identifica-se a existência de certa organização social. Basta lembrar os povos indígenas e o papel do pajé como chefe da tribo. Hart afirma que mesmo em uma sociedade sem Poder Legislativo, tribunais ou funcionários de qualquer espécie é possível identificar uma forma de controle social por meio de uma atitude geral do grupo para com os seus modos-padrão de comportamento, o que caracteriza, conforme o autor, a existência de regras de obrigação, estruturadas especialmente no costume ou, como prefere o jurista, integrada por regras primárias de obrigação. HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 2ª edição. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 101. No mesmo sentido, CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Democracia, Participação e Processo*. In *Participação e Processo*. Coordenação Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 83-97.

¹⁰ DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. Tradução de Eduardo Salgueiro. Porto Alegre: Fabris Editor, 2005, p. 27-28. Essa é apenas uma das possíveis compreensões do conceito de Estado. O tema foi debatido por grandes juristas ao longo dos tempos, inclusive em suas relações com o conceito de Sociedade, sendo inviável, aqui, maior aprofundamento. Ver, entre outros, BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª edição, 6ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 54-67; KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Estado*. Tradução de Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva, 1938, p. 07-35; BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2ª edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

¹¹ Ver a interessante posição de Léon Duguit, que, após criticar as doutrinas teocráticas e democráticas, sustenta que o poder político é um fato que não possuiria em si nenhum caráter de legitimidade ou ilegitimidade, sendo resultado de uma evolução social. *Idem*, p. 41-43.

¹² CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Democracia, Participação e Processo*. In *Participação e Processo*. Coordenação Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 83-97. Trata-se de levar em consideração as finalidades preventiva e repressiva do ordenamento

O fenômeno jurídico estaria diretamente relacionado com aspectos culturais próprios de sua época, considerando, inclusive, o homem como ser histórico¹³. Por isso seria possível falar em experiência jurídica, compreendendo-se o Direito em sua tridimensionalidade concreta, integrando-se dialeticamente fato, valor e norma (fatos da realidade, valores sociais e norma – consequência jurídica¹⁴).

Seu estudo científico não poderia mais amparar teorias abstratas, preocupadas exclusivamente com a elaboração de redes conceituais ou puros arquétipos

jurídico. Sobre o assunto, conferir o apanhado geral de Darci Guimarães Ribeiro, com ampla bibliografia. RIBEIRO, Darci Guimarães. *Contribuição ao estudo das sanções desde a perspectiva do Estado Democrático de Direito*. Revista Gênesis, Curitiba, n. 36, abr./jun., 2005, p. 205-217.

¹³ Disse-o Lorenzo Carnelli: “Se o Direito é, fundamentalmente, existência humana, esse Direito não pode ter, fundamentalmente, outro tempo que não o tempo existencial”. CARNELLI, Lorenzo. *Tempo e Direito*. Tradução de Érico Maciel. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1960, p. 141.

¹⁴ Deve-se ao gênio de Miguel Reale o avançado estudo da Teoria Tridimensional do Direito no Brasil. Em brevíssima síntese, o autor parte da idéia de que não se poderia examinar o fenômeno jurídico de modo isolado, buscando, então, aproximar estudos filosóficos, sociológicos e jurídicos (“dogmáticos”), para chegar ao Direito como experiência jurídica, que se forma em um *processus* integrado e dialético – dialética de implicação-polaridade. Diz que o Direito, em uma realidade dialética, compõe-se mesmo da integração entre fato, valor e norma, de modo concreto, na experiência da vida do homem, ser histórico. Ensina o jurista:

“Isto posto, sendo a experiência jurídica uma das modalidades da experiência histórico-cultural, compreende-se que a implicação polar *fato-valor* se resolve, a meu ver, num *processo normativo* de natureza integrante de cada norma ou conjunto de normas representado, em dado momento histórico e em função de dadas circunstâncias, a *compreensão operacional* compatível com a incidência de certos valores sobre os *fatos* múltiplos que condicionam a formação dos modelos jurídicos e a sua aplicação.

É a essa luz que considero a experiência jurídica uma ‘*experiência tridimensional de caráter normativo bilateral atributivo*’, com os termos *fato*, *valor* e *norma*, indicando os fatores ou momentos de uma realidade em si mesma dialética, como é o mundo do direito.

(...)

Em suma, o termo ‘tridimensional’ só pode ser compreendido rigorosamente como traduzindo um processo dialético, no qual o elemento normativo integra em si e supera a correlação fático-axiológica, podendo a norma, por sua vez, converter-se em fato, em um ulterior momento do processo, mas somente com referência e em função de uma nova integração normativa determinada por novas exigências axiológicas e novas intercorrências fáticas. Desse modo, quer se considere a experiência jurídica, estaticamente, na sua estrutura, quer em sua funcionalidade, ou projeção histórica, verifica-se que ela só pode ser compreendida em termos de normativismo concreto, consubstanciando-se nas regras de direito toda a gama de valores, interesses e motivos de que se compõe a vida humana, e que o intérprete deve procurar captar, não apenas segundo as significações particulares emergentes da ‘*praxis social*’, mas também da unidade sistemática e objetiva do ordenamento vigente.” REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1980, especialmente p. 74-77.

lógico-formais¹⁵. Mostrar-se-ia indispensável atender, sempre, à realidade da vida, à dinamicidade dos aspectos fático-axiológicos das relações sociais, buscando dialeticamente avançar na construção do ordenamento normativo, de modo coerente¹⁶, integrativo¹⁷ e justo¹⁸. E nem poderia ser diferente, considerando a força normativa da Constituição Federal, de seus princípios¹⁹ e a necessária concretização dos direitos fundamentais na medida do possível²⁰.

¹⁵ Sobre o assunto e a crítica ao mundo jurídico, TESHEINER, Jose Maria Rosa; BAGGIO, Lucas Pereira. *Nulidades no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 05-39.

¹⁶ Sobre a coerência do conhecimento jurídico e jurisprudencial ver, entre outros, PECZENIK, Aleksander. *A Coherence Theory of Juristic Knowledge; Second Thoughts on Coherence and Juristic Knowledge*, trabalhos disponíveis em <<http://www.ivr2003.net/peczenik.htm>>, acesso em 15.07.2007.

¹⁷ Ainda que o ordenamento jurídico esteja em permanente construção – o que pode ocasionar, em certos casos, insegurança – deve-se buscar sempre sua coerência interna, compatibilizando a experiência jurídica existente com as novas intercorrências fáticas e axiológicas que o permeiam. Ver, a respeito do direito como integridade, o que diz DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 271 e seguintes.

¹⁸ A preocupação com a justiça é uma constante na experiência jurídica. Sobre o assunto, entre outros, ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Tradução de Mário da Gama Cury. 3ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999; KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1998; KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Prefácio e Tradução Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004; RAWLS, Jonh. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹⁹ Sobre a teoria dos princípios, ver, entre outros, ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001 e ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2006.

²⁰ A expressão “na medida do possível” reflete muito bem a idéia de que a normatividade das normas constitucionais depende, essencialmente, da realidade em que se apresentam. De nada adianta, exceto no plano programático, a Constituição prever um rol extenso de direitos fundamentais se a realidade do país não comporta a realização efetiva de tais direitos. Assim Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição: “Ela está, por um lado, condicionada pela *possibilidade de realização* dos conteúdos da Constituição. Quanto mais suas normas partem das realidades da situação histórica e procuram conservar e aperfeiçoar aquilo que já está delineado na condição individual da atualidade, tanto mais rápido podem elas desenvolver efeito normalizador. Onde a Constituição ignora o estágio de desenvolvimento espiritual, social, político ou econômico de seu tempo lhe falta o germe indispensável de sua força de vida e ela não é capaz de alcançar que o Estado, que ela, em contradição com esse estágio de desenvolvimento normaliza, realize-se. Essa força de vida e de efeito assenta sobre isto, que ela seja capaz de unir-se com as forças espontâneas e tendências vivas do tempo, que ela leve essas forças ao desenvolvimento e as coordene mutuamente, que ela seja, em virtude do objeto, ordem total determinada das condições de vida concretas.” HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20ª edição alemã de Dr. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 48. Não que as normas constitucionais devam ser esquecidas por, hipoteticamente, ausência de condições orçamentárias, mas tem fundamental importância atender para a realidade. Assim, também, deve-se encarar o mito da efetividade plena. Ver TESHEINER, José Maria Rosa. *Efetividade do processo – uma ilusão*. Estudo disponível em <<http://www.tex.pro.br>>, acesso em 04 de outubro de 2005.

Nesse sentido, aliás, a teoria dos direitos fundamentais se mostraria sobremaneira importante, uma vez que propagaria uma efetiva proteção jurídica dos cidadãos e dos valores sociais relevantes adotados em cada sociedade, repercutindo sobre ela e sobre a estrutura do Estado²¹. Consagrada constitucionalmente a eficácia dos direitos fundamentais, importaria mesmo considerar sua dimensão objetiva e subjetiva, bem como suas eficácias horizontal (relações entre particulares) e vertical (relações entre Poder Público e particulares), em especial diante de sua *multifuncionalidade* (direitos de defesa e direitos de prestação)²².

O Direito, nesse aspecto, atuaria em benefício da sociedade, servindo como medida para a harmonização das *relações* entre os homens²³, pois tutelaria juridicamente situações da vida merecedoras de proteção²⁴. Daí falar-se em tutela

²¹ Indispensável a consulta à obra de SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 321 e seguintes.

²²No âmbito do direito processual, ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais*. In *Do Formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 260-274; MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 166-192.

²³ Escreveu o poeta Dante Alighieri: “*Jus est realis ac personalis hominis ad hominem proportio, quae servata servat societatem; corrupta, corrumpit*”. Suas palavras foram analisadas por Miguel Reale, que assim as traduziu: “O Direito é uma proporção real e pessoal, de homem para homem, que, conservada, conserva a sociedade; corrompida, corrompe-a”. Disse o jurista: “Dante esclarece que a relação é uma proporção. A proporção é, sempre, uma expressão de medida. O Direito não é uma relação qualquer entre os homens, mas sim aquela relação que implica uma proporcionalidade, cuja medida é o homem mesmo. Notem como o poeta viu coisas que, antes dele, os juristas não tinham visto, oferecendo-nos uma compreensão do Direito, conjugando os conceitos de *proporção* e *socialidade*. Proporção entre quem? De homem para homem. Quando a proporção é respeitada, realiza-se a harmonia “... *quae servata, servat societatem*...” e, quando corrompida, corrompe a mesma sociedade.” REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 60-61.

²⁴ Destaca-se que os direitos não são violados em sua fase estática, como relação jurídica. A violação, o perigo de violação, o dano, a ameaça de dano, tudo isso ocorre durante o desenvolvimento social. Por isso o direito – como fenômeno social – deve estar apto para proteger o que acontece no plano da vida em sociedade. ARIETA, Giovanni. *I Provvedimenti D’Urgenza: ex art. 700 CPC*. Padova: CEDAN, 1982, p. 120 e seguintes.

jurídica em geral, relacionando-a com a sociedade e com o poder político que lhe seria inerente²⁵.

1.1.2 Direito material e processo: tutela jurisdicional e teoria circular (dinâmica) dos planos

Para seguir-se de modo seguro no desenvolvimento desse estudo, importa examinar, ainda que não exaustivamente, um dos temas mais relevantes da ciência jurídica: a relação entre direito material e direito processual, porque vinculado com as formas de tutela jurídica existentes.

A consciência de que o direito processual poderia ser algo diverso do direito material nasceu mesmo das investigações sobre a ação, nosso ponto de partida²⁶. Desde a proibição da *justiça de mão própria* até meados do século XIX não se enxergava eventual separação científica entre direito material e processo. A doutrina de

²⁵ Interessantíssimo, nesse sentido, o estudo de THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Pensamento Filosófico na Seara do Direito: Interpretação e Aplicação das Normas Jurídicas*. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, ano IV, número 20, set./out., 2007, p. 41-55.

²⁶ O objetivo desse capítulo é apresentar aquela explicação que em nossa opinião melhor resolve a questão da divisão do ordenamento jurídico em dois planos. Salienta-se que a doutrina tradicional costuma relacionar o problema mais com a criação jurisdicional do direito do que propriamente com o estudo da ação. Contudo, são feitas algumas observações sobre a ação – mormente porque responsável pela autonomia do processo em relação ao direito material – apenas para contextualizar o leitor, não sendo mesmo nosso desiderato adentrar, pelo menos aqui, nas diversas teorias sobre o assunto. Para tanto, indica-se a consulta à obra coletânea específica sobre o tema: MACHADO, Fábio Cardoso & AMARAL, Guilherme Rizzo. Organizadores. *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. Ver, também, THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direito e Processo: Direito Processual ao Vivo*. Rio de Janeiro: Aide, 1997, p.15-44; GRECO, Leonardo. *A Teoria da Ação no Processo Civil*. São Paulo: Dialética, 2003. Ver, também, ASSIS, Araken de. *Da ação no novo Código de Processo Civil*. Revista Jurídica, nº 86, Porto Alegre, 1977.

então (chamada de civilista ou clássica), ao examinar o direito romano, admitia as conhecidas lições de Celso, ao dizer que “a ação nada mais é do que o direito de alguém perseguir em juízo o que lhe é devido” (*actio autem nihil aliud est quam ius perseguendi in iudicio quod sibi debetur*), acrescentando, no mais, a expressão *vel quod suum est* (ou o que é seu), para abranger nessa definição também os direitos reais²⁷.

Na Alemanha, ao contrário do que ocorria na Itália e na França, a doutrina não se preocupava apenas com a *actio* romana, mas também com a *Klage* ou *Klagerecht*. Embora relacionadas com a busca pela realização do direito por intermédio do juiz (aquela era voltada contra o obrigado, e esta dirigida contra o Estado), ainda não havia separação entre a relação jurídica de direito material e aquela de direito processual²⁸.

Conforme explicava Savigny, a ação seria emanção (*Ausfluss*) do próprio direito material, misturando-se com sua eficácia. O jurista distinguia os direitos em si (*Rechten an sich*), os direitos lesados (*verletzten Rechten*) e os direitos em estado de defesa (*im Zustand der Vertheidigung*). Propôs o conceito de metamorfose, para explicar a transformação pela qual passava o direito material após ter sido lesado²⁹.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 157-158.

²⁸ *Idem*, p. 157-158.

²⁹ SAVIGNY, Carl Von. *Sistema del Derecho Romano Actual*. Traduzido por Jacinto Mesía y Manuel Poley. 2ª edição. Madri: Centro Editorial de Góngora, vol. IV, § 204 e § 205, p. 07-14.

Seguiu-se historicamente a famosa polêmica entre os romanistas alemães Bernhard Windscheid (então professor na Universidade de Greifswald) e Theodor Muther (Universidade de Königsberg), embate que contribuiu decisivamente para conferir foros de dignidade à ciência processual³⁰.

O primeiro, após contestar a identificação entre a *actio* romana e a ação moderna (*Klagerecht*), concluiu que aquela representaria no direito moderno o que se designava por *Anspruch* (traduzida no mundo latino por *pretensão*), situação jurídica diversa da ação e do direito subjetivo, afirmando-a como a faculdade de impor a própria vontade mediante uma “perseguição em juízo”³¹.

Muther, em sua resposta, com o objetivo declarado de destruir a teoria de Windscheid³², procurou reaproximar a *actio* romana e a *klage* germânica, afirmando que, ao contrário do que pensava seu *oponente*³³, no ordenamento jurídico romano também haveria prioridade do direito sobre a ação, sustentando que esta seria o direito à prestação da tutela jurídica (direito à emissão da fórmula), tendo por titular passivo o magistrado e não o adversário³⁴. Inovou ao defender a idéia de um agir contra o Estado – na pessoa de seus órgãos jurisdicionais – afirmando, também, que a própria *actio* seria um direito do autor para que o pretor lhe outorgasse a “fórmula” (o correspondente à tutela jurídica). Haveria, então, dois obrigados: um perante o “direito

³⁰ É o que diz ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 55.

³¹ WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la “actio”*. Buenos Aires: EJE, 1974, p. 07.

³² *Idem*, p. 295.

³³ Windscheid entendia o sistema romano como um ordenamento de pretensões, não de direitos. *Ibidem*, p. 7-8.

³⁴ *Ibidem*, 199 e seguintes.

originário” (que seria o particular), e outro perante o direito à fórmula (que somente poderia ser o pretor ou o Estado)³⁵.

Essa discussão exerceu enorme influência na sucessão dos estudos de direito romano, de direito civil e de teoria geral do direito, e teve o grande mérito de preparar o terreno para se buscar a autonomia científica do direito processual em relação ao direito material³⁶. E tal ocorreu no final do século XIX, com a conhecida obra de Oskar Bülow sobre as exceções e os pressupostos processuais³⁷, ao sustentar e sistematizar a relação jurídica processual autônoma e de direito público, composta entre as partes e o juiz³⁸. O pensamento representava verdadeira revolução, considerando o ambiente individualista em que foi formulado³⁹.

³⁵ *Ibidem*, p. 241.

³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 44.

³⁷ Em 1868 é publicada obra de Oskar Bülow, professor da Universidade de Gissen, chamada, no original, *Die Lehre von den Prozensseinreden und die Processvoraussetzungen*, conforme edição espanhola traduzida por Miguel Angel Rosas Lichtschein, publicada pela editora Europa – América, em Buenos Aires, no ano de 1964, com o título *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. A doutrina afirma que essa obra é o germe da ciência processual, pois tratou de dar autonomia ao direito processual ao separá-lo do direito material, proclamando “em termos sistemáticos a existência de uma relação jurídica toda especial entre os sujeitos principais do processo – juiz, autor e réu – a qual difere da relação jurídico-material litigiosa por seus *sujetos* (a inclusão do juiz), por seu *objeto* (os provimentos jurisdicionais) e por seus *pressupostos* (pressupostos processuais)”. Esse momento metodológico da ciência processual ficou conhecido como autônomo ou conceitual. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4ª edição, revista atualizada e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004, vol. I, p. 256-257.

³⁸ Disse-o Bülow: “Nunca se ha dudado que el derecho procesal civil determina las facultades y los deberes que ponen en mutua vinculación a las partes y al tribunal. Pero, de esa manera, se ha afirmado, también, que el proceso es una relación de derechos y obligaciones recíprocos, es decir, una *relación jurídica*.”

Esta simple, pero, para el derecho científico, realidad importantísima, desde todo punto de vista, no ha sido hasta ahora debidamente apreciada ni siquiera claramente entendida. Se acostumbra a hablar, tan solo, de relaciones de derecho privado. A éstas, sin embargo, no puede ser referido el proceso. Desde los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata em el proceso de a función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación, pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una *relación jurídica pública*.

La relación jurídica procesal se distingue de las demás relaciones de derecho por otra singular característica, que puede haber contribuido, en gran parte, a desconocer su naturaleza de relación jurídica continua. El proceso es una *relación jurídica* que *avanza* gradualmente y que se *desarrolla* paso a paso. Mientras que las relaciones jurídicas privadas que constituyen la materia del debate judicial, se presentan como totalmente concluidas, la relación

Iniciou-se, então, um estudo intenso dos fenômenos processuais. Teorizava-se a respeito de seus institutos específicos: o próprio processo, o procedimento, a jurisdição, a ação e outros elementos característicos do direito processual⁴⁰.

Nesse contexto, no âmbito do direito moderno, surgiu a tese unitária do ordenamento jurídico, afirmando que a função do julgador não seria a de reconhecer um direito preexistente, nem a do processo tutelar um direito privado. As regras constantes na lei forneceriam uma *trilha obrigatória* na formação da norma concreta. Seria o juiz, por meio do

jurídica procesal se encuentra em embrión. Esta se prepara por medio de actos particulares. Sólo se perfecciona con la litiscontestación, el contrato de derecho público, por lo cual, de una parte, el tribunal asume la concreta obligación de decidir y realizar el derecho deducido en juicio, y de otra, las partes quedan obligadas, para ello, a prestar una colaboración indispensable y a someterse a los resultados de esta actividad común. Y también esta ulterior actividad discurre en una serie de actos separados, independientes y resultantes unos de otros. La relación jurídica procesal está en un constante movimiento y transformación.

Pero, nuestra ciencia procesal ha dado demasiada trascendencia a este carácter evolutivo. No se ha conformado con ver en él sólo una cualidad importante del proceso, sino que ha desatendido precisamente otra no menos trascendente: la de relación jurídica del mismo. En lugar de considerar al proceso como una relación de *derecho público*, que se *desenvuelve de modo progresivo, entre el tribunal y las partes*, ha se destacado siempre únicamente aquel aspecto de la noción de proceso que salta a la vista de la mayoría: su marcha o adelanto gradual, *el procedimiento*; unilateralidad que tiene su origen en la jurisprudencia romana de la Edad Media y que ha sido favorecida por la concepción germánica del derecho. Se há hecho, lamentablemente, de la palabra “proceso” un monumento imprecadero y un punto de apoyo muy difícil de abatir. Quien pretenda extraer la idea de la palabra, será llevado, desde el principio, por la expresión “proceso” hacia un camino, si no falso, bastante estrecho. Sin embargo, los juristas romanos no se habían quedado con la idea superficial del proceso como pura serie de actos del juez y de las partes, sino que habían concebido la naturaleza de aquél como una relación jurídica unitária (*judicium*).

Se podría, según el viejo uso, hacer predominar aún el procedimiento em la definición del proceso, si no se descuidara mostrar la relación jurídica procesal como la otra parte de la noción.” BÜLOW, Oscar. *Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Tradução de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964, p. 01-04.

³⁹ DINAMARCO Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 5ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2002, Tomo I, p. 40-42.

⁴⁰ Daniel Mitidiero chama de processualismo esse momento histórico da ciência processual, designando-o como o “movimento cultural próprio da Idade Moderna no campo do processo civil” e ressaltando que o “método de que se servia o processualismo era o científico ou autonomista, através do qual os estudiosos se lançaram à tarefa de expulsar da disciplina processual todo e qualquer resíduo de direito material, forçados que estavam a justificar o direito processual como uma ramo próprio e autônomo da árvore jurídica. MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 17 e seguintes.

processo, quem *completaria o direito substancial*. O direito formar-se-ia de modo escalonado, iniciando com a norma incompleta estabelecida na lei (fase estática e abstrata) e consumando-se com a sentença produtora da norma que fazia nascer o direito subjetivo (fase dinâmica, em que o ordenamento individualizaria o direito)⁴¹.

Kelsen aderiu a essas idéias, defendendo que o direito seria formado gradualmente, sendo produzido em sucessivas etapas: a) norma fundamental; b) Constituição; c) lei; d) decreto; e) negócio jurídico; f) sentença; e g) execução. Considerando essa estrutura escalonada da ordem jurídica, o autor sustentou o caráter eminentemente constitutivo da sentença, rejeitando sua função meramente declaratória de um direito preexistente⁴².

Afirma-se que a legislação, expressão do direito objetivo, representaria apenas uma vantagem objetiva ao favorecido no tipo normativo, especialmente quando essa vantagem envolveria a intervenção na esfera jurídica de outrem (direitos subjetivos mediatos). Daí sustentar-se que, nesses casos, a simples correspondência entre os fatos previstos na norma e a situação fática da vida não poderia ensejar, por si só, um direito subjetivo, pois, para tanto, seria necessária a atuação estatal por meio da sentença, ato que constituiria o respectivo direito subjetivo com o juízo. As normas decorrentes do direito objetivo possuiriam função mais

⁴¹ DINAMARCO Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 5ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2002, Tomo I, p. 45-56.

⁴² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 246-300, especialmente 263-269. Aderindo às idéias do autor, embora com particularidades significativas, ALLORIO, Enrico. *El ordenamiento juridico en el prisma de la declaracion judicial*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1958 e, no original, *Problemi di Diritto*. Milano: GIUFFRÈ, 1957, vol. I.

psicológica (sociológica) do que propriamente jurídica, já que para a concretização da sanção correspondente seria indispensável o ato judicial⁴³.

A teoria unitária fora bastante divulgada e gozou de grande prestígio. Teve, por óbvio, desdobramentos, mas pode ser resumida do seguinte modo: o ordenamento jurídico seria unitário porque direito material e processo se fundiriam numa unidade, sendo a sentença produtora de direitos subjetivos, obrigações e concretas relações jurídicas entre os sujeitos, ou seja, tal não poderia decorrer da mera coincidência de fatos previstos em normas gerais e abstratas (o que demonstraria a insuficiência das normas de direito material)⁴⁴. Não se admitiria,

⁴³ Essa é a lição de Darci Ribeiro Guimarães ao menos quando se mostraria possível o conflito de interesses. O jurista distingue direitos subjetivos mediatos dos imediatos. Naqueles não haveria direito sem pronunciamento judicial, o que comprovaria a tese unitária do ordenamento jurídico. Nestes, por outro lado, até se poderia admitir direito sem atuação do Estado por meio do juiz, pois não haveria qualquer limitação à esfera jurídica de outrem, tal como no direito à vida, à liberdade ou à ação processual. RIBEIRO, Darci Guimarães. *La Pretensión Procesal y La Tutela Judicial Efectiva: Hacia una Teoría Procesal del Derecho*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2004, p. 35-50. Ver, mais recentemente, a lição do autor, dividindo em duas as funções do ordenamento (psicológica e judicial). RIBEIRO, Darci Guimarães. *Esboço de uma Teoria Processual do Direito*. Revista *Ajuris*, ano XXXV, nº. 111, setembro de 2008, p. 61-80.

⁴⁴ Nesse sentido, elucidativa a seguinte passagem na obra de Salvatore Satta: “A doutrina tradicional há sempre cotejado esse dito problema e sempre o solucionou em termos a que poderíamos chamar de “estáticos”, vale dizer, com uma série de abstrações e de faculdades perceptivas. Cedo se tornou o próprio ordenamento jurídico (direito objetivo), e pois de reflexo os caracteres subjetivos oriundos do mesmo e a firmarem-no como certo (direito subjetivo), configurando a lei como uma existência absoluta por si mesma, à qual atribui uma vontade expressa num preceito e numa sanção, dois inelimináveis componentes da norma. Por tal visão estática o ordenamento tinha uma vivência inteiramente cumprida (e tratando-se de abstrações, tudo o mais era lógico), daí não soa a realidade surgira como qualquer coisa de estranho daquela vida; mas a jurisdição viera a adquirir necessariamente um elenco secundário e de certo modo passivo, uma função de mera declaração do direito objetivo ou subjetivo segundo pontos de vista, que nada acrescera àquele mundo preformado e imutável.

Tal forma de ver (que não é por si só um erro, e sob certos ângulos inevitável, propriamente sobre o plano didático) adentra um dualismo entre ordenamento e jurisdição, que fatalmente vem a refletir-se na doutrina da ação, como à seqüência observamos, criando problemas mais ou menos falsos quanto insolúveis. O seu defeito fundamental está em que aquele deslembra que o ordenamento não vive abstratamente, mas sim em concreto, e que tal objetivação é observada a cada passo na ação humana que a tal se enquanto adequa. Daí a incindibilidade absoluta do ordenamento pela ação; mais simplesmente a unidade da lei, pois se é verdade que o ordenamento sem ação é mero *flatus vocis*, não é menos real que a ação sem aquele é puro fato desprovido de qualquer importância”. SATTÀ, Salvatore. *Direito Processual Civil*. Tradução de Luiz Autori. 7ª edição. Borsoi: Rio de Janeiro, 1973, p. 62-63.

pois, direito sem pronunciamento judicial, o que estaria comprovado com a abstração e a autonomia da ação⁴⁵.

Em sua oposição, tem-se a teoria dualista do ordenamento jurídico, adotada, entre outros, por Chiovenda, que sustentava clara separação entre dois planos: o plano do direito material e o plano do direito processual. Empregar-se-ia o modelo subsuntivista do direito material, o silogismo formal: ocorrendo o fato previsto na norma (*fattispecie, tatbestand*), ou seja, havendo incidência, aplicar-se-ia a sanção jurídica⁴⁶. O juiz não desenvolveria atividade constitutiva de direitos, os quais decorreriam automaticamente da concreta ocorrência dos fatos previstos na norma, cabendo ao julgador exercer função meramente declaratória⁴⁷.

⁴⁵ A teoria abstrata-monista da ação fora sintetizada por Hermes Zaneti Junior do seguinte modo: “A teoria monista de direito processual entende ser a abstração e a autonomia da ação a prova da inexistência de direito fora do processo, ou pelo menos sua irrelevância. Uma vez iniciada a contenda judicial, ela poderá ter como resultado uma condenação, uma declaração ou uma constituição, que são respostas processuais ao afirmado pelo autor na inicial”. ZANETI JÚNIOR, Hermes, *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 210.

⁴⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, vol. I, 1965.

⁴⁷ Reveladoras as palavras de Alfredo Rocco: “La norma jurídica, aunque suponga también un juicio lógico del órgano de que emana, es ciertamente en su esencia un acto de voluntad, y precisamente, un mandato hecho por el Estado a los particulares. Este mandato, por estar expresado en forma abstracta, tiene necesidad de ser concretado, o sea, la voluntad del Estado manifestada en forma abstracta e general en la ley, tiene necesidad de ser traducida en forma concreta, que es lo que hace precisamente el juez en la sentencia. Pero, evidentemente, en esta operación el juez no añade ninguna partícula de voluntad propia a la voluntad ya manifestada por el órgano legislativo. La operación por la cual, dada una norma general, se determina cuál es la conducta que debe seguir en el caso concreto el particular sujeto a la norma, es una pura operación lógica, y, como se suele decir, un silogismo, en el cual, tomada como premisa mayor la regla general, como menor el caso concreto, se deduce la norma de conducta que hay que seguir en el caso particular. El juicio lógico no cambia ciertamente de naturaleza, por sólo tener por objeto una declaración de voluntad, esto es, una norma jurídica. La actividad mental del juez sigue siendo una actividad puramente lógica, aunque se ejercite sobre un producto de la actividad práctica de otro, o sea, sobre una declaración de voluntad ajena. El juez, pues, no expresa en esta operación una voluntad propia, sino que manifiesta simplemente su propio juicio sobre la voluntad del órgano legislativo en el caso concreto. El Estado ha afirmado ya su voluntad en el ejercicio de la función legislativa; no tiene necesidad de afirmarla una segunda vez en el ejercicio de la facultad jurisdiccional. La sentencia no contiene, pues, otra voluntad que la de la ley traducida en forma concreta por obra del juez”. ROCCO, Alfredo. *La Sentencia Civil: La Interpretación de las Leyes Procesales*. Traducción de Mariano Ovejero. México: Stylo, 1944, p. 54-55.

Critica-se a teoria monista por deixar de considerar toda a experiência jurídica existente nos fatos e nos valores que compõe a norma⁴⁸. Nega-se a existência de direito no ato do devedor que paga, das partes que contratam, que se conciliam, afirmando que isso não passaria de mero elo da cadeia de atividades destinadas à concretização, ou mesmo à criação da norma⁴⁹. De fato, não parece ser assim.

No atual estágio da ciência jurídica, não se pode admitir sua existência apenas na norma individualizada em juízo. O fenômeno jurídico é mais amplo, englobando os fatos sociais e, também, os valores que se entendem merecedores de proteção. Valores que, por óbvio, estão diretamente relacionados com a vida em tal sociedade. E nessa vida o direito é concretizado normalmente, sendo, inclusive, fonte de sua própria (re) construção, seja no plano legislativo seja no plano judicial, já que ciência cultural, que influencia e é influenciada pelas práticas sociais⁵⁰.

As normas gerais e abstratas do direito material não são destinadas apenas ao juiz, embora inegável que ele é um de seus intérpretes (o intérprete autêntico, diria Kelsen⁵¹). A toda evidência, são dirigidas também à sociedade, demonstrando que há, sim, experiência jurídica

⁴⁸ Conhecida a teoria tridimensional de Miguel Reale, em que se demonstra que a experiência jurídica mesma depende dos fatos e dos valores, que, de modo dialético, invariavelmente integram a norma. REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1980.

⁴⁹ DINAMARCO Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 5ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2002, Tomo I, p. 58-61.

⁵⁰ Sobre a relação entre direito e costume, ver o clássico, LACERDA, Galeno. *Processo e Cultura*. Revista de Direito Processual Civil, Saraiva, São Paulo, ano II, janeiro-junho, 1961, vol. 3, p. 74-86. Para Pontes de Miranda, “o Direito, como a Economia, a Política, a Moral, a Arte, a Religião e a Ciência, além da Moda, é processo social de adaptação” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, t. I, p. 229.

⁵¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

quando as pessoas se relacionam e interpretam/aplicam o direito material abstrato, que vai concretizado na vida cotidiana; tudo isso independentemente da atividade do juiz⁵².

Um exemplo pode ilustrar o pensamento, ainda que questionáveis a *ideologia* e os valores consagrados na legislação correspondente⁵³. Imagine-se um contrato de financiamento habitacional firmado entre instituição financeira (mutuante) e pessoa física (mutuário), tendo sido estabelecida garantia hipotecária, tudo em conformidade com o Decreto-Lei nº. 70/66⁵⁴. Imagine-se que o mutuário acabe por não cumprir sua obrigação de pagar as respectivas prestações, dando ensejo, então, ao vencimento antecipado da dívida (Decreto-Lei nº. 70/66, art. 29, parágrafo único⁵⁵ e, na hipótese, também previsto contratualmente). O credor, ao fazer a opção que lhe é facultada pela norma de direito material (Decreto-Lei nº. 70/66, art. 29, *caput*), promove a respectiva execução extrajudicial. Imagine-se que todos os procedimentos formais obrigatórios tenham sido observados pelo agente fiduciário, tendo sido realizado leilão público,

⁵² Em sentido contrário, porém, Salvatore Satta, ao vincular ação e jurisdição, afirmando que o ordenamento jurídico depende mesmo do juízo, atividade a ser desempenhada “obviamente” pelo juiz em concreto (jamais em abstrato), embora seja reconhecida a importância fundamental dos sujeitos que vivenciam a realidade, apresentando as respectivas idéias do ordenamento. SATTÀ, Salvatore. *Direito Processual Civil*. Tradução de Luiz Autori. 7ª edição. Borsoi: Rio de Janeiro, 1973, p. 158-164.

⁵³ Sobre o assunto, ALVARO DE OLIVEIRA. *Procedimento e Ideologia*. Revista *Ajuris*, nº. 33, ano XII, março, 1985, p. 79-85. Ver, também, SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004; e CAPPELLETTI, Mauro. *A Ideologia no Processo Civil*, Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ano IV, 1969, nº. 13, p. 01-17.

⁵⁴ O referido diploma legal teve sua constitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, no Recurso Extraordinário nº. 223.075/DF, relatado pelo Ministro Ilmar Galvão, em julgamento realizado em 23/06/1998, e publicado em 06/11/1998. Isso, porém, não implicaria dizer que somente após a referida decisão ele passou a ser aplicado. Pelo contrário, possivelmente tenha sido fundamento para incontáveis execuções extrajudiciais até chegar, em controle difuso, ao Supremo Tribunal Federal.

⁵⁵ Art 29. As hipotecas a que se referem os artigos 9º e 10 e seus incisos, quando não pagas no vencimento, poderão, à escolha do credor, ser objeto de execução na forma do Código de Processo Civil (artigos 298 e 301) ou deste decreto-lei (artigos 31 a 38).

Parágrafo único. A falta de pagamento do principal, no todo ou em parte, ou de qualquer parcela de juros, nas épocas próprias, bem como descumprimento das obrigações constantes do artigo 21, importará, automaticamente, salvo disposição diversa do contrato de hipoteca, em exigibilidade imediata de toda a dívida.

culminando com a alienação do imóvel e a emissão da carta de arrematação, devidamente formalizada, havendo, ao final, sua transcrição no registro de imóveis.

Ora, na hipótese acima – que bem poderia ser verdadeira –, a instituição financeira credora em razão do inadimplemento do mutuário, não precisou de qualquer pronunciamento judicial para promover, inclusive, atos “executivos extrajudiciais”, adentrando mesmo no patrimônio do devedor, modificando-se a propriedade (direta) do bem independentemente de sua vontade, bastando, para tanto, a efetiva adequação dos fatos da vida real àquilo que fora previamente estabelecido por lei de modo geral e abstrato. Veja-se que, em regra, o credor já é credor antes de decisão judicial⁵⁶.

Nesse contexto, a teoria monista (ou unitária) do ordenamento jurídico não poderia ser admitida, pois inegável a experiência jurídica sem um pronunciamento judicial, inclusive quando possível o conflito de interesses, ou seja, quando a esfera jurídica de outrem pudesse ser “invadida”⁵⁷.

⁵⁶ Embora se possa discutir a respeito da condição de credor e devedor, da existência ou não de inadimplência, enfim, a afirmativa não perde a validade apenas porque uma das partes entende que os elementos do tipo não estariam preenchidos, inclusive buscando em juízo resolver o impasse. Essa possibilidade (de demanda judicial), por mais comum que fosse – e nesses casos parecem mesmo que é –, não teria o condão de modificar a conclusão exposta no texto, pois nem sempre seria implementada. Nesses casos a tutela jurídica disposta no plano do direito material valeria eficazmente.

⁵⁷ Disse-o Eduardo J. Couture: “O direito pode realizar-se sem o processo. O cumprimento da conduta, dentro do juridicamente permitido, imposto ou não, é realização espontânea do direito; a conduta obtida por meio do processo é realização coativa.

O processo não é o único meio de realização coativa do Direito; mas o mais importante de todos.

Realizar espontaneamente o Direito é não só fazer sem coação o juridicamente imposto, mas também o não juridicamente imposto; nesta hipótese, realiza-se espontaneamente o direito de liberdade.

Realizar coativamente o direito é cumprir a conduta atribuída ou determinada, para que, dentro da relatividade das coisas humanas, as regras normativas se cumpram efetivamente seja *in natura*, seja mediante substitutivos mais ou menos idôneos”. COUTURE, Eduardo. J. *A Tutela Jurídica*. Tradução de Jacy de Assis. Revista Brasileira de direito Processual, vol. 38, 2º trimestre, 1983, p. 53-62. Em sentido contrário, RIBEIRO, Darci Guimarães. *La*

Por outro lado, no direito brasileiro, também não se poderia aceitar a posição dualista tal como sustentada por Chiovenda – vinculada à teoria concreta do direito de ação⁵⁸ –, porque, aqui, há uma peculiaridade, um *paradoxo metodológico*. Nosso modelo constitucional do processo civil, em sua conformação, absorveu conceitos e propostas técnico-processuais da Alemanha e Itália, assim como adotou a fórmula “político-constitucional” da separação dos poderes norte-americana (destacando-se o sistema de freios e contrapesos e o *judicial review*). Esse modelo constitucional híbrido impõe exame diverso daquele possível diante do ordenamento jurídico italiano de então, pois se atribui maior amplitude ao papel do Poder Judiciário, que não poderia ser restringido à pré-compreensão do direito⁵⁹.

Conforme disposição constitucional (CF, art. 3º), nossa República Federativa tem objetivos fundamentais a alcançar, tarefa que toca também ao Poder Judiciário, não havendo

Preensión Procesal y La Tutela Judicial Efectiva: Hacia una Teoría Procesal del Derecho. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2004, p. 35-50.

⁵⁸ Sobre a posição do autor, CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Bogotá: TEMIS, 1986.

⁵⁹ Cumpre destacar que tradicionalmente a teoria dualista era oposta à unitária em razão desta afirmar, categoricamente, a inexistência de direito sem pronunciamento judicial, sustentando que a sentença teria sempre eficácia constitutiva de direitos, ao passo que aquela afirmava o caráter meramente declaratório da sentença, visto que apenas reconhecia direitos previamente existentes. Ver DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 131. O debate perdeu importância, pois não se nega mais o precedente judicial como fonte do direito. Aliás, pelo menos no direito brasileiro, não se poderia justificar a separação do ordenamento em dois planos em razão da inexistência de eficácia constitutiva de direitos na sentença (criação judicial de direitos). Pensar desse modo seria mesmo uma forma de monismo, agora de direito material, ao defender-se que o papel do juiz seria o de simplesmente promover a *atuação da vontade concreta da lei*. Consultar ZANETI JUNIOR, Hermes, *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 15-19.

mais espaço para o juiz idealizado por Montesquieu, que se limitaria ao papel de “boca da lei”, tampouco àquele juiz da *pandectista*, fechado em um modelo conceitual e dogmático⁶⁰.

Com efeito, também não se poderia admitir, ao menos de modo substancial, a aplicação do modelo subsuntivista, o silogismo formal, pois, para a construção da norma aplicável ao caso concreto (e o fenômeno jurídico importa essencialmente aos casos concretos), o intérprete não poderia se afastar dos anseios almejados pela sociedade⁶¹. Pensar o contrário significaria ignorar a influência axiológica que permeia a interpretação jurídica contemporânea⁶², o papel da tópica retórica na busca pela solução justa e verdadeira para o caso,

⁶⁰ Definitivamente, não se quer dizer, com isso, que os juízes teriam assumido o papel do legislador. Na verdade, os papéis desempenhados são diferentes. Ver, sobre o assunto, a obra de CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993. E, também, LIEBMAN, Enrico Tullio. *A força criativa da jurisprudência e os limites impostos pelo texto da lei*. Revista de processo, ano 11, n.º. 43, jul./set., 1986, p. 57-60. Busca-se, em verdade, destacar a necessidade de observância do modelo constitucional do direito processual civil, para que sirva como instrumento direto de realização da justiça na interpretação do direito positivo. Sobre o assunto, BUENO, Cassio Scarpinella. *O “modelo constitucional do direito processual civil”: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações*. Revista de Processo, ano 33, n.º. 161, julho de 2008, p. 261-270.

⁶¹ Disse-o Recasens Siches: “En la resolución de los conflictos de intereses operan muchos y muy variados hechos sociales. Y también el modo de cumplimiento concreto de estas tareas que está influido por una serie de diversos factores sociales. Así, los conflictos concretos de intereses y las resoluciones que se den a éstos, dependen de cuales sean las situaciones sociales en que tales antagonismos surgen”. RECASENS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del derecho*. 2ª edição. México: Porrúa, 1972, p. 211. Ver, também, THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Pensamento Filosófico na Seara do Direito: Interpretação e Aplicação das Normas Jurídicas*. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, ano IV, número 20, set./out., 2007, p. 41-55, e TESHEINER, Jose Maria Rosa; BAGGIO, Lucas Pereira. *Nulidades no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 05-39.

⁶² Fala-se dos princípios que, embora de modo menos forte do que as regras, possuem força normativa. É fora de dúvida que a aplicação dos princípios não obedece a regra da subsunção. Estas normas não prevêm uma conduta típica ou mesmo atribuem conseqüências jurídicas quando ocorridos determinados fatos. Os princípios são normas finalísticas, que estabelecem um estado de coisas cuja promoção é gradual e depende dos efeitos decorrentes da adoção de comportamentos a ela necessários. Como diz Humberto Ávila, “não são as normas jurídicas que determinam, em absoluto, quais são os elementos que deverão ser privilegiados em detrimento de outros, mas os aplicadores, diante do caso concreto. Ver ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª Edição, revista. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 60-61 e 167. Não se percebe, no caso dos princípios, a lógica da sanção. Sem razão, portanto, as considerações de MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 20, nota 17-A.

bem como a importância dos conceitos jurídicos indeterminados e a presença positiva cada vez maior de cláusulas gerais⁶³.

A adoção da teoria dualista do ordenamento jurídico encontra fundamento justamente nas necessidades sociais que o direito busca suprir, ou seja, na proteção jurídica outorgada às pessoas, às situações e aos interesses escolhidos pela sociedade. As relações entre o plano do direito material e o plano do direito processual são mais bem compreendidas nesse contexto de tutela social, em que cada plano é responsável pela realização dos fins do direito, de modo próprio e complementar⁶⁴. Oportuna a lição de Liebman:

Aos juristas romanos era desconhecido o conceito de direito subjetivo, tal como foi elaborado em tempos muito mais recentes, pois eles conheciam apenas a *actio*, que era o meio jurídico para cada um pedir a satisfação de suas pretensões. Para dizer que a Tício tocava um direito, diziam que lhe tocava a *actio*. Toda a evolução do

⁶³ Lembra-se, também, que a própria legislação tratou de deixar em aberto uma série de conceitos a serem discutidos no caso concreto, afastando-se da lógica substancial da subsunção. Veja-se, ilustrativamente, o tratamento legal dispensado para a configuração de certos conceitos fundamentais, como o conceito de erro (C.C., art. 138 e seguintes), dolo (C.C., art. 145 e seguintes), coação (C.C., art. 151), estado de perigo (C.C., art. 156), lesão (C.C., art. 157) ou fraude a credores (C.C., art. 158 e 159), indispensáveis para a anulação do negócio jurídico (C.C., art. 171, II). Especificamente, por exemplo, como identificar o erro sem analisar todo o ambiente cultural em que se encontra a vítima? Como identificar o fundado temor de dano iminente e considerável à pessoa do paciente, à sua família ou aos seus bens para configurar a coação sem se aventurar no mundo dos fatos, analisando-se os aspectos atinentes ao caso concreto? Percebe-se que a lógica formal da subsunção não explica de forma adequada o fenômeno jurídico contemporâneo.

⁶⁴ Poder-se-ia falar em unidade funcional, já que ambos os planos atuariam de modo dinâmico. Veja-se que “o fenômeno processual, e dentro dele a ação, só pode ser analisado e bem compreendido se se proceder à sua correlação com o todo em que se acha integrado. Há que ser tratada a ordem jurídica com ‘unidade incidental, em face da qual não subsistem isoladamente categorias que se pretendiam não só diversas, mas também, independentes, como as de direito subjetivo, ação processo, jurisdição, obrigação, ou de direito público e privado, material, instrumental, e assim por diante, como observa Leonardo Greco”. É o que diz Humberto Theodoro Júnior, citando a lição do referido jurista. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Novos Rumos do Direito Processual Civil: Efetividade da Jurisdição e Classificação das Ações – Ação Executiva Lato Sensu – Tutela de Urgência*. Revista Dialética de Direito Processual, n.º. 26, maio, 2005, p. 20-63. Ver, ainda, as interessantes colocações de José Maria Rosa Tesheiner sobre a dinâmica das relações subjetivas e as situações subjetivas processuais. Para o autor, as situações subjetivas teriam seu lugar na Teoria Geral do Direito, não excluindo a idéia de relação jurídica, pois dela seriam momentos, comportariam direitos e deveres, tanto quanto expectativas e ônus. O ponto comum entre as duas concepções seria justamente o caráter dinâmico dos fenômenos a que se referem. TESHEINER, José Maria Rosa. *Situações subjetivas e processo*. Revista de Processo, n.º 107, ano 27, jul./set., 2002, p. 18-23.

direito clássico fez-se através da ampliação e enriquecimento das figuras das ações. O pretor, artífice dessa evolução, concedia a ação em casos, sempre mais numerosos, em que pelas regras estritas do *ius civile* ela não seria devida. O sistema jurídico dos romanos era concebido e se desenvolveu em função do processo e dos meios que este oferecia para a tutela dos interesses dos vários sujeitos.

Hoje vemos as coisas de maneira diferente, porque na sociedade moderna a situação se mostra invertida: as relações entre pessoas apresentam-se na forma de direitos e obrigações de uns perante outros e o processo é apenas o conjunto de meios destinados à proteção dos direitos. Mas o aparelho jurisdicional estatal assumiu tamanha imponente e uma autonomia tão destacada, que não pode ser simplesmente encoberto pelas dobras do direito privado. A ordem jurídica, portanto, constitui-se de dois sistemas de normas, distintos e coordenados, que se integram e se completam reciprocamente: o das relações jurídicas substanciais, representadas pelos direitos e pelas correspondentes obrigações, segundo as várias situações em que as pessoas venham a se encontrar, e o do processo, que fornece os meios jurídicos para tutelar os direitos e atuar o seu sistema. Seria contrário à realidade pretender hoje reduzir um ao outro, como também não teria muito sentido discutir qual dos dois sistemas é prioritário do ponto de vista lógico; nós os vemos em situação paritária; reciprocamente necessários e complementares. Sem o processo, o direito ficaria abandonado unicamente à boa vontade dos homens e correria frequentemente o risco de permanecer inobservado; e o processo, sem o direito, seria um mecanismo fadado a girar no vazio, sem conteúdo e sem finalidade⁶⁵.

No plano do direito material⁶⁶ tem-se todo um arcabouço normativo que, de modo prévio, geral e abstrato, protege determinados interesses sociais⁶⁷, indicando as possíveis posições jurídicas das pessoas em suas relações – posições de vantagens ou desvantagens –, outorgando-lhes direitos (poderes e faculdades) ou impondo-lhes deveres e obrigações⁶⁸. Nesse plano também são apresentadas as conseqüências

⁶⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Tradução: Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. I, p. 148.

⁶⁶ Disse-o Couto e Silva: “Tentando definir o direito material, pode dizer-se que é aquele que disciplina uma ordenação da vida; que regula, em última análise, os direitos subjetivos, as pretensões, as ações e as posições jurídicas. Tudo, enfim, que resulta dos atos lícitos ou ilícitos das pessoas”. COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *Direito Material e Processual em tema de prova*. Revista de Processo, nº. 13, São Paulo, janeiro-março, 1979, p. 137.

⁶⁷ Por exemplo, estabelece critérios sobre, entre outros assuntos, a atribuição de bens (v.g., normas sobre propriedade, posse, responsabilidade civil contratual e extracontratual que estabelecem a obrigação de reparar danos, sucessão, etc.), a cooperação de pessoas em atividades de interesse comum (v.g., sociedades mercantis, partidos políticos), etc. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4ª edição, revista atualizada e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004, vol. I, p. 40-41.

⁶⁸ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, adotando lição de Elio Fazzalari, traça o seguinte esquema a respeito dos “direitos subjetivos”: a) o *direito realizado por uma faculdade do titular* (e.g., a faculdade de ocupar a *res nullius*); b) o *direito realizado por um poder do titular*, o chamado ‘direito potestativo’ (e.g., o poder de transferir um direito, o poder de renunciar ao direito etc.);

jurídicas para os casos de inobservância daqueles preceitos, sancionando abstratamente eventuais transgressões⁶⁹. Trata-se da chamada tutela jurídica (estrita), que engloba tanto as relações privadas como as públicas, representando mesmo a positivação dos valores adotados pela estrutura do poder. Serve como modelo de conduta a ser seguido por todos os integrantes de determinada sociedade, inclusive o Estado⁷⁰. Em regra, esse modelo será respeitado tanto pelos órgãos estatais quanto pela própria sociedade⁷¹.

c) o *direito realizado pela obrigação de outrem*, que é o esquema apresentado pelo ‘direito de crédito’;
d) o *direito realizado por faculdade do titular e por deveres* (de abstenção) *de todos os consociados*, que é o esquema apresentado pelo ‘direito absoluto real’;
e) o *direito realizado apenas por deveres* (de abstenção) *de todos os consociados* (excluído o titular), que é o esquema a apresentado pelos ‘direitos meramente absolutórios’ (e.g., os direitos de personalidade), entrando aí também os direitos que passam como direitos ‘reais’, nos quais falta contudo o núcleo da faculdade (e.g., as ‘servidões negativas’). ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Direito Material, Processo e Tutela Jurisdicional*. In *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Organizadores Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 285-319, especialmente p. 287-288. Para exame mais apurado, ver FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957, p. 55-107. Complementam-se essas idéias com a noção de interesses de toda uma coletividade, de titularidade identificável ou não, consubstanciados nos chamados direitos coletivos ou difusos. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 10-11.

⁶⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Direito Material, Processo e Tutela Jurisdicional*. In *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Organizadores Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 285-319, especialmente p. 287-290.

⁷⁰ Ressalte-se o papel clássico atribuído ao princípio da legalidade, em que somente a lei serve como fundamento para as ações da administração pública. “Todos nós sabemos que toda atividade administrativa, não importando se dentro de um processo administrativo tributário, é uma atividade sublegal. Todos sabemos que a administração é atividade de quem não é proprietário – como disse Cirne Lima. Todos nós sabemos que jaz a atividade administrativa debaixo da lei que instala uma finalidade a cumprir. Todos sabemos que opõe-se à noção de administração a de propriedade, visto que sob a administração o bem se mantém vinculado não à vontade do administrador, mas à finalidade impessoal a que essa vontade deve servir. Todos nós sabemos que a relação de administração somente se nos depara no plano das relações jurídicas quando a atividade a que ela se propõe encontra-se defendida contra terceiros e contra o próprio administrador.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O controle de Constitucionalidade pelos tribunais administrativos no processo administrativo tributário*. Revista de Direito Tributário, São Paulo, Malheiros, v. 75, p. 12-18, 1999, especialmente p. 12.

⁷¹ A sociedade, em regra, respeita os preceitos impostos pelo Estado na forma de normas gerais e abstratas. Em outras palavras, o direito material é normalmente satisfeito sem a intervenção do juiz, conforme ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Alienação da Coisa Litigiosa*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 58. Infelizmente, também é frequente o seu desrespeito, o que acaba por desaguar no Poder Judiciário ocasionando sua sobrecarga. Diz Barbosa Moreira: “É oportuno lembrar, desde logo, que a chamada crise da justiça se alimenta, em dose ponderável, da incapacidade do direito material para governar de maneira efetiva o dia-a-dia da sociedade. A evidência, se as autoridades públicas respeitassem sempre as normas que lhes regulam o exercício das funções, se todos os pais cumprissem à risca os deveres que lhes correm com relação aos filhos, se o mesmo acontecesse com as empresas em face dos empregados, e vice-versa, se nenhum cheque fosse emitido sem provisão de fundos, se

Porém, há casos em que as referidas normas gerais e abstratas, expressão desse plano, não são respeitadas espontaneamente ou estão na iminência de não o ser (crise de adimplemento); há casos, também, em que não se sabe se determinada situação da vida deve ser tutelada (crise de certeza); casos em que sua aplicação não está em conformidade com os fatos da vida real (crise de situações jurídicas); e casos em que os integrantes de tal sociedade não podem realizá-la efetivamente (crise de execução). Nessas hipóteses, é verdade, o direito material não se mostra suficiente para garantir a paz e a organização social, surgindo a necessidade de outra forma de tutela jurídica: a tutela jurisdicional, prestada em plano diverso, com lógica diversa, por meio do processo⁷².

Desloca-se, assim, o foco das investigações a respeito da ação para voltar ao tema da tutela jurisdicional. Nesse sentido, a oportuna colocação de Cândido Rangel Dinamarco em estudo seminal sobre o assunto:

ninguém deixasse de pagar impostos nem atentasse contra o patrimônio ou a vida dos semelhantes, infinitamente menor seria o vulto dos problemas que afligem o Judiciário, e o único perigo sério consistiria, para número talvez elevado de juízes, na eventual contingência de ter de arranjar outra ocupação... Acontece que a Constituição e as normas administrativas não bastam para impedir ilegalidades e abusos de poder, nem o Código Civil para garantir a regularidade da vida familiar, nem o Código Penal para obstar à prática de crimes, e assim por diante”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Justiça no limiar de novo século*. Revista Forense, volume 319, 1992, p. 70. Na realidade, o desrespeito à tutela jurídica e o conseqüente *overloud* do Poder Judiciário (expressão cunhada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira nos seminários apresentados no Programa de Pós-Graduação em Direito *Stricto Sensu* da UFRGS) servem de aviso nas exatas palavras de Francesco Carnelutti: “Certamente, o direito ainda não morreu. Mais ainda, a quem julgar pelas aparências, e por isso considerar a quantidade de leis e de juízos, poderá parecer que nunca esteve tão vivo como agora. Mas essa vitalidade ilusória é, antes de mais nada, a febre que o consome”. CARNELUTTI, Francesco. *A morte do direito*. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 23.

⁷² Sobre a necessidade de tutela processual para a proteção dos direitos e a adaptabilidade de seus instrumentos, entre outros, DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*. 3ª edição. Milano: Giuffrè, 2001, p. 04-07; CARNELUTTI, Francesco. *Profilo dei rapporti tra diritto e processo*. Revista Peruana de Derecho Procesal, Lima, vol. IV, 2001, p. 59-66.

O atual momento metodológico da ciência processual autoriza o retorno às especulações em torno da idéia de *tutela jurisdicional*, que fora banida dos estudos dos processualistas de um século atrás e agora volta reabilitada e revigorada, em novas vestes. Tutela jurisdicional não é o mero exercício da jurisdição, ou somente a outorga do provimento jurisdicional em cumprimento ao dever estatal que figura como contraposto do poder de ação. A ação em si considera-se satisfeita e exaurida sempre que emitido esse provimento, quer seja favorável ou desfavorável. É portanto, um conceito indesejavelmente técnico, para quem busca resultados – e o processo civil de hoje é um *processo civil de resultados*. (...)

O direito moderno não se satisfaz com a garantia da ação como tal e por isso é que procura extrair da formal garantia desta algo de substancial e mais profundo. O que importa não é oferecer ingresso em juízo, ou mesmo julgamentos de mérito. Indispensável é que, além de reduzir os resíduos de conflitos não jurisdicionáveis, possa o sistema processual oferecer aos litigantes resultados justos e efetivos, capazes de reverter situações injustas desfavoráveis, ou de estabilizar situações justas. Tal é a idéia de *efetividade da tutela jurisdicional*, coincidente com a da plenitude do *acesso à justiça* e a do *processo civil de resultados*⁷³.

O direito processual não se destina à regulação geral e abstrata do convívio social, tampouco disciplina do mesmo modo a distribuição dos bens da vida aos homens. Trata, antes, de estabelecer como o juiz deve exercer a jurisdição, como podem ser exercidas a ação e a defesa processual. Regula todo o procedimento a ser seguido durante o processo judicial, garantindo a participação dos litigantes por meio do contraditório. Dispõe, também, sobre os efeitos e a respectiva estabilização da decisão que, como um dos seus escopos, deve buscar a pacificação justa do litígio⁷⁴. Disse-o com propriedade Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

Passa-se, então, ao plano do direito processual. Este obedece a normas de direito público e constitucional, que estabelecem abstratamente os deveres/poderes do órgão judicial e os poderes, faculdades e ônus das partes. O juiz, as partes e os demais personagens do processo (perito, testemunha etc.) agem por meio de atos concretos. Os atos (e posições processuais) são ligados pelo vínculo do procedimento, isto é, do fato que a norma os coloca em

⁷³ Ver sobre o banimento do tema na processualística do século XIX e o seu retorno à ordem do dia com a bibliografia lá indicada, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 797-807. Vale a leitura do ensaio de PISANI, Andrea Proto. *Sulla tutele giurisdizionale differenziata*. Rivista di Diritto Processuale, v. 34, 1979, p. 536-591. E, ainda, MAFFINI, Rafael Cás. *Tutela Jurisdicional: um ponto de convergência entre o Direito e o processo*. Gênesis Revista de Direito Processual Civil, nº. 14, out./dez., 1999, p. 718-739.

⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4ª edição, revista atualizada e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004, vol. I, p. 40-41.

seqüência ordenada e cronológica, de modo que cada um pressupõe o presente (ou os precedentes) e é pressuposto do seguinte (ou seguintes). Essa perspectiva permite definir a ação tendo em conta também as múltiplas posições subjetivas (das quais o autor é munido no processo) e o vínculo que as une. Assim, a ação se apresenta como uma situação subjetiva complexa, isto é, como o conjunto dos poderes, faculdades e ônus do autor no processo; conjunto individualizado e reduzido à unidade (na mesma medida da *função* do juiz, isto é, do conjunto de seus deveres/poderes) pelo vínculo que coordena aqueles poderes e estes deveres/poderes no *procedimento*, por ser cada um direta ou indiretamente, conseqüência de um outro e pressuposto de um outro ainda. A ação, é claro, inicia-se com a demanda e só se conclui com o último ato do processo. Também devem ser levados em conta os poderes, faculdades e ônus do demandado, que reage na mesma medida em que o autor age, sem distinção substancial nesse particular.

O *procedimento*, sempre em contraditório (pois, por hipótese, o pronunciamento final do órgão judicial interferirá na esfera jurídica de outrem), é impregnado dos valores e garantias próprios de cada sociedade, com atendimento aos sobreprincípios fundamentais da segurança e da efetividade e emprego de técnicas que visam a uma realização mais adequada das finalidades próprias de cada processo.

Nesse plano, “a questão tem tudo a ver com a efetividade do instrumento processual, tanto em termos de tempo quanto de conteúdo dos pronunciamentos judiciais, com vistas à justiça do caso concreto”⁷⁵, bem como com a observância dos direitos fundamentais de defesa e de prestação. Aqui, o direito material afirmado pelo autor passa a ser mera expectativa, considerando a incerteza da atividade desenvolvida durante o procedimento. O autor afirma ser titular de um direito e o réu o nega. O autor afirma a ocorrência dos fatos que fundamentam seu direito e o réu o contradiz. O direito material encontra-se *in status assertionis*, na medida dinâmica do processo. O magistrado e as partes vão construir a decisão para o caso concreto, considerando o direito alegado como um problema (não como um dado prévio), (re)valorizando a lógica dialética por meio do método tópico-retórico⁷⁶.

⁷⁵ No ponto, intocável a lição de ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Efetividade e tutela jurisdicional. In Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Organizadores Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 83-110.

⁷⁶ ZANETI JÚNIOR, Hermes, *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 85 e 210 e seguintes.

É exatamente nesse estado de incerteza que as normas dispostas abstratamente, expressão do direito material, vão influenciar a tutela jurídica no campo processual, servindo como matéria-prima trabalhada pelo juiz para a (re)construção do direito, agora exarado de modo concreto e com o selo da autoridade estatal⁷⁷. Explicam-se as relações entre direito material e processo por meio da teoria circular dos planos, considerando que no Estado Democrático Constitucional, tais relações só poderiam ser dialéticas, de complementaridade, “uma teoria circular dos planos do direito material e do direito processual, de maneira que o direito material sirva ao processo e, por sua vez, seja servido por ele”⁷⁸.

⁷⁷ A toda evidência, a mudança de foco reduziria a importância da distinção entre *ação de direito material* e *ação de direito processual*. Aquela existiria sempre de modo extrajudicial, com a prática de atos independentes da atuação do juiz, até o limite permitido pela legislação, já que vedada a tutela privada, salvo raras exceções (v.g., esforço imediato para a defesa da posse, na forma do art. 1.210, parágrafo único, do Código de Processo Civil). Esta, por sua vez, seria mesmo residual, surgindo quando houvesse interesse e necessidade do pronunciamento judicial e/ou de sua atuação imperativa. Essa parece ser a lição de AMARAL, Guilherme Rizzo. *A Polêmica em torno da “Ação de Direito Material”*. In *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. MACHADO, Fábio Cardoso & AMARAL, Guilherme Rizzo. Organizadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 111-127. Em sentido diverso, porém, Humberto Theodoro Júnior, que sustenta a distinção entre o *direito à prestação jurisdicional* (relacionado com a teoria abstrata da ação, já que pode existir sem o efetivo direito subjetivo da parte) e o *direito à tutela jurisdicional* (relacionado com a teoria concreta da ação, uma vez que somente aquele que realmente fosse titular da situação de vantagem acobertada pelo direito material poderia ser tutelado, direito esse imanente ao direito material ameaça ou violado, identificado como *direito de ação material*). THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Novos Rumos do Direito Processual Civil: Efetividade da Jurisdição e Classificação das Ações – Ação Executiva Lato Sensu – Tutela de Urgência*. Revista Dialética de Direito Processual, n.º. 26, maio, 2005, p. 20-63.

⁷⁸ ZANETI JÚNIOR, Hermes, *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 85 e 210 e seguintes, p. 63. Para Carnelutti, “tra diritto e processo esiste un rapporto logico circolare: il processo serve al diritto, ma affinché serva al diritto, deve essere servito dal diritto”. CARNELUTTI, Francesco. *Profilo dei rapporti tra diritto e processo*. Revista Peruana de Derecho Procesal, Lima, vol. IV, 2001, p. 59-66. Assim José Maria Rosa Tesheiner: “Na verdade, tanto o processo quanto o direito material são instrumentos de regulação da vida social. Em alguns casos, essa regulação decorre do direito material e torna-se efetiva através do processo. Em outros, resulta diretamente do processo, casos em que, invertendo-se a assertiva corrente, pode-se dizer que o direito material é instrumento de que o processo lança mão, para fins de regulação da vida social.

Em conclusão: tanto o direito processual quanto o material constituem o que chamamos de Direito. Há uma relação de retroalimentação entre ambos. Cada um é instrumento do outro e servem ambos à regulação da vida social.” TESHEINER, José Maria Rosa. *Reflexões politicamente incorretas sobre direito e processo*. Revista Ajuris, ano XXXV, n.º. 110, junho, 2008, p. 187-194.

Nesse ambiente, importa sobremaneira o princípio constitucional do contraditório, assegurando aos litigantes sua participação no procedimento (direito fundamental de participação), na medida em que a decisão a ser proferida poderá interferir em suas esferas jurídicas⁷⁹. O processo civil, visto como instrumento democrático indispensável para a (re)construção do direito, ganha em legitimidade com a concretização do contraditório, que se mostra mesmo imprescindível ao admitirmos uma aproximação do juízo, expressão do *ordo judicarius*⁸⁰.

Naturalmente, eleva-se o papel da jurisprudência como fonte do direito⁸¹, na densificação das cláusulas gerais⁸² e na correção do direito posto⁸³, constituindo a ação um

⁷⁹ Ver autorizada doutrina que abandonou o conceito de processo como relação jurídica, visualizando-o como procedimento em contraditório. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 111-115; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 143-145, com a bibliografia indicada). De nossa parte, entende-se que a lição de Bülow permanece válida, pois compreendida na medida dinâmica do processo. BÜLOW, Oscar. *Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Tradução de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964, p. 01-04. Mesmo assim, o conceito de processo como procedimento em contraditório tem a inegável vantagem de expressar de melhor modo a referida dinamicidade processual e a solução do direito no caso concreto.

⁸⁰ PICARDI, Nicola. *Processo Civile (Diritto Moderno)*. In *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1987, vol. XXXVI.

⁸¹ Na verdade, tal não poderia deixar de ser admitido, pois decorre do próprio ordenamento positivo a possibilidade de sentenças de cunho normativo. ZANETI JÚNIOR, Hermes, *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 63. Ver, ainda, as conclusões a que chegou o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira em suas investigações TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A criação e realização do direito na decisão judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 275-292, e, em exame histórico, TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁸² Vejamos a doutrina de Judith Martins Costa: “Dotadas que são de grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar, previamente, resposta a todos os problemas da realidade, uma vez que essas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência”. MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um “sistema em construção”*: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 15, 1998, p. 129-154.

⁸³ Faceta importante a ser considerada, é que o sistema jurídico pátrio, por disposição constitucional (C.F., art. 102, I e III e art. 125, § 2º), autoriza que o Poder Judiciário exercite o controle de constitucionalidade das leis. Esse controle, bem entendido, possibilita ao Poder Judiciário dar sentido aos atos normativos do Poder Legislativo e do Executivo através da chamada interpretação conforme à Constituição ou da declaração parcial de nulidade sem redução de texto. A interpretação constitucional acaba por fazer da tutela jurisdicional constitucional (abstrata ou concreta) um elemento jurisdicional de integração do direito material. Basta verificar que as decisões definitivas de

verdadeiro direito cívico (*status activus processualis*), impondo o deslocamento de uma racionalidade teórica para uma racionalidade prática⁸⁴.

A tutela jurídica prestada no âmbito do direito processual, portanto, não corresponde necessariamente àquela prestada pelo direito material (tutela jurídica em sentido estrito), embora esta lhe sirva de guia⁸⁵. Importante compreender que são duas espécies diversas de tutelas sociais, que estão em planos distintos, ainda que diretamente interligadas e componham o mesmo sistema⁸⁶.

mérito do Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (C.F., art. 102, § 2º). Importantes estudos sobre a interpretação constitucional no Brasil podem ser encontrados em MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, p. 249-302; STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 441-541. E o que dizer das súmulas vinculantes (C.F., art. 103-A e §1º), senão que representam, ao fim e ao cabo, a integração da tutela jurisdicional constitucional (plano processual) e a tutela jurídica (plano material)? Por um aparato geral sobre o papel do juiz no direito brasileiro, embora publicado em outro contexto legislativo, ver estudo escrito há mais de 15 anos por LACERDA, Galeno. *O Juiz e a Justiça no Brasil*. Revista AJURIS, nº. 53, ano XVIII, novembro, 1991, p. 50-71.

⁸⁴ ZANETI JÚNIOR, Hermes, *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 229-230 e p. 45 e seguintes, p. 84 e seguintes.

⁸⁵ É muito importante dizer que a tutela jurisdicional está intimamente ligada com a tutela jurídica, assim como a tutela jurídica está intimamente ligada com a tutela jurisdicional. O que se pretende consignar é que o Direito é dinâmico em todas as suas manifestações, isso é, tanto no plano material como no plano processual. Ele está em constante evolução, seja por meio de normas de direito material, seja por intermédio de precedentes jurisprudenciais, seja através dos valores adotados por determinada sociedade em determinado tempo. Tudo isso está umbilicalmente conectado, de onde não se pode falar em direito estático. Se bem entendido, é o que defende Hermes Zaneti Junior em excelente ensaio científico. ZANETI JUNIOR, Hermes. *Direito Material e Direito Processual: Relações e Perspectivas – Uma Homenagem a Galeno Lacerda*. Revista Processo e Constituição, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, nº. 01, dezembro, 2004, p 245-278. Ver, também, MAFFINI, Rafael Da Cás. *Direito e Processo. In Eficácia e Coisa Julgada*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira Organizador. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 03-32.

⁸⁶ Vale ressaltar que embora interligadas, essas duas formas de tutela social são diferentes e guardam características próprias. A tutela jurídica tem como principal fonte o trabalho estatal do Poder Legislativo, enquanto a tutela jurisdicional tem como principal fonte o trabalho estatal do Poder Judiciário. A primeira busca essencialmente segurança (ou previsibilidade) nas relações sociais, ao passo que a segunda busca essencialmente a solução de conflitos concretos. Percebe-se que em ambos os casos haverá a incidência de valores e a participação da sociedade. Na tutela jurídica, é o Poder Legislativo, eleito por representação popular (participação social) quem vai elaborar as normas gerais e abstratas (tutela jurídica), que sofrem, sem dúvida, a influência dos valores sociais que imperam em determinado momento e local. Na tutela jurisdicional, é o Poder Judiciário, juntamente com as partes interessadas (participação), quem vai construir o direito para o caso concreto. Nessa construção do direito há nova incidência de

1.1.3 Tutela jurisdicional e tutela dos direitos

Debate a doutrina a respeito da melhor classificação e explicação do fenômeno da tutela jurisdicional. Para introduzir a questão, convém destacar, mesmo que em brevíssima síntese, as teorias de dois dos mais importantes processualistas contemporâneos, não obstante a existência de outras relevantes. A primeira, sustentada por Luiz Guilherme Marinoni; a segunda, por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.

Ambos juristas discorrem sobre os avanços do direito constitucional, em especial a respeito da teoria dos direitos fundamentais, bem como sua relação com o processo civil atual. Sustenta-se, então, que a tutela jurisdicional deve ser efetiva, com sua adequação às exigências do direito material, devendo, pois, dar resposta ao objeto variável da demanda jurisdicional.

Luiz Guilherme Marinoni parte do binômio *técnica processual – tutela dos direitos* para dizer que não bastaria assegurar no plano normativo a existência de um direito. Afirma que seria preciso garantir sua efetiva tutela. Salienta a diferença entre as *formas de tutela* e o direito (v.g., tutela inibitória e direito de imagem), pois a existência de um direito dependeria mesmo da consagração da respectiva *forma de tutela*. Além disso, assevera ser inadequado confundir o

valores sociais na medida em que são pesadas as versões das partes (contraditório) por um terceiro imparcial que deverá adequar a solução do caso concreto aos critérios de justiça verificados durante todo o processo, tanto na fase decisória quanto na fase executória. Seja como, a tutela jurisdicional se preocupa tanto com o direito material como com o direito processual.

exame sobre essas formas de proteção “com o problema de se saber se o processo civil é capaz de dar efetividade aos direitos, ou melhor, às *formas de tutela* prometidas pelo direito material”. A pergunta sobre a forma de tutela seria um degrau que necessariamente deveria ser ultrapassado para se chegar a problematização da efetividade do processo, considerando que este deveria se estruturar de maneira tecnicamente capaz de permitir a prestação das *formas de tutela*, de modo que, entre as *tutelas dos direitos* e as *técnicas processuais* devesse existir uma relação de adequação. Vejamos sua advertência:

Resumindo: quando se propõe o binômio técnica processual-tutela dos direitos, não se quer simplesmente reafirmar a velha estória da necessidade de adequação do processo ao direito material. Deseja-se, isto sim, a partir de uma postura dogmática preocupada com as posições jurídicas protegidas e com as formas de tutela necessárias para lhes dar proteção – e não mais apenas com as normas atributivas de direitos –, chegar a uma verdadeira análise crítica da ação e do processo, mediante a verificação da idoneidade das técnicas processuais para prestar as formas de tutela prometidas pelo direito material⁸⁷.

Salienta o necessário exercício da ação (processual) para a obtenção da tutela jurisdicional do direito, distinguindo esta da tutela jurisdicional. Naquela, somente a sentença de procedência refletiria a tutela do direito do autor. Nesta, independentemente da sentença proferida, autor e réu seriam tutelados⁸⁸. Apresenta sua teoria sobre o direito do cidadão de construir a ação adequada à tutela dos direitos, conceito distante da ação como direito de ir a

⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos*. In *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Organizadores Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 197-252.

⁸⁸ Em sentido semelhante, Humberto Theodoro Júnior distingue a prestação jurisdicional da tutela jurisdicional. “Como para usar o processo e chegar à resposta jurisdicional não se exige da parte que seja sempre o titular do direito subjetivo (tanto que a sentença de mérito pode ser contrária ao interesse de quem provocou a atuação da jurisdição), o provimento da justiça nem sempre corresponderá a *tutela jurisdicional* a algum direito. Sempre, no entanto, haverá uma *prestação jurisdicional*, porque, uma vez exercido regularmente o direito de ação, não poderá o juiz recusar-se a exarar a sentença, seja favorável ou não àquele que o exercitou”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 47ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. I, p. 61-62.

juízo⁸⁹ ou do tradicional direito abstrato de ação. Seria mesmo mais do que o direito de ação adequada ao plano do direito material, considerando que o legislador não se limitara – nem poderia – a estabelecer todas as técnicas processuais adequadas àquele plano, instituindo verdadeiras cláusulas gerais, assim como “técnicas processuais dotadas de conceitos jurídicos indeterminados, destinados a conceder ao cidadão o direito de construir a ação adequada ao caso concreto”⁹⁰.

Classifica as *formas de tutela jurisdicional do direito* em: (1) *tutela inibitória* (destinada a impedir a prática, a repetição ou a continuidade de ato ilícito – v.g., a proibição de divulgação de imagem para a proteção dos direitos de personalidade), (2) *tutela de remoção do ilícito* (destinada a remover os efeitos de uma ação ilícita que já ocorreu – v.g., busca e apreensão de produtos ou remédios novos), (3) *tutela ressarcitória na forma específica* (destinada a restabelecer a situação que existiria caso o prejuízo não houvesse sido produzido – v.g., o plantio de árvores para a mitigação do dano ambiental decorrente do respectivo corte ilegal), (4) *tutela ressarcitória pelo equivalente* (objetiva dar ao lesado o valor equivalente ao da diminuição patrimonial sofrida ou o valor equivalente ao do custo para a reparação do dano, ou ainda pode constituir uma resposta contra o dano acarretado a um direito não patrimonial – v.g., ressarcimento de dano em conformidade com seu valor pecuniário), (5) *tutela específica das obrigações contratuais de fazer e de não-fazer* (destinada a garantir o bem objeto do contrato ou o bem tal como foi contratado, sem vícios ou defeitos – v.g., ordem para obrigar ao

⁸⁹ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Tradução de Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saravia, 1946.

⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos*. In *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Organizadores Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 240.

adimplemento – diante do inadimplemento total ou parcial –, seja com o objetivo de permitir a sanção de vício de quantidade ou qualidade, que pode ocorrer até mesmo mediante a substituição do produto ou com nova execução do serviço), (6) *tutela específica voltada à obtenção da coisa* (destinada à obtenção da coisa com base no direito à posse, no domínio e na posse esbulhada, assim como as tutelas de manutenção de posse e interdito proibitório – v.g., reintegração de posse), (7) *tutela declaratória* (destinada ao reconhecimento ou não de uma relação jurídica – v.g., declaração de inexistência de dívida), e (8) *tutela constitutiva* (objetiva a constituição ou desconstituição de uma situação jurídica – v.g., desconstituição de um contrato)⁹¹.

O autor deixa claro que sua exposição tem por base as necessidades do direito material, sendo que a classificação da tutela jurisdicional dos direitos deveria mesmo ser elaborada com sua atenção voltada para aquele plano, justamente para possibilitar o debate a respeito da efetividade das técnicas processuais empregadas para a tutela prometida.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, por sua vez, destaca que não se poderia esquecer a distinção bem definida entre o plano do direito material e o plano do direito processual, nada obstante suas afinidades e conexões. Discorre a respeito dos fenômenos pertinentes ao primeiro (em especial, a esquematização do exercício do direito subjetivo) e ao segundo (em especial, o vínculo dos sujeitos processuais pelo procedimento, sempre em contraditório; os deveres/poderes do órgão judicial e os poderes, faculdades e ônus das partes; a

⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. In Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Organizadores Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 215-224.

impregnação de valores; as técnicas e os objetivos da atividade jurisdicional). Rejeita, embora considere louvável, a proposta de Luiz Guilherme Marinoni para a readequação da ação (processual), com vistas a dar maior efetividade ao processo. Diz que tal objetivo dependeria da dimensão dos poderes das partes e dos poderes/deveres do órgão judicial, da conformação e adequação do procedimento, de técnicas mais apropriadas e das formas de tutela jurisdicional, assim como de alguns fatores extraprocessuais (v.g., excesso de causas no sistema, a composição numérica adequada dos quadros que administram justiça, a formação técnica e ética de juízes, advogados, promotores de justiça, procuradores, funcionários, etc., e principalmente uma mentalidade empenhada na realização dos valores fundamentais do processo)⁹².

Aduz que o processo, embora sua finalidade (além da pacificação) de efetiva realização do direito material para se alcançar à justiça do caso concreto, não seria mero instrumental, pois revelaria um valor próprio, ao estabelecer as formas – inclusive as formas de tutela – com que se poderia tornar efetivo o direito material. Este interferiria na conformação do processo, impondo sua adequação *subjetiva* (vinculada aos sujeitos), *objetiva* (vinculada à matéria objeto do processo) e *teleológica* (vinculada às finalidades), destacando que a situação substancial também interferiria na adoção da tutela jurisdicional, pois sempre existiria uma relação de adequação entre a maneira como se efetivaria ou poder-se-ia efetivar o direito material e os meios por ele empregados.

⁹² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Direito Material, Processo e Tutela Jurisdicional. In Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdiciona na perspectiva das relações entre direito e processo*. Organizadores Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 285-319.

Apresenta, então, sua classificação sobre as formas de tutela jurisdicional: (1) *tutela declaratória* (para afastar a incerteza objetiva a respeito da existência ou inexistência de alguma relação jurídica), (2) *tutela constitutiva* (vinculada aos direitos que determinam a modificação jurídica em sentido *lato* – criar, extinguir, alterar a situação jurídica –, v.g., a anulação ou nulidade do negócio jurídico, a dissolução da sociedade conjugal, renovação do contrato de locação), (3) *tutela condenatória* (destinada a satisfazer as obrigações pecuniárias não adimplidas), (4) *tutela mandamental* (para os deveres de abstenção decorrentes dos direitos de personalidade e para as obrigações de fazer e não fazer, quando se atua sobre a vontade, e não sobre o patrimônio do requerido, sendo, em princípio, a mais adequada para a tutela preventiva, com vistas a impedir o ilícito, a lesão ou o agravamento da lesão), e (5) *tutela executiva lato sensu* (afeiçoada às obrigações de entregar e de restituir, assim como ao dever de restituir coisa certa, como sucede com o desrespeito ao direito de posse decorrente da propriedade, sendo adequada também nas obrigações de prestar declaração de vontade, em que a atividade do devedor é totalmente substituída pela sentença, *etc.*).

Destaca o jurista que, do ponto de vista material, a tutela jurisdicional atua por meio dos verbos declarar, condenar, constituir, mandar e executar para o reconhecimento e realização do direito material, mas em nível qualitativo diverso do direito material. Vejamos:

Nenhum desses verbos existe no plano do direito material, porque são imanescentes ao império e imparcialidade pressupostos pelo exercício da jurisdição. E isso porque, embora o direito material constitua, certamente, a matéria-prima com qual trabalha o juiz, este ao exercer sua tarefa a transforma. A tutela jurisdicional não apresenta assim o direito material em estado puro, mas algo de mais, de qualitativamente diverso. A sua força e eficácia são outros (diversas do direito material, não “jurisdicionalizado”), pois se trata de obra de criação e de autoridade, embora nessa matéria exerça o direito material

inegavelmente forte influência. Além disso, em alguns casos, trata-se de reconstruir, com técnicas adequadas, o caminho vedado ao particular.

Aliás, a questão da reconstrução e criação do direito, no plano jurisdicional, vem sendo objeto de constante consideração da filosofia do direito atual. Cada vez mais se firma o entendimento de que o intérprete, o aplicador do direito, entre eles o juiz, chamado intérprete autêntico (kelsen), interpreta não normas, mas textos normativos e representações fáticas. O produto da interpretação (= aplicação) do direito “tem caráter constitutivo – não meramente declaratório, pois – e consiste na produção, pelo intérprete, a partir dos textos normativos e dos fatos atinentes a um determinado caso, de normas jurídicas a serem ponderadas para a solução desse caso, mediante a definição de uma norma de decisão. *Interpretar*, é, assim, dar concreção (= concretizar) ao direito. Neste sentido, a interpretação (= interpretação/aplicação) opera a inserção do direito na realidade; opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção na vida”.

(...)

Quando se fala em tutela ressarcitória, inibitória, etc. já se está no plano do direito material, fora do processo, seja porque o ressarcimento e a inibição estavam abstratamente previstos nessa esfera (v.g., arts. 12 e 186 e 927 do Código Civil), seja porque constituem a consequência da tutela jurisdicional prestada, cujo comando se projeta no plano do direito material, na esfera substancial das partes. Tanto é assim que essa consequência não é alcançada pela tutela ressarcitória, inibitória ou qualquer outra espécie de tutela de direito material, mas única e exclusivamente pela tutela jurisdicional, por meio do comando declaratório, condenatório, constitutivo, mandamental ou executivo *lato sensu*. Atribuir essa função à tutela de direito material implica manifesta confusão dos dois planos: o do direito processual e o do direito material. Significativo, por sinal, é que os cultores dessa corrente nunca desenvolvem seu raciocínio levando em conta as tutelas declaratória e constitutiva, em que mais claramente aparece a distinção entre os dois planos, porque desde logo se apreender a impossibilidade de declaração ou constituição no plano do direito material. Mas não se passa de forma diferente em relação às demais tutelas, como antes se demonstrou⁹³.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira é claro ao sustentar que a classificação da tutela jurisdicional não poderia ser baseada nos direitos (ou tutelas) previstos no plano do direito material, considerando que o fenômeno seria de direito processual, sendo indispensável manter a distinção entre os planos.

⁹³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Direito Material, Processo e Tutela Jurisdicional*. In *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdiciona na perspectiva das relações entre direito e processo*. Organizadores Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 293-294 e p. 313.

Luiz Guilherme Marinoni rebate essas colocações, destacando que a razão de ser da classificação das tutelas parte da premissa de que as normas atributivas de direitos não bastariam, já que a titularidade de um direito dependeria mesmo da existência de formas para a sua tutela, motivo pelo qual a ação, como meio através do qual se poderia exigir uma dessas formas de tutela, deveria ser estruturada de modo adequado para alcançar seu objetivo. Diz, então, que a classificação proposta por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira não atribuiria às tutelas jurisdicionais qualquer significado de resultado capaz de expressar seus efeitos jurídicos e conteúdos variáveis idôneos para dar resposta ao objeto variável da demanda. Na verdade, segundo o jurista, a classificação baseada nos verbos declarar, constituir, condenar, mandar ou executar referir-se-ia às sentenças, sendo que estas não passariam de técnicas para a efetivação das diversas formas de tutela jurisdicional dos direitos⁹⁴.

Critica a chamada tutela condenatória, porque imprestável, na medida em ficaria a meio caminho, criando apenas condições jurídicas, com a constituição do título executivo, para posterior satisfação mediante a atividade executiva. Para o autor, “não há como entender a *condenação como tutela*, mas apenas como um *meio técnico processual* destinado a viabilizar a *satisfação, ou seja, a tutela ressarcitória*”⁹⁵.

Questiona, também, as “tutelas mandamental e executiva”, porque a afirmação de que satisfazem no mesmo processo por meio de atos materiais aptos a produzir alterações no

⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. In Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Organizadores Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 249.

⁹⁵ *Idem*, p. 250.

mundo fático não se referiria ao modo e ao local onde as “tutelas satisfazem”, mas a como e a onde as “sentenças satisfazem”. Diz que a sentença mandamental, por exemplo, poderia prestar tutela inibitória ou tutela ressarcitória na forma específica, mas isso não importaria em considerá-la como forma de tutela jurisdicional, na medida em que teríamos uma única forma de tutela produzindo resultados substanciais completamente diferentes. As técnicas processuais estariam sendo chamadas de tutela jurisdicional, “esquecendo-se os resultados do processo no plano do direito material – esses sim as formas de tutela”. E arremata:

Sublinhe-se que a pretensão processual tem duas faces, constituindo a tutela jurisdicional do direito de resposta à pretensão à tutela jurisdicional do direito, e não resposta à pretensão à sentença. Apenas a pretensão à tutela jurisdicional do direito, e não a pretensão à sentença, possui um conteúdo variável capaz de influir sobre a utilização das técnicas processuais – por exemplo, das sentenças e dos meios executivos.

Porém, o que realmente importa é que as formas de tutelas jurisdicionais dos direitos são exigidas e prometidas pelo direito material, nada tendo a ver com as sentenças e com os procedimentos. Falar em tutela jurisdicional dos direitos implica assumir uma postura dogmática preocupada com uma forma peculiar de pensar o direito material e a sua relação com o direito processual. Nessa dimensão, frisa-se que a titularidade de um direito deve significar uma posição juridicamente protegida, para a qual são imprescindíveis formas de tutela ao direito. Vale dizer que importa mais do que afirmar que existe direito ao meio ambiente sadio, saber que há direito à tutela inibitória e à tutela ressarcitória na forma específica, assim como vale mais do que estabelecer que há direito à honra, deixar claro que há direito à tutela inibitória e à tutela ressarcitória em razão do dano moral. Apenas depois é que entra em cena o problema da adequação das técnicas processuais para a prestação de tais tutelas. Em suma, não há como pensar em tutela jurisdicional sem separar as várias formas de tutela dos direitos exigidas e prometidas pelo direito material das técnicas processuais que devem viabilizar sua preparação⁹⁶.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira reafirma que tutela jurisdicional seria proteção, defesa do direito, resolução da crise sofrida pelo direito material, e destaca que essa proteção seria prestada por meio do processo, durante toda a atividade processual. Por isso ela não se

⁹⁶ *Ibidem*, p. 251.

resumiria à sentença e seus efeitos, embora estes ostentassem grande significado em tema de tutela jurisdicional e sua classificação, porque os efeitos tenderiam a se realizar no mundo sensível, circunstância fundamental para o retorno ao direito material, ao *posterius* que seria a tutela do direito. E destaca: “a tutela do direito é momento imediatamente posterior ao último ato da tutela jurisdicional. Assim, por exemplo, a entrega do dinheiro satisfaz o direito do autor, produzindo-se em consequência a tutela do direito, o ressarcimento”⁹⁷.

O autor incluiria no conceito de tutela jurisdicional também a eficácia da sentença, primeiro porque indispensável para a produção do efeito ou dos efeitos. Depois, porque a estabilidade da tutela jurisdicional dispensada repousaria justamente na eficácia da sentença, sem o que não se poderia cogitar de real efetividade (relacionada, aqui, ao valor segurança).
Critica, então, aquela doutrina:

Distancia-se desse modo de ver o problema Luiz Guilherme Marinoni. As formas de tutela pertencem ao plano do direito material. No plano do direito processual, há técnicas – por exemplo, técnica antecipatória e sentença mandamental. Por isso rejeita a existência de tutela mandamental, condenatória, etc. e prefere falar em tutela inibitória, ressarcitória, etc. Essas, ligadas ao resultado do processo, aos efeitos da sentença, passam a desempenhar o papel atribuído por Dinamarco, Bedaque e Yarshell à tutela jurisdicional. Por sua vez – com a acentuação excessiva do elemento material e o apoucamento do elemento jurisdicional – aquilo que esses juristas designam, com a minha adesão, de tutela declaratória, condenatória etc., acaba na visão de Marinoni por ser equiparado ao ato sentencial.

Todavia, como antes procurei demonstrar, a tutela material (inibitória, ressarcitória etc.) é prevista em abstrato no plano do direito material e só se concretiza depois de esgotada a função jurisdicional, num retorno qualificado ao plano do direito material, configurando-se então não mais como tutela jurisdicional, e sim como tutela do direito. Nada obstante, o que importa no plano do direito processual é a tutela jurisdicional, fenômeno próprio desse plano, regida pelos elementos inerentes ao processo, especialmente a imperativa

⁹⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Direito Material, Processo e Tutela Jurisdicional*. In *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdiciona na perspectiva das relações entre direito e processo*. Organizadores Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 316.

adequação ao direito material, os sobreprincípios da efetividade e da segurança, e o princípio dispositivo em sentido material. E isso porque, com o monopólio da jurisdição pelo Estado, não há outra forma possível de reconhecimento e realização quando entre em crise o direito material: a tutela jurisdicional, assim como o processo, é instrumental em relação à tutela do direito.

A postura metodológica adotada por Luiz Guilherme Marinoni transfere para o plano do direito material o que é insito ao direito processual, com o grave inconveniente de afastar os princípios próprios desse plano. Além disso, tende a retirar todo o elemento axiológico do direito processual, que passa a ser visto mais como técnica do que como realmente é: fenômeno cultural e posituação do poder, necessariamente embebido em valores (justiça, segurança, efetividade etc.). O perigo de tal visualização do problema está em dar força a uma concepção predominantemente tecnoburocrática do fenômeno processual, despida de carga axiológica, o que acarreta o risco de uma efetividade perniciosa, em detrimento da efetividade virtuosa, ao contrário do que seria desejável. A importância decisiva do aspecto axiológico pode ser bem compreendida se atentarmos, no trato do problema da tutela jurisdicional, à importância dos sobreprincípios da efetividade e da segurança. Nessa matéria, como de resto em todo o direito processual, um e outro exercem papel relevantíssimo, que de modo nenhum pode ser afastado ou ignorado⁹⁸.

A exposição dessas autorizadas manifestações, embora de modo incompleto, serve bem para ilustrar o assunto e o pensamento de cada um dos autores. De um lado, Marinoni preocupa-se com a efetiva tutela dos direitos, por isso parte do direito material (justamente aonde se encontram essas formas de tutela) para investigar a respeito da adequação das técnicas processuais às necessidades de tutela dos direitos. De outro, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira também se preocupa com a imprescindível tutela dos direitos, mas parte do processo, como instrumento de realização da tutela jurisdicional, investigando sua adequação às exigências do direito material, sem deixar de atender aos sobreprincípios da efetividade e da segurança. Sem sombra de dúvida, esses posicionamentos são da mais alta relevância. Suas preocupações são legítimas e, em princípio, não excludentes. Evidentemente, considerando que o critério adotado como ponto de partida para cada uma dessas classificações é diverso, seria pouco provável que chegassem ao mesmo destino.

⁹⁸ *Idem*, p. 315-316.

Luiz Guilherme Marinoni investiga o tema da tutela jurisdicional dos direitos, fenômeno voltado ao direito material, que enxerga no processo um campo de aplicação de técnicas destinada à realização daqueles direitos. Pode-se dizer que sua classificação tem como critério um dos escopos do processo civil, sendo formulada em razão da *finalidade material* da atividade jurisdicional.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira examina o assunto por outro ângulo. Leva em conta o direito material, o papel dos sujeitos processuais, a natureza procedimental, dialética, valorativa e construtiva da tutela jurisdicional, mas não a limita ao tema da tutela dos direitos. Pode-se dizer que sua classificação (mais abrangente) tem por critério o *modo de atuação da tutela jurisdicional*, sendo que a respectiva nomenclatura de suas formas (vinculadas aos verbos declarar, constituir, condenar, mandar e executar) refere-se a uma daquelas atividades mais importantes desempenhada no procedimento, considerando que é o resultado de todo o diálogo judicial.

Destaca-se que outras classificações são possíveis, considerando especialmente o critério escolhido. Por exemplo, quanto à *função*, a tutela jurisdicional pode ser dividida em *tutela preventiva* e *tutela sancionatória*. Aquela destinada a agir contra o ato contrário ao direito e, conseqüentemente, contra o dano; enquanto esta é destinada a reprimir o ato contrário ao direito, removendo-o (especialmente os efeitos que se propagam), ou aplicando sanções em

decorrência do dano conseqüente, quer sob a forma primária da restituição específica ao estado anterior, quer sob as formas secundárias da reparação ou do ressarcimento⁹⁹.

Nenhuma dessas classificações é descartável. Pelo contrário, formuladas de modo coerente com o critério adotado, são extremamente úteis ao desenvolvimento da ciência processual. Quanto àquelas duas aqui comentadas, é inegável que possuem vantagens. A proposta por Luiz Guilherme Marinoni expõe de modo específico o problema da tutela dos direitos e sua relação com as técnicas processuais existentes, havendo evidente utilidade prática na medida em que se mostra capaz de confrontar o binômio *técnica processual-tutela dos direitos*, o que pode gerar bons resultados em prol da efetividade do instrumento¹⁰⁰. A proposta por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, por sua vez, demonstra que, no processo, esses “direitos” estão em estado de afirmação, sendo que o valor efetividade deve ser sempre ponderado e confrontado com o valor segurança, o que, sem dúvida, é útil ao objetivo de se construir a decisão justa e concretizá-la de modo adequado ao caso concreto, consoante o paradigma vigente do formalismo-valorativo¹⁰¹.

⁹⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva*. Revista Brasileira de Direito Processual, vol. 18, 2º trimestre, 1979, Forense, Rio de Janeiro, ano V, p. 123-132.

¹⁰⁰ No mesmo sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2004, v. I, p. 136-137.

¹⁰¹ Coube ao professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira o exame atento das influências axiológicas que recaem sobre o procedimento e sobre todo o processo, inaugurando o novo paradigma do formalismo-valorativo ao apresentar as idéias avançadas a respeito do equilíbrio entre o valor segurança e o valor efetividade e sobre o papel cooperativo das partes e do juiz. O clássico: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003. Ver, também, MITIDIERO, Daniel Francisco. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o Direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Tese de doutorado, 2007.

Podem ser apontados “inconvenientes” aparentes nas duas classificações, justamente em função do critério adotado. A tutela jurisdicional dos direitos (Marinoni), resume o processo à técnica, deslocando seu caráter axiológico para o próprio direito material, o que pode corroborar para o crescimento do valor efetividade em detrimento do valor segurança (destaca-se que parece ser justamente este o seu objetivo: encontrar o meio mais *efetivo* para a tutela dos direitos¹⁰²). A classificação de tutela jurisdicional (Carlos Alberto Alvaro de Oliveira), visualizando todo seu modo de atuação, mostra-se mais ampla (e, por conseguinte, menos específica), postergando o exame da efetividade dos meios processuais para o caso concreto, deixando de examinar a pertinência das técnicas processuais em abstrato, não obstante jamais descuide do atento exame da adequação do instrumento (conflito segurança x efetividade).

De nossa parte, aderimos à doutrina de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, considerando o critério adotado, pois coloca a questão perante toda a atividade jurisdicional, exaltando acertadamente o necessário equilíbrio entre o valor efetividade e o valor segurança, de modo a compreender todo o caráter axiológico que a permeia. Destacam-se as atuações diversas dos dois planos, que prestam tutelas jurídicas diferentes, o que favorece para desvendar o fenômeno da tutela jurisdicional de modo mais fecundo, dinâmico, na medida em que o resultado final da tutela jurisdicional representa um retorno ao direito material como algo novo, alterado qualitativamente¹⁰³. A postergação do exame da adequação das técnicas apenas no caso

¹⁰² A toda evidência, a doutrina de Marinoni encara o processo pelo ângulo da teoria concreta do direito de ação, pois foi elaborada com base na real existência do direito subjetivo afirmado, ou seja, trata de discutir a respeito das formas efetivas de proteção de um direito verificado. Não é esse, porém, o terreno do processo, em que os fatos e o direito estão em estado de afirmação, na visão dinâmica e dialética da relação processual.

¹⁰³ Nesse sentido, Hermes Zaneti Júnior: “Quanto à doutrina da ‘tutela dos direitos’ na perspectiva material e da ação de direito material, sua validade sem dúvida se deve à era pandectista (*usus modernus pandectarum*) e ao momento de afirmação dos direitos privados. Aceitá-la hoje, incondicionalmente e sem as reservas necessárias,

concreto não se revela uma crítica pertinente. Aliás, pode-se dizer que isso é mesmo desejável, pois não ignora a tensão entre efetividade e segurança, e, ao mesmo tempo, partindo da lei processual, possibilita o desenvolvimento procedimental peculiar de cada demanda de acordo com o objeto nela discutido, os sujeitos envolvidos e sua finalidade.

1.1.4 Formas de tutela jurisdicional

Pode-se compreender a tutela jurisdicional como uma espécie de tutela das pessoas, das situações jurídicas e dos interesses juridicamente protegidos em que o Estado constrói o direito juntamente com as partes¹⁰⁴, utilizando como matérias-primas as normas gerais e abstratas (direito material), os valores sociais (critérios de justiça) e os fatos trazidos pelos litigantes ao seu conhecimento (atividade cognitiva), realizando-o imperativamente por instrumentos/técnicas que devem estar em consonância com o devido processo legal (atividade executiva) e garantindo sua estabilidade (coisa julgada). Suas formas são aquelas expostas por

resultaria retirar a validade da afirmação de que a iniciativa do processo judicial se coloca nele mesmo, no senso de que é a sua característica juspublicística que governa o seu desenvolvimento (em contraditório) e o provimento de mérito. Ou seja, que essa característica projeta sua própria eficácia nas situações jurídicas substanciais por ‘força própria’ decorrente da soberania do Estado-Juiz e da legitimação pelo procedimento ligada à ‘pretensão de correção’.

Como expressivamente marcou Fazzalari, ‘não por certo em virtude de uma norma de direito privado’. Marinoni prestou valiosa contribuição, ao extremar a ‘tutela dos direitos’ da ‘técnica processual’; com isso, teríamos preservadas as eficácias sentenciais como técnicas processuais (inclusive a eficácia mandamental) para atingir a tutela dos direitos (e.g., tutela inibitória), um passo importante, mas que entende-se ainda não alcançar a realidade fática do processo, a potencialidade criativa do mesmo na teoria circular dos planos”. ZANETI JÚNIOR, Hermes, *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 216-217.

¹⁰⁴ Sobre a problemática do conceito de parte, ver, nessa visão dinâmica do processo, KOPLIN, Klaus Cohen. *Considerações críticas sobre o conceito de ‘parte’ na doutrina processual civil*. Revista da Faculdade de direito Ritter dos Reis, vol. 6, março, 2003, p. 271-295.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (tutela declaratória¹⁰⁵, tutela constitutiva¹⁰⁶, tutela condenatória¹⁰⁷, tutela mandamental¹⁰⁸ e tutela executiva *lato sensu*¹⁰⁹), seguindo as técnicas executivas: expropriatória ou coercitiva¹¹⁰.

¹⁰⁵ O tema da tutela jurisdicional declaratória traz grandes discussões teóricas e práticas. Vale ressaltar a polêmica a respeito da possibilidade de se “executar” uma sentença declaratória quando houver dano. Remete-se o leitor a alguns textos interessantes que tratam dessa modalidade de tutela jurisdicional. Ver, entre outros, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças*. In *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, oitava série, 2004, p. 125-142; ZAVASCKI, Teori. *Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados*. In *Eficácia e Coisa Julgada*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira Organizador. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 141-140; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, t. I, p. 197-202.

¹⁰⁶ Também a tutela constitutiva acarreta interessantes discussões, como a eficácia, se *ex nunc* ou *ex tunc*, da decisão que cria, modifica ou extingue uma relação jurídica, valendo mencionar alguns textos interessantes: AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério Científico para distinguir a prescrição e para identificar as ações imprescritíveis*. Revista dos Tribunais, ano 86, v. 744, outubro, 1997, p. 725-750; ZANETI JUNIOR, Hermes. *A eficácia constitutiva da sentença, as sentenças de eficácia preponderantemente constitutiva e a força do comando judicial*. In *Eficácia e Coisa Julgada*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira Organizador. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 91-114; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, t. I, p. 202-209.

¹⁰⁷ Ver, entre outros, a exposição sistemática das principais teorias em PACHECO, José da Silva. *Tratado das Execuções: Ações Executivas*. Rio de Janeiro: Borsoi, v. I, 1959, p. 34-82. Ver, também, BAGGIO, Lucas Pereira. *Formas de Tutela Jurisdicional e a Tutela Condenatória*. In *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis*. Coordenação José Maria Rosa Tesheiner, Mariângela Milhoranza e Sérgio Gilberto Porto. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 433-480; MALACHINI, Edson Ribas. *As ações (e sentenças) condenatórias, mandamentais e executivas*. Revista Forense, ano 101, vol. 379, maio-junho, 2005, p. 61-95; DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. *Ação condenatória: estrutura e função (algumas reflexões)*. Revista do Advogado, n.º. 40, São Paulo, 1993, p. 44-47; TESHEINER, José Maria Rosa. *Execução Civil (Um estudo fundado nos Comentários de Araken de Assis)*. Revista de Processo, ano 26, n.º. 102, abril-junho, 2001, p. 24-54; ASSIS, Araken. *Sobre a execução civil (réplica a Tesheiner)*. Revista de Processo, ano 26, n.º. 102, abril-junho, 2001, p. 9-24; MITIDIERO, Daniel Francisco. *A pretensão de condenação*. Revista Jurídica, n.º. 292, fevereiro, 2002, p. 39-50.

¹⁰⁸ Sobre a tutela mandamental, ver, entre outros, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Sentença mandamental. Da Alemanha ao Brasil*. Revista de Processo, ano 25, n.º. 97, janeiro-março, 2000, p. 251-264; MESQUITA, José Ignácio Botelho. *A sentença mandamental*. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br>>, acesso em 10 de dezembro de 2005; CAMERINI, Fabrizio. *Sentenças Mandamentais*. In *Eficácia e Coisa Julgada*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira Organizador. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 141-154; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, t. I, p. 211; RIBEIRO, Darci Guimarães. *A garantia constitucional do postulado da efetividade desde o prisma das sentenças mandamentais*. Estudos Jurídicos, Universidade do Vale dos Sinos, vol. 39, n.º. 2, jul./dez., 2006, p. 81-90.

¹⁰⁹ Adverte Barbosa Moreira que “só tem sentido acrescentar a qualquer denominação o complemento *lato sensu* caso se conceba a existência de algo a cujo respeito possa usar a mesma denominação com o complemento *stricto sensu*: ali estar-se-ia aludindo ao gênero, aqui a uma espécie. Quem quer que se refira a ‘sentença executiva *lato sensu*’ deve, pois, esclarecer em que consiste a espécie ‘sentença executiva *stricto sensu*’ e indicar a diferença específica que a caracterizaria. Sem tal cuidado, aquela expressão soa inexpressiva, para não dizer carente de sentido. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Sentença Executiva?* In Revista de Processo, n.º. 114, ano 29, março-abril, 2004, p. 145-162. A mesma crítica poderia ser feita à nomenclatura *tutela jurisdicional executiva lato sensu*. No entanto, considerando, pois, que se trata de expressão já consagrada na ciência processual, mantém-se o emprego do termo, que vai adotado para diferenciar aquela da tutela executiva desenvolvida nos processos de

A tutela jurisdicional declaratória busca a segurança diante de crise de certeza sofrida pela relação jurídica objeto da declaração, ou a possibilidade de falsidade ou não-autenticidade de documento (CPC, art. 4º, I e II¹¹¹). Espera-se do vencido um comportamento passivo, de modo a respeitar o preceito. Sua satisfação decorre da própria tutela, oriunda do provimento sentencial prescritivo¹¹².

A tutela jurisdicional constitutiva faz mais do que declarar¹¹³, proporciona “o surgimento de uma nova situação jurídica ao criar, modificar ou extinguir estado ou relação jurídica de direito material entre as partes”, sendo adequada para a proteção de direitos potestativos¹¹⁴.

execução específicos, baseados em título executivo extrajudicial. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Aberto. *Ainda o problema da Classificação Quinária das Tutelas Jurisdicionais*. Revista Magister de direito Civil e Processual Civil, nº. 24, maio/jun., 2008, p. 98-110, nota 16. Mais sobre o tema em ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti de. *Sentença Executiva Lato Sensu. In Eficácia e Coisa Julgada*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira Organizador. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 155-184.

¹¹⁰ Adotando a classificação trinária das ações THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Novos Rumos do Direito Processual Civil: Efetividade da Jurisdição e Classificação das Ações – Ação Executiva Lato Sensu – Tutela de Urgência*. Revista Dialética de Direito Processual, nº. 26, maio, 2005, p. 20-63. Admitindo a classificação quinária das ações e das sentenças (examinando o ponto, portanto, por ótica um pouco diversa), além daqueles já citados, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6ª edição, atualizada e ampliada. Revista dos Tribunais, 2007, p. 91-103.

¹¹¹ Art. 4º O interesse do autor pode limitar-se à declaração:

I - da existência ou da inexistência de relação jurídica;

II - da autenticidade ou falsidade de documento.

Parágrafo único. É admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito.

¹¹² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Aberto. *Ainda o problema da Classificação Quinária das Tutelas Jurisdicionais*. Revista Magister de direito Civil e Processual Civil, nº. 24, maio/jun., 2008, p. 98-110.

¹¹³ Como ensina PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, t. I, p. 202-209.

¹¹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Novos Rumos do Direito Processual Civil: Efetividade da Jurisdição e Classificação das Ações – Ação Executiva Lato Sensu – Tutela de Urgência*. Revista Dialética de Direito Processual, nº. 26, maio, 2005, p. 20-63.

A tutela jurisdicional condenatória é própria e exclusiva das obrigações pecuniárias, chamadas antigamente de obrigação de dar dinheiro (CPC, art. 475-J¹¹⁵). Em um primeiro momento, atua de modo a preservar o valor segurança, já que se mostra necessário prévio acertamento a respeito da existência da obrigação. Ultrapassada essa fase, espera-se do vencido que seu comportamento seja ativo, consistente no pagamento do valor correspondente, sob pena de serem praticados atos de execução forçada em busca da completa realização prática. Em geral, justamente porque sua satisfação se dá diante de bens do patrimônio do devedor, utiliza-se a técnica da sub-rogação, assegurando o contraditório ao executado, de modo a participar da penhora e da escolha do bem penhorado, sobre eventual avaliação deste bem, sobre o depósito e a figura do depositário, sobre a administração do bem penhorado, sobre a própria correção da execução, *etc*¹¹⁶. Trata-se, pois, de proteção jurisdicional que serve ao equilíbrio entre o valor efetividade e o valor segurança, pois antes de serem praticados atos executivos – agredindo-se a esfera patrimonial do devedor de modo definitivo – é preciso que, em regra, se

¹¹⁵ Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

§ 1º Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

§ 2º Caso o oficial de justiça não possa proceder à avaliação, por depender de conhecimentos especializados, o juiz, de imediato, nomeará avaliador, assinando-lhe breve prazo para a entrega do laudo. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

§ 3º O exequente poderá, em seu requerimento, indicar desde logo os bens a serem penhorados. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

§ 4º Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no caput deste artigo, a multa de dez por cento incidirá sobre o restante. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

§ 5º Não sendo requerida a execução no prazo de seis meses, o juiz mandará arquivar os autos, sem prejuízo de seu desarquivamento a pedido da parte. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

¹¹⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Aberto. *Ainda o problema da Classificação Quinária das Tutelas Jurisdicionais*. Revista Magister de direito Civil e Processual Civil, nº. 24, maio/jun., 2008, p. 98-110.

declare com certa margem de segurança a existência da relação jurídica entre o autor e o réu e que se imponha o dever deste de cumprir com sua obrigação de pagar¹¹⁷.

A tutela jurisdicional mandamental é apropriada para as obrigações de fazer e de não fazer, vinculada à proteção de direitos absolutos (CPC, art. 461¹¹⁸). Assemelha-se à tutela jurisdicional condenatória em dois pontos: (1) exige prévio accertamento sobre a existência da obrigação ou do dever, impondo-se uma prestação, e (2) espera-se do obrigado que seu comportamento seja ativo, com o respectivo cumprimento daquilo que for devido. Por outro lado, a tutela mandamental não poderia ser qualificada como mera espécie da tutela condenatória, porque sua lógica é diversa, justamente em razão do direito material que lhe é inerente¹¹⁹. Trata-se de obrigação que depende da vontade do devedor, não sendo possível

¹¹⁷ BAGGIO, Lucas Pereira. *Formas de Tutela Jurisdicional e a Tutela Condenatória. In Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis*. Coordenação José Maria Rosa Tesheiner, Mariângela Milhoranza e Sérgio Gilberto Porto. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 433-480.

¹¹⁸ Art. 461. 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. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

¹¹⁹ Em sentido diverso, porém, THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Novos Rumos do Direito Processual Civil: Efetividade da Jurisdição e Classificação das Ações – Ação Executiva Lato Sensu – Tutela de Urgência*. Revista

satisfazê-la por atos exclusivamente estatais, com a agressão ao patrimônio daquele. Nesse sentido, sua realização em caso de não cumprimento espontâneo se dá por meio de execução indireta, com a aplicação de meios de coerção, meios que conduzam a resultado prático equivalente.

A tutela jurisdicional executiva *lato sensu*, por sua vez, age sobre o patrimônio e não sobre a vontade do obrigado, sendo adequada às obrigações de dar coisa e ao dever de restituir coisa (CPC, art. 461-A¹²⁰), Naqueles casos, espera-se comportamento ativo do vencido, cumprindo a obrigação ou o dever, sob pena de sofrer execução, geralmente forçada, promovida por meios sub-rogatórios. Os atos expropriatórios atingem o patrimônio do próprio credor, retirando a coisa que está, contrariamente ao direito, na esfera jurídica do demandado. Distingue-se da tutela jurisdicional condenatória, já que nesta a satisfação ocorre por meio de

Dialética de Direito Processual, nº. 26, maio, 2005, p. 20-63. Diz o jurista que não seria razoável distinguir as sentenças condenatórias das executivas e mandamentais, especialmente porque haveria desencontro no próprio critério classificatório, uma vez que aquela seria classificada pelo conteúdo e estas pelo efeito. Desse modo, existiriam apenas três tipos de sentença: declaratória, constitutiva e mandamental. No entanto, não se trata de classificar uma sentença unicamente, mas de compreender *todo o modo de atuação da tutela jurisdicional*, com o que se revela bastante significativo o equilíbrio do valor segurança com o valor efetividade, levando sempre em conta as necessidades do direito material. Assim, não se estaria a utilizar critérios classificatórios heterogêneos, pois não estaria classificando unicamente o provimento judicial, com o que não se busca examinar seu conteúdo ou seus efeitos, embora tal tarefa se mostre importante e, sob esse ângulo, é pertinente a crítica (que foi originalmente promovida por BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças*. In *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, oitava série, 2004, p. 125-142). Aqui, por outro lado, classifica-se a tutela jurisdicional pelo seu modo de atuação, critério mais amplo, que busca o equilíbrio entre a segurança e a efetividade durante toda a sistemática do procedimento.

¹²⁰ Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 1º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

agressão ao patrimônio alheio, impondo-se, portanto, maiores possibilidades de defesa. Difere da tutela jurisdicional mandamental porque esta trata de ato necessariamente estatal, enquanto aquela trata de ato substitutivo da atividade privada. A tutela jurisdicional executiva *lato sensu* também se presta para atender à obrigação de prestar declaração de vontade (CPC, artigos 466-A, 466-B e 466-C¹²¹). Nesses casos, o comportamento do vencido é irrelevante, já que o comando sentencial produz todos os efeitos necessários para suprir a crise decorrente do plano do direito material¹²².

Essa classificação não é arbitrária, pois pretende atender aos princípios da efetividade e da segurança, ambos constitucionalmente garantidos. Busca observar, também, à situação jurídica substancial afirmada (critério material), pois, segundo a lição de Fazzalari, o direito material incidiria nos atos processuais como fonte de legitimação do próprio processo, inclusive sobre as técnicas processuais a serem empregadas no desenvolvimento da atividade jurisdicional¹²³. Percurso que será moldado

¹²¹ Art. 466-A. Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

Art. 466-B. Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

Art. 466-C. Tratando-se de contrato que tenha por objeto a transferência da propriedade de coisa determinada, ou de outro direito, a ação não será acolhida se a parte que a intentou não cumprir a sua prestação, nem a oferecer, nos casos e formas legais, salvo se ainda não exigível. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

¹²² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Aberto. *Ainda o problema da Classificação Quinária das Tutelas Jurisdicionais*. Revista Magister de direito Civil e Processual Civil, nº. 24, maio/jun., 2008, p. 98-110.

¹²³ “Il diritto sostanziale è presente in quel paradigma e v’incide come componente della situazione che legittima vuoi gli atti di parte, vuoi quelli dell’ufficio; e che di tali coordinamento (fra atti del processo e diritto) si possono cogliere più gradi, passando dall’asserzione del diritto, la quale legittima gli atti preparatori delle parti e del giudice nel processo di cognizione, all’accertamento del diritto, che legittima nel processo di cognizione, la sentenza de accoglimento, e nel processo di esecuzione, tutta la serie procedurale”. FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957, p. 108. Ver, também, do mesmo autor, *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução da 8ª edição por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 329 e seguintes.

com a influência de aspectos culturais (história, ideologia, estratégia de poder, *etc.*) inerentes a sua concepção e relacionados com determinada sociedade, em determinados tempo e espaço¹²⁴.

Essas as premissas adotadas, que vão ao encontro do paradigma vigente do formalismo-valorativo, para a divisão do ordenamento jurídico em dois planos distintos, afastando-a das teorias da ação e aproximando-a das diversas formas de proteção jurídica, que integram o mesmo sistema e são responsáveis por sua segurança (especialmente a tutela jurídica, pois prévia, geral e abstrata¹²⁵) e por sua constante evolução e dinamicidade (especialmente a tutela jurisdicional, pois está diretamente em contato com os conflitos sociais e com a realidade social, impondo respostas rápidas e concretas para os novos problemas¹²⁶).

Nossa investigação, agora, volta-se para a urgência como situação da vida que se entende merecedora de proteção jurídica. Analisar-se-á sua definição, delimitando sua

¹²⁴ BAGGIO, Lucas Pereira. *Formas de Tutela Jurisdicional e a Tutela Condenatória. In Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis*. Coordenação José Maria Rosa Tesheiner, Mariângela Milhoranza e Sérgio Gilberto Porto. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 433-480.

¹²⁵ Vale ressaltar o esforço que se tem dado, no plano do direito processual, em busca de segurança ou *previsibilidade* (como prefere ZANETI JUNIOR, Hermes. *Direito Material e Direito Processual: Relações e Perspectivas – Uma Homenagem a Galeno Lacerda*. Revista Processo e Constituição, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, nº. 01, dezembro, 2004, p 250, nota 17). Decorre dessa busca a necessária uniformização da jurisprudência, a própria súmula vinculante ou a súmula impeditiva de recursos, assim como os dispositivos que têm ampliado os poderes do relator para negar ou prover de plano os recursos se em confronto com jurisprudência dominante ou súmula dos tribunais.

¹²⁶ Vejamos as palavras de Cezar Saldanha Souza Junior: “**Primeiro:** a mais importante das funções jurídicas é a de **juiz**. É, existencialmente, o ponto de partida de toda a atividade jurídica, sem a qual nenhuma das demais poderia operar. É a que está mais próxima do fundamento ontológico do direito, ou seja, a pessoa humana, real e viva, com sua preeminente dignidade ao mesmo tempo individual e social, livre e solidária, corporal e espiritual, dotada de direitos e deveres fundamentais e vocacionada a um mundo de valores superiores que ao direito cabe garantir e promover. É a que vai servir diretamente a pessoa humana necessitada da tutela jurídica, o sujeito primeiro e a finalidade última de todo o ordenamento jurídico. O ordenamento assegura à função judicial um espaço próprio de autonomia, inclusive para colmatar lacunas, pela via da *equidade* e dos *princípios gerais do direito*”. SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário*. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul – PPGD/UFRGS, nº. 03, março, 2005, p. 07-18, especialmente p. 15-16.

abrangência para a melhor compreensão dos meios empregados para sua tutela no âmbito do direito, especialmente no campo jurisdicional.

1.2. A PROTEÇÃO JURÍDICA DE URGÊNCIA

1.2.1 Conceito jurídico de urgência

Embora não seja desejável um retorno à condenada jurisprudência dos conceitos¹²⁷, e tampouco se possa compreender o fenômeno jurídico apenas com seu estudo conceitual e teórico, o conceito jurídico de urgência merece ser examinado mais de perto. A ciência jurídica, ainda que essencialmente prática, depende dos respectivos conceitos, pois, como ciência argumentativa e compreensiva, é por meio deles que se expressam as idéias e os fundamentos necessários para o seu desenvolvimento, representando mesmo sua linguagem¹²⁸. Decorre dessa

¹²⁷ Resume Arthur Kaufmann: “a *Jurisprudência dos Conceitos* em que o ontologismo escolástico reviveu, e que considerava possível deduzir de forma puramente lógica, a partir de conceitos abstractos superiores, outros, cada vez mais concretos e plenos de conteúdo (*Friedrich Puchta*, 1798-1846, e outros)”. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Prefácio e Tradução António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 44. Para uma contextualização desta doutrina, ver WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2ª edição. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 495 e seguintes; HESAPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européia – Síntese de Um Milênio*. 3ª edição. Lisboa: Publicações Europa-América, 2003, p. 276-285.

¹²⁸ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Prefácio e Tradução António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 161-199.

simples constatação a importância do estudo dos conceitos a serem empregados na aplicação do direito¹²⁹, não obstante eventuais problemas lingüísticos¹³⁰.

1.2.1.1 Contextualização

Para melhor compreender o conceito de urgência mostra-se relevante examinar o contexto social em que vivemos. Nesse sentido, cumpre destacar que o chamado fenômeno da globalização (ou, como preferem alguns, mundialização ou sociedade mundial), possui alcance geral e, portanto, não apenas econômico; estrutura-se de modo complexo, eliminando barreiras e permitindo o deslocamento fluido de pessoas, informações e modelos culturais por todo o planeta, tendo sido firmado sobre o desenvolvimento tecnológico sem precedentes¹³¹.

Diz Zygmunt Bauman que a idéia do “quanto maior, melhor” – típico dogma da *modernidade pesada* – foi ultrapassada em nossa contemporaneidade (chamada pelo autor de *modernidade leve*). Afirma que na *era do hardware*, almejava-se a conquista territorial, com o preenchimento dos *espaços vazios*. Seria desse período a busca pelo paraíso moderno, o “Shangri-la”, assim como a tão pretendida conquista do espaço. Riqueza e poder estariam

¹²⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: trações fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer, Petrópolis/RJ: Vozes; Bragança Paulista/SP: Editora Universitária São Francisco, 1997, p. 497 e seguintes.

¹³⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 1994, p. 34-38.

¹³¹ Sobre o assunto, BECK, Ulrich. *O que é Globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização*. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

relacionados com tamanho, com a necessidade de expansão, solidificação e povoamento, de crescimento estável, seguro, resistente e “encorpado”. Tudo isso, porém, teria mudado com o *capitalismo de software* da *modernidade leve*, da velocidade da luz, em que o espaço poderia ser atravessado em tempo nenhum, com o término da diferença entre o “longe” e o “aqui”, ou seja, com a perda do valor estratégico do espaço físico¹³².

Ensina o autor que volume e tamanho teriam deixado de ser recursos para se tornarem riscos. Para o capitalista de agora, mostrar-se-ia mais vantajosa a flutuação do capital do que maciços prédios de escritórios ou fábricas monumentais. Inúmeras pesquisas no campo da arte de administrar teriam sido realizadas em busca daquilo que o filósofo chamou de o *equivalente gerencial da lipoaspiração*: emagrecer, reduzir de tamanho, superar, fechar ou vender algumas unidades porque não seriam suficientemente eficazes¹³³.

A diminuição das distâncias e a destruição de fronteiras teriam modificado o comportamento humano, com a movimentação rápida de pessoas e coisas, influenciando, inclusive, a idéia de imortalidade. Segundo Zygmunt Bauman, a “instantaneidade (anulação da resistência do espaço e liquefação da materialidade dos objetos) faz com que cada momento pareça ter capacidade infinita; e a capacidade infinita significa que não há limites ao que pode ser extraído de qualquer momento – por mais breve e ‘fugaz’ que seja”. É o modo como se vive

¹³² BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: ZAHAR, 2001, p. 132-137.

¹³³ *Idem*, p. 137-142.

que faz desse momento uma “experiência imortal”. Não se pretenderia, como antes, viver para sempre, mas viver o momento capaz de levar à “experiência imortal”¹³⁴.

Nossa sociedade contemporânea teria como característica a volatilidade do tempo e a variabilidade dos modos. O político e o econômico, por exemplo, privilegiariam a flexibilidade sobre o longo prazo, a pilotagem à vista sobre a prospectiva, construindo-se o respectivo sistema político-econômico como um modelo quase experimental. Também no mundo artístico desse império do efêmero, as obras não seriam feitas para durar. A arte pós-moderna, renunciando a escolher, ou incapaz de impor um novo estilo, combinaria todos, reciclando o antigo e o recente¹³⁵.

Vale mencionar a impressão de Richard Sennet – que observou regularmente e durante muitos anos o encontro mundial dos poderosos, realizado em Davos – a respeito da personalidade, o desempenho e o credo publicamente articulado de Bill Gates. Segundo Sennet, Gates “parece livre da obsessão de agarrar-se às coisas. Seus produtos surgem furiosamente para desaparecer tão rápido como apareceram, enquanto Rockefeller queria possuir oleodutos, prédios, máquinas ou estradas-de-ferro por longo tempo”. Gates teria declarado inúmeras vezes que preferiria “colocar-se numa rede de possibilidades a paralisar-se num trabalho particular”, chamando a atenção de Sennet o desejo daquele de “destruir o que fizera diante das demandas do momento imediato”. Gates pareceria um jogador que “floresce em meio ao deslocamento”. Ele teria o cuidado de não desenvolver o apego (especialmente o sentimental) ou compromisso

¹³⁴ *Ibidem*, p. 144-145.

¹³⁵ OST, François. *O tempo do direito*. Tradução Élcio Fernandes. Bauru/SP: Edusc, 2005, p. 329-331.

duradouro com nada, nem com suas criações. Não teria medo de tomar o caminho errado, pois nenhum caminho o manteria na mesma direção por muito tempo e porque voltar atrás ou para outro lado eram opções constantes e instantaneamente disponíveis¹³⁶.

Percebe-se que a estabilidade, a certeza e a determinação lógica da sociedade moderna teriam sido substituídas pelo risco, pela incerteza e pela instabilidade da sociedade contemporânea¹³⁷. Como a imobilidade seria inconcebível e não se poderia deixar de agir, nossa sociedade, colocada sob a ameaça permanente dos riscos suscitados por suas próprias opções, seria obrigada a revisar incessantemente suas escolhas e a preparar-se com a maior pressa. Por isso, o estado de urgência tenderia a tornar-se o estado normal¹³⁸. Sobre nosso tempo, assim se manifestou François Ost:

“O tempo saiu de seus eixos”: a exclamação de Hamlet poderia introduzir nosso propósito e sugerir alguma coisa do espanto suscitado pelas mutações de nossas representações mais atuais, o tempo social. De fato, tudo se passa como se tivéssemos nos soltado do eixo diacrônico que reata o presente ao passado e ao futuro, e que nosso presente, infinitamente dilatado, ocupasse doravante, qualquer espaço disponível. Seria o reino do instante, ou antes, o da eternidade. Ninguém o sabe com exatidão. Uma coisa é certa: este tempo não é mais o da duração, da expectativa, do projeto paciente e da longa memória. Radicalmente acelerado, ele é remetido do longo prazo ao curto prazo e, deste, ao imediato. Ele se enuncia, daí em diante, em “tempo real”, ou seja, sobre o eixo da simultaneidade absoluta, sem distância e sem exterioridade (ao “mesmo” tempo). Nele, todos os tempos se misturam, as sucessões se confundem e as continuidades tornam-se aleatórias: entramos na era do efêmero eterno¹³⁹.

¹³⁶ SENNET, Richard. *The corrosion of character*, p. 61-62 *apud* BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: ZAHAR, 2001, p. 143-144.

¹³⁷ DUARTE, Francisco Carlos. *Tempo e decisão na sociedade de risco*. Revista de Processo, São Paulo, ano 32, nº. 148, junho, 2007, p. 99-110.

¹³⁸ OST, François. *O tempo do direito*. Tradução Élcio Fernandes. Bauru/SP: Edusc, 2005, p. 327.

¹³⁹ *Idem*, p. 327.

Essa aceleração do tempo não seria destituída de conseqüências. Levaria à desvalorização do passado (decididamente bem acabado) e do próprio futuro (demasiado incerto e distante para ser coerente). Reduziria o valor do planejamento, pois não haveria razão para a dedicação de tempo à prevenção ou à elaboração de planos, uma vez que o horizonte temporal se recomporia a cada instante. Chegar-se-ia ao imperativo da flexibilidade, considerando, inclusive, que a intervenção de urgência seria a regra, com a resolução dos problemas de modo *provisório-definitivo*, possibilitando, invariavelmente, a constante revisão daquilo que já teria sido decidido. Esse o cenário para o desenvolvimento de uma cultura da impaciência, já que tudo seria prometido para cumprimento imediato¹⁴⁰.

Vive-se, hoje, uma vida apressada. Nossa sociedade parece escrava do tempo, refém dos prazos exíguos. Quase tudo é “urgente”, não havendo razão para ser diferente nas relações sociais (familiares, econômicas, políticas, empresariais, *etc.*); relações que, ao fim e ao cabo, representam o objeto da ciência jurídica. Mas no direito, como na medicina, é preciso separar os casos que justificam uma intervenção emergencial daqueles outros, que, embora inseridos nesse nosso tempo acelerado, devam seguir o caminho normal, justamente porque a figura da urgência, usualmente estampada na crise, culmina com um novo direito, diverso daquele estabelecido para os casos normais. Oportuna a advertência de Cármen Lúcia Antunes Rocha:

A constatação da presença do urgente no mundo do Direito revela um muito peculiar momento deste ramo do conhecimento, pois a urgência atropela, por vezes, a lei, cuja aplicação fica a conformar-se à cadência

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 334-338.

açodada dos fatos acelerados na concretude de um ritmo mais apressado que o previsto na norma a se aplicar. Por vezes, apressado se vê mesmo o aplicador da Lei, o realizador da Justiça no caso a exame e decisão. Por vezes, mesmo, o próprio fator da lei vê-se no afogadilho de situação premente que não se ajusta à normalidade que se antevira para a formulação do Direito Positivo.

A urgência torna-se às vezes fonte de um especial Direito, às vezes mesmo, atalho para a transgressão do Direito.

Às vezes a urgência tem a cor ou o discurso da crise. Às vezes a crise é que toma o contornou ou a voz da urgência. Às vezes a urgência é prevista ou previsível. Às vezes dela não cogitou o legislador. Às vezes o julgador constata a urgência. Às vezes ele a discute. Às vezes ele não se crê em condições de discuti-la¹⁴¹.

Nesse contexto, impõe-se examinar mais de perto o que se entende por urgência no campo jurídico, examinando seus elementos a fim de garantir um controle mínimo dessas situações especiais.

1.2.1.2 A urgência como conceito jurídico indeterminado e seus elementos

O conceito de urgência tem sido qualificado como juridicamente indeterminado, ainda que possível expressar verbalmente seu significado; seria indeterminado porque apresentaria uma fórmula ampla, impedindo que fossem identificadas desde logo todas as situações que se enquadrariam no conceito¹⁴². Discute-se, inclusive, se haveria discricionariedade do intérprete em seu preenchimento¹⁴³.

¹⁴¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Conceito de Urgência no direito Público Brasileiro*. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, Malheiros, nº. 01, 1993, p. 233-254.

¹⁴² Sobre a estrutura dos conceitos jurídicos, assim Celso Antônio Bandeira de Mello: “Deveras, a palavra é um signo, e um signo supõe um significado. Se não houvesse significado algum recognoscível, não haveria palavra, haveria ruído. Logo, tem-se que aceitar, por irrefragável imposição lógica, que, mesmo que vagos, fluidos, ou imprecisos, os conceitos utilizados no pressuposto da norma (na situação fática por ela descrita, isto é, no motivo legal) ou na finalidade, têm algum conteúdo mínimo indiscutível. De qualquer deles se pode dizer que

A hipótese constitucional que autoriza excepcionalmente o deslocamento da competência do Poder Legislativo para o Poder Executivo, a fim de que este possa editar normas gerais e abstratas por meio de medida provisória (CF, art. 62) é reveladora, uma vez que introduz o problema do controle da urgência como conceito jurídico indeterminado. Diz o dispositivo constitucional que, “em caso de relevância e urgência, o Presidente da República

compreendem uma zona de certeza positiva, dentro da qual ninguém duvidaria do cabimento da aplicação da palavra que os designa e uma zona de certeza negativa em que seria certo que por ela não estaria abrigada. As dúvidas só tem cabida no intervalo entre ambas.” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle judicial*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 29. Como conceito mínimo, os conceitos jurídicos indeterminados são aqueles cuja expressão de valor possui textura variável e aberta e a que o direito confere significado próprio. Por isso, adequado falar-se que o conteúdo e extensão são consideravelmente incertos. ENGISCH, Karl. *Introducción al pensamiento jurídico*. Tradução de Ernesto Garzon Valdes e Revisão de Luis Garcia San Miguel. Madrid: Ediciones Guadarrama, 1967, p. 137 e seguintes.

¹⁴³ Por longo período discutiu-se eventual discricionariedade para a concessão de medidas liminares em mandado de segurança. No entanto, não parece adequado utilizar a expressão discricionariedade, pois o conceito – proveniente do direito administrativo – indica certa liberdade do administrador para escolher a opção que entende mais proveitosa em determinado momento para atingir determinada finalidade. No campo judicial, não se poderia negar que o julgador também possui certa margem de liberdade em sua atividade cognitiva, especialmente quando preenche o conteúdo dos conceitos jurídicos indeterminados, laborando com as circunstâncias fáticas e jurídicas relevantes. No entanto, esse fenômeno não poderia ser designado como discricionário, pelo menos não do mesmo modo e com as mesmas conseqüências do conceito empregado no direito administrativo. Sobre o tema, vale conferir BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Discricionariedade judicial*. Revista Forense, ano 97, volume 354, março-abril, 2001, p. 187-195; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Antecipação de Tutela*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 20-22; NOJIRI, Sérgio, *Discricionariedade judicial na apreciação do pedido de medida liminar em mandado de segurança*. In *Aspectos polêmicos e atuais do Mandado de Segurança 51 anos depois*. Coordenadores Cassio Scarpinella Bueno, Eduardo Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 773-786; ALVIM PINTO, Teresa Arruda. *Existe a “discricionariedade” judicial?* Revista de Processo, ano 18, nº. 70, abr./jun., 2003, p. 232-234; ALVIM PINTO, Teresa Celina de Arruda. *Limites à chamada “discricionariedade” judicial*. Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, nº. 17, 1991, p. 215-236; MESQUISTA, José Ignácio Botelho. *Liminares: limites constitucionais à discricionariedade judicial*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, nº. 03, 1993, p. 97-105; NOGUEIRA JÚNIOR, Alberto. *Reconhecendo a existência da discricionariedade judicial – comentários sobre um caso concreto*. Revista Ibero-Americana de Direito Público, Rio de Janeiro, ano V, nº. 19, 2005, p. 01-08; BRANDÃO, Cristina. *Algumas considerações sobre a discricionariedade judicial*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 14, vol. 56, jul./set., 2006, p. 52-87; DÍAZ, Adrián Rentería. *Discrezionalità del giudice o risposta corretta?* Revista de Processo, ano 21, nº. 83, jul./set., 1996, p. 128-164.

poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”¹⁴⁴.

O Supremo Tribunal Federal, quando em vigor a sistemática prevista para o Decreto-Lei (CF/1967, art. 58¹⁴⁵), firmou entendimento de que o requisito da urgência não poderia ser controlado pelo Poder Judiciário porque seria conceito político, que estaria sujeito ao juízo discricionário do Presidente da República ou do Congresso Nacional¹⁴⁶. O princípio da separação dos poderes fora sobremaneira valorizado. Porém, com os avanços sociais, culturais, políticos e jurídicos, após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal modificou o entendimento anterior, admitindo, em certos casos, o exame dos requisitos da urgência e da relevância para a edição de medidas provisórias com força de lei. A toda evidência, foi com o estudo a respeito dessa hipótese de urgência – pois requisito “indispensável” para o exercício de tal competência – que se procurou desvendar seu conceito jurídico¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Sobre o assunto, por todos, ÁVILA, Humberto. *Medida Provisória na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 82-88. Ver, também, CONCEIÇÃO, Márcia Dominguez Nigro. *Conceitos indeterminados na Constituição: requisitos da relevância e urgência (artigo 62 da CF)*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

¹⁴⁵ Art 58 - O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resulte aumento de despesa, poderá expedir decretos com força de lei sobre as seguintes matérias:

I - segurança nacional;

II - finanças públicas.

Parágrafo único - Publicado, o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação o texto será tido como aprovado.

¹⁴⁶ Assim se manifestou o Ministro Aliomar Baleeiro: “Não me parece duvidoso que a apreciação de ‘urgência’ ou do ‘interesse público relevante’ assume caráter político: - é urgente ou relevante o que o Presidente entender como tal, ressalvado que o Congresso pode chegar a julgamento de valor contrário, para rejeitar o decreto-lei. Destarte, não pode haver revisão judicial desses dois aspectos entregues ao discricionarismo do Executivo, que sofrerá apenas correção pelo discricionarismo do Congresso”. STF, Recurso Extraordinário nº. 62.731/Guanabara. Tribunal Pleno, Relator Ministro Aliomar Baleeiro, julgado em 23/08/1967, publicado em 28/06/1968.

¹⁴⁷ No âmbito das medidas provisórias, o Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento a respeito da possibilidade, excepcional, de controle judicial dos requisitos vertidos nos conceitos jurídicos indeterminados de relevância e urgência (C.F., art. 62). Ilustrativamente, ver STF. Medida Cautelar ns Ação Declaratória de

Com efeito, a caracterização do estado de urgência dependeria mesmo de uma avaliação do intérprete. Nessa tarefa, ele possuiria certa margem de liberdade, justamente porque passaria a preencher um conceito jurídico indeterminado, valorando os fatos e os aspectos jurídicos relevantes no caso concreto¹⁴⁸. Isso, porém, não poderia ser confundido com discricionariedade, pois o exame dos respectivos elementos deveria possuir pretensão de correção, não havendo espaço livre para a escolha¹⁴⁹. Ao intérprete caberia dizer: existe ou não

Inconstitucionalidade nº. 2.213/DF. Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 04/04/2002, Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1.910/DF, Tribunal Pleno, Ministro Relator Sepúlveda Pertence, julgamento em 22/04/2004, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1.717/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Sydney Sanches, julgamento em 07/11/2002, Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº. 162/DF, Tribunal Pleno, julgamento em 14/12/1989. Julgados disponíveis em <<http://www.stf.gov.br>>, acesso em 15 de fevereiro de 2008.

¹⁴⁸ Sobre os conceitos jurídicos indeterminados, ver, ainda, KRELL, Andreas J. *A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil*. Revista Interesse Público, ano 5, nº. 23, janeiro/fevereiro, 2004, p. 21-49; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa à luz da teoria da adequabilidade normativa*. Revista CEJ, Brasília, nº. 36, jan./mar., 2007, p. 30-38; MORESCO, Celso Luiz. *Conceitos Jurídicos Indeterminados*. Revista Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas – UFPEL, vol. 39, nº. 15, maio, 1995, p. 97-113; HARGER, Marcelo. *A discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados*. Revista dos Tribunais, ano 87, vol. 756, out./nov., 1998, p. 11-36.

¹⁴⁹ Sobre a distinção entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados no âmbito do direito público, transcrevo lição de Rafael Maffini: “Conceitos jurídicos indeterminados, segundo Eros Grau (O direito posto e o direito pressuposto, p. 200), são aqueles ‘cujos termos são ambíguos ou imprecisos – especialmente imprecisos –, razão pela qual necessitam ser completados por quem os aplique’. Seriam exemplos de conceitos jurídicos indeterminados: interesse público, urgência, notório saber, ilibada conduta, relevância, iminente perigo público, dentre tantos outros encontrados em regras legais de atribuição de competência administrativa.

Os conceitos jurídicos indeterminados possuem, incontroversamente, uma margem interpretativa a ser preenchida, em cada caso concreto pelo administrador quando da aplicação da regra legal em que está inserido. A questão que se põe é a de se saber se a presença de um conceito jurídico indeterminado em regras de atribuição de competência geraria uma outra espécie de discricionariedade – intelectual, não volitiva, como acima estudada. Tal discussão vem de há muito tempo no Direito Administrativo. Além disso, encontram-se na doutrina setores importantes que vislumbram nos conceitos jurídicos indeterminados uma espécie de discricionariedade, bem como outros setores, não menos importantes, que rechaçam tal condição.

Quer parecer que a razão está com aqueles que diferenciam a discricionariedade dos conceitos jurídicos indeterminados. Aquela (a discricionariedade) permite ao administrador que se produza um *juízo de valor*, ou seja, impõe ao administrador que pratique um ato de vontade (obviamente, tal vontade é funcional e deve ser orientada à satisfação do interesse público), escolhendo uma dentre várias formas de ação legalmente previstas; estes (conceitos jurídicos indeterminados) ensejam que o administrador produza um *juízo de interpretação*, no sentido de, na aplicação da regra, o administrador promoverá um ato de inteligência.

Não se podendo confundir uma escolha com uma interpretação, também não se apresenta possível a confusão entre discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados. Esta, aliás, é a posição do STF (RE 167.137 e RMS 24.699). Aliás, observada a necessidade de interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, não seria

existe a urgência, ainda que esse pronunciamento não fosse fácil, considerando a dificuldade de um exame objetivamente apurável¹⁵⁰.

De qualquer sorte, levando em conta que a situação de urgência encerra uma expressão vaga, o exame de seus elementos conceituais é de todo desejável, a fim de firmar-se base sólida para seu emprego, evitando-se o arbítrio.

De acordo com o dicionário da língua portuguesa de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira¹⁵¹, o vocábulo urgência – do latim *urgentia* – representa (1) qualidade de urgente; (2) caso ou situação de emergência, de urgência. Urgente (1) é o que urge; que é necessário ser feito com rapidez; (2) indispensável, imprescindível; (3) iminente, impendente. Juridicamente, o conceito de urgência não se afastaria muito daquele empregado na definição leiga da palavra. Vejamos De Plácido e Silva, em sua clássica obra *Vocabulário Jurídico*:

equivocado afirmar que a estrutura normativa das regras que os prevêm aproxima-se da estrutura normativa típica das regras vinculadas.” MAFFINI, Rafael. *Direito Administrativo*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 62-63.

¹⁵⁰ Humberto Ávila, ao examinar os requisitos da urgência e da relevância, que subordinariam a edição de medidas provisórias, admite a discricionariedade do intérprete quando, após o preenchimento do conteúdo conceitual pelo sistema e pelos valores que o veiculariam, houvesse mais de uma solução ótima, considerando justamente a fluidez daqueles conceitos. Diz que nesse caso, e somente nele, haveria discricionariedade. ÁVILA, Humberto. *Medida Provisória na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 84-85. Por outro lado, entende-se que a eventual possibilidade de escolha entre mais de uma opção válida somente poderia estar relacionada com o requisito da relevância, não, porém, com a urgência, na medida em que esta, embora qualificada juridicamente, representaria uma situação de fato, enquanto aquela, sim, diria respeito ao exame de opções que validamente poderiam ser escolhidas.

¹⁵¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 2.034. Conforme a versão eletrônica do dicionário de Antônio Houaiss e Mauro Salles Villar, urgência representa (1) qualidade ou condição de urgente; (2) necessidade que requer solução imediata; pressa; (3) situação crítica ou muito grave que tem prioridade sobre outras; emergência. Urgente suporta a idéia de que (1) é necessário ser atendido ou feito com rapidez; que não pode ser retardado; (2) que não se pode prescindir; indispensável; (3) que indica necessidade imediata ou pressa; (4) que não demora; iminente. HOUAISS, Antônio & VILLAR, Mauro Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Versão eletrônica disponível para os integrantes do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul em www.houaiss.tjrs.gov.br, acesso em 27.09.2007. (Versão impressa no Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001).

Urgência.

Do latim *urgentia*, de *urgere* (urgir, estar iminente), exprime a qualidade do que é urgente, isto é, premente, é imperioso, é de necessidade imediata, não deve ser protelado, sob pena de provocar, ou ocasionar um dano, ou um prejuízo.

Assim, a urgência assinala o estado das coisas que se devam fazer imediatamente, por imperiosa necessidade, e para que evitem males, ou perdas, conseqüentes de maiores delongas ou protelações.

Juridicamente, a justificativa da urgência provém invariavelmente, não somente da necessidade da feitura das coisas, como do receio, ou do temor, de qualquer demora, ou tardança, possa trazer prejuízos.

O reconhecimento da urgência, em regra, estabelece a preferência em relação à coisa ou ao fato, para que seja feita, ou executado, em primeiro lugar e em maior brevidade, dispensando-se, mesmo, em certos casos, o cumprimento de certas formalidades, ou o decurso do prazo, próprios aos casos normais.

É o que ocorre em relação à dispensa da publicação dos proclamas, preliminares à celebração do casamento: em caso de urgência, para que se abrevie o casamento, o juiz pode dispensar a formalidade (Cód. Civil, artigo 182, parág. único¹⁵²).

Em geral, a urgência estaria relacionada com a possibilidade de dano ou de sua potencialidade (repetição, prolongamento ou agravamento) para o caso de não se agir oportunamente contra a causa geradora do respectivo risco ou da própria lesão (sua repetição, continuidade ou agravamento). Para atacá-la (a causa), a urgência poderia justificar a substituição de um comportamento legalmente ou contratualmente preestabelecido por outro, pois, como efeito (fático e jurídico¹⁵³), ela poderia conduzir a providências destinadas ao afastamento do risco, como, por exemplo, apressar, antecipar ou mesmo suprimir aquelas etapas

¹⁵² SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 3ª Edição. Rio de Janeiro / São Paulo: Forense, p. 1.611, vol. IV, 1973.

¹⁵³ O efeito, a conseqüência, de uma situação de urgência, com a alteração daquele procedimento inicialmente estabelecido para os casos normais, não poderia mesmo ser restringido apenas à esfera fática, da vida. É preciso compreender que também esse efeito encontra espaço no campo dogmático da ciência jurídica, merecendo, pois, a valoração do direito sobre os fatos urgentes. Nesse sentido, ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Perfil Dogmático da Tutela de Urgência*. Revista Forense. Rio de Janeiro, Forense, v. 342, abr./mai./jun. 1998, p. 13-28. Ver também, FALZEA, Angelo. *Efficacia Giuridica*. In *Enciclopédia del Diritto, Milano*, Giufrè, vol. XIV, p. 433-507. Por outro lado, se mostra importante observar que o âmbito jurídico é composto também por elementos fáticos, sendo necessário e indispensável atentar para os efeitos jurídicos da urgência no campo da vida, da realidade do homem.

previamente estipuladas para o cumprimento normal de determinada função¹⁵⁴. Assim a autorizada doutrina de Cármen Lúcia Antunes Rocha:

Em Direito, a urgência corresponde a um aqodamento que suplanta e substitui por uma outra a situação prevista para o desempenho regular das funções do Estado. Este desempenho é sempre previsto pelo Direito Positivo. O mesmo não se pode dizer da urgência. Esta pode ser prevista, ou não, podendo mesmo ocorrer que seja imprevisível consoante se verá abaixo. Nada disto modifica as conseqüências da constatação da urgência, cujos cuidados, tratamento e solução, quando for o caso, será responsabilidade do Poder Público.

Parece-me certo ser a urgência situação que sempre sobrevém a uma circunstância inicialmente visualizada e cuidada, fazendo com que ao primeiro comando normativo, o qual trata do fluxo normal dos atos de condução dos poderes públicos e respectivas funções, aflore um novo comando. Àquele primeiro que contém a regra de Direito sobre a situação descrita em sua normalidade agrega-se outra, expressa, ou não, anteriormente, a qual excepcionaliza a aplicação da primeira quando advier situação de urgência¹⁵⁵.

A urgência seria uma situação de fato qualificada juridicamente, da qual decorreria verdadeira exigência para a prática de um ato, indispensável e imediatamente necessário, funcionado como pressuposto para a modificação do procedimento estabelecido para os casos normais, ainda que já acelerados ou sumarizados. Destaca-se que uma ação poderia ser indispensável, mas não imediatamente necessária; poderia, caso fosse precisa, ser imediatamente necessária, mas não verdadeiramente indispensável; poderia, ainda, ser imediatamente necessária e indispensável, mas realizável por meio do procedimento estabelecido para os casos normais (mesmo acelerados ou sumarizados). Nessas hipóteses, não restaria configurada a situação especial de urgência¹⁵⁶.

¹⁵⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Conceito de Urgência no direito Público Brasileiro*. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, Malheiros, nº. 01, 1993, p. 233-254.

¹⁵⁵ *Idem*, p. 233-254.

¹⁵⁶ Nesse sentido é a lição de Humberto Ávila, ao estudar o assunto como pressuposto para edição de medidas provisórias. ÁVILA, Humberto. *Medida Provisória na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 83-84.

Tem-se a idéia de que algo precisa ser feito (*necessidade: ação indispensável*) de modo mais rápido do que o usual (*tempo: ação imediata*), sob pena de dano (*conseqüência: prejuízo*). Necessário é aquilo que deve ser feito; o que é exigido para se alcançar um fim¹⁵⁷. Relaciona-se necessidade com tempo¹⁵⁸, ou melhor, com a falta dele, imprimindo qualidade àquilo que deve ser feito; em outras palavras, deve ser feito rapidamente. E deve ser assim porque há receio de que algo prejudicial aconteça em caso de inércia ou de manutenção do mesmo ritmo no desempenho das respectivas atividades. Vejamos mais atentamente o que significaria esse prejuízo.

1.2.1.3 O receio de dano como elemento do conceito jurídico de urgência

Poder-se-ia dizer que determinado valor (ou interesse) ao ser tutelado pelo direito implicaria na relevância de sua observação e o seu desatendimento geraria, por si só, *prejuízo jurídico* ao titular do bem tutelado¹⁵⁹. Esse *dano* identificar-se-ia, pois, com o *ato contrário ao*

¹⁵⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa*. 6ª edição. Curitiba: Posigraf, 2004, p. 2.034 P. 575.

¹⁵⁸ Sobre o assunto, DUARTE, Francisco Carlos. *Tempo e decisão na sociedade de risco*. Revista de Processo, São Paulo, ano 32, n.º 148, junho, 2007, p. 99-110.

¹⁵⁹ Sobre o assunto, Arnaldo Rizzardo: “A norma jurídica regula as ações humanas não no sentido individualista, mas de um modo geral, impondo-se a todos. Daí, o seu caráter social. O direito tem por fim uma utilidade comum. Estende seu conteúdo a todos os seres humanos. Em contrapartida, não exclui a proteção dos interesses individuais. Mas estes interesses, quando conformados com a norma, realizam o interesse comum. O ideal dos sistemas jurídicos está aí. O interesse, assim entendido, é o objeto da tutela da lei. E o que fere o interesse em si é o dano. Por meio dele, se impede a possibilidade de que o bem satisfaça uma necessidade humana, ou se retira a aptidão para satisfazer um valor almejado e procurado pelo homem”. RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil: Lei n.º 10.406, de 10.1.2002.*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 16.

direito, porque invadiria a esfera jurídica de alguém ou atingiria a própria coletividade¹⁶⁰ (v.g., direitos difusos). Seria possível afirmar, nesse sentido genérico, que aquele sujeito titular do direito ou mesmo toda a sociedade sofreria *dano* quando consumado o *ato antijurídico*, independentemente de efetiva lesão patrimonial ou extrapatrimonial¹⁶¹ ou do grau de dificuldade inerente à sua quantificação¹⁶². Por outro lado, o conceito de dano poderia ser restringido, vinculando-se à idéia de ressarcimento. Dessa forma, o dano seria material ou moral, ou melhor, econômico ou não econômico¹⁶³, interessando apenas aquele prejuízo passível de ser objeto de reparação, mesmo que extremamente difícil sua quantificação.

Aquela concepção ampla de dano seria criticada, porque se “misturaria” com o conceito de ato ilícito. Com ela, não seria possível identificar, por exemplo, se este (ilícito) estaria na ação, no evento ou em ambos¹⁶⁴. A questão seria tormentosa na doutrina¹⁶⁵ e nossa

¹⁶⁰ O ilícito no trânsito, por exemplo, pode não causar qualquer dano em sentido estrito, ou seja, pode não levar ao dever de ressarcimento, porque nem sempre atinge o patrimônio material ou moral de qualquer pessoa. Por outro lado, as normas de trânsito se revelam cogentes e buscam realizar um princípio de convivência social sadia, qual seja, o princípio da segurança no trânsito. Desse modo, seu desrespeito injustificado afronta aos interesses da coletividade (em especial ao referido princípio da segurança no trânsito), interesses garantidos pela norma.

¹⁶¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil: Lei nº. 10.406, de 10.1.2002.*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 15.

¹⁶² Nesse sentido, no âmbito do direito de propriedade industrial, ver, por todos, MACHADO, José Mauro Decoussau. *Aspectos da antecipação da tutela na propriedade industrial: patentes, desenhos industriais e marcas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 144-152, p. 166-167 e p. 174-176. O autor examinou a questão quanto à contrafação (p. 144-152) e nas ações de nulidade de patente, de desenho industrial (p. 166-167) e de marca (p. 174-176).

¹⁶³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2005, p. 40-46. Essa distinção também se encontra na obra de ORGAZ, Alfredo. *El Daño Ressarcible. Atos ilícitos*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1952, p. 38.

¹⁶⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Ilícito pessoal e responsabilidade civil*. Revista Forense, vol. 284, ano 79, out./dez., 1983, p. 17-25.

¹⁶⁵ O conceito de ato ilícito é controverso, e tem sido analisado por vários ângulos. Sobre o assunto, ver, ilustrativamente, DE CUPIS, Adriano, *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*. Minano: Giuffrè, 1946; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *O ilícito na teoria geral do direito: uma análise das teorias de Kelsen e Pontes de Miranda*. Revista da ESMAFE, vol. 5, nº. 12, jul/set., 2000, p. 259-284; CACHAPUZ, Maria Cláudia. *A ilicitude e as fontes obrigacionais: análise do art. 187 do Novo Código Civil Brasileiro*. Revista AJURIS, vol. 31, nº. 96, dezembro, 2004, p. 205-224.

legislação, a toda evidência, não teria ajudado¹⁶⁶. O problema prático em termos de tutela jurídica residiria na conexão da concepção limitada de dano – ligada aos reflexos patrimoniais – com o dogma de origem romana de que “a única e verdadeira tutela contra o ilícito é a reparação do dano, ou a tutela ressarcitória, ainda que na forma específica”¹⁶⁷. Daí, sim, a relação ato ilícito/dano mostrar-se-ia incompatível com os valores contemporâneos positivados no plano constitucional e infraconstitucional. Essa relação induziria à idéia de que a proteção jurídica contra o ilícito pressuporia a existência de dano *stricto sensu* (proteção exclusivamente sancionatória, com o ressarcimento na forma específica ou pecuniária), o que prejudicaria a efetiva tutela jurídica de uma série de direitos, tais como os direitos da coletividade (v.g., direito ambiental, direito do consumidor), os direitos de personalidade¹⁶⁸, de marcas e patentes¹⁶⁹, etc. Nesses casos, para salvaguardar sua própria existência, seria preciso prevenir, não bastando remediar, porque “nem todos os tecidos deixam costurar-se de tal arte que a cicatriz desapareça

¹⁶⁶ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 119-121.

¹⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória (tutela individual e coletiva)*. 3ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 37. Nesse mesmo sentido, aliás, a robusta doutrina sobre a “ação inibitória”. Ver, entre outros, MURITIBA, Sérgio Silva. *Tutela Inibitória e os Direitos da Personalidade*. Revista de Processo, nº. 122, ano 30, abril, 2005, p. 22-40; GAMA, Ricardo Rodrigues. *O passado da Tutela Inibitória no Brasil*. Revista Jurídica, nº. 271, ano 48, maio, 200, p. 5-14.

¹⁶⁸ Vejamos obra atualizada de Orlando Gomes ao afirmar que “a tutela dos direitos de personalidade se exerce mediante sanções que devem ser pedidas pelo ofendido, pleiteando a indenização do dano moral ou a comunicação de uma pena, em ações que podem ser cumuladas. Permitidas, são ainda, as que se destinam a confessar ou negar especificamente um direito de personalidade, completando-se, assim, o sistema de tutela privada de tais direitos, o qual pode ser movimentado independentemente das sanções penais que caibam”. GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 19ª edição. Revista, atualizada e aumentada por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 148. Por outro lado, pela proteção preventiva de direitos personalíssimos, ver, entre outros, RSTON, Sérgio Martins. *Dano à imagem e as tutelas inibitória e ressarcitória*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, ano 7, nº. 14, jul./dez., 2004, p. 91-105; RUIZ, Ivan Aparecido e MACHADO, Isadora vier. *Tutelas de urgência e preventivas: aplicabilidade em casos de assédio moral*. Revista de Processo, ano 32, nº. 146, abril, 2007, p.132-150.

¹⁶⁹ Nesse sentido, entre outros, POZZOLO, Paulo Ricardo. *Ato ilícito Civil*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR, vol. 33, 2000, p. 241-251; MARANHÃO, Clayton. *Observações sobre o ilícito, o dano e a tutela dos direitos fundamentais*. Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 4, outubro/dezembro, 2000, Rio de Janeiro, p. 17-22; BRAGA, Felipe Peixoto. *Teoria dos Ilícitos Civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003; BELLELLI, Alessandra. *L’inibitoria come strumento generale di tutela contro l’illecito*. Rivista di Diritto Civile. Ano L, nº. 04, 2004, p. 609-624.

por inteiro”¹⁷⁰. A tutela jurídica para ser adequada deveria voltar-se contra o ato contrário ao direito, afastando-se do conceito estrito de dano. Em resumo, o conceito de ato ilícito não poderia ser confundido com o de dano (*stricto sensu*)¹⁷¹, o que impediria a tutela de direitos não patrimoniais. Essa a advertência de Luiz Guilherme Marinoni:

A confusão entre ilícito e dano é o reflexo de um árduo processo de evolução histórica que culminou por fazer pensar – através da suposição de que o bem juridicamente protegido é a mercadoria, isto é, a *res*, dotada de valor de troca – que a tutela privada do bem é o ressarcimento do equivalente ao valor-econômico da lesão. A identificação de ilícito e dano não deixa luz para a doutrina enxergar outras formas de tutela contra o ilícito; não é por outra razão, aliás, que o grande exemplo de tutela inibitória no direito brasileiro está no interdito proibitório, a refletir valores liberais clássicos e privatísticos.

A unificação da categoria da ilicitude com a da responsabilidade civil, fruto da idéia – que é resultado de uma visão “mercificante” dos direitos – de que a única tutela contra o ilícito consiste na reparação do dano, ainda está presente na doutrina do direito civil brasileiro. Anote-se, apenas como exemplo, a seguinte passagem da obra de Orlando Gomes: “Não interessa ao Direito Civil a atividade ilícita de que não resulte prejuízo. Por isso, o dano integra-se na própria estrutura do ilícito civil. Não é de boa lógica, seguramente, introduzir a função no conceito. Talvez fosse preferível dizer que a produção do dano é, antes, um requisito da responsabilidade, do que do ato ilícito. Seria este simplesmente a conduta contra jus, numa palavra, a injúria, fosse qual fosse a conseqüência. Mas, em verdade, o Direito perderia seu sentido prático se tivesse de ater-se a conceitos puros. O ilícito civil só adquire substantividade se é fato danoso”¹⁷².

Luiz Guilherme Marinoni, com base no direito italiano¹⁷³, diz que o conceito de ilícito não poderia ser vinculado ao dano, sendo a tutela inibitória (ou preventiva) destinada a

¹⁷⁰ Importantíssimo é o estudo seminal promovido por BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva*. Revista Brasileira de Direito Processual, vol. 18, 2º trimestre, 1979, Forense, Rio de Janeiro, ano V, p. 123-125.

¹⁷¹ Identificando os conceitos, por exemplo, Ricardo Pereira Lira, ao dizer que “se não há dano, não há ato ilícito”, identificando o dano apenas como material ou moral, o que não corresponde àquela idéia de prejuízo jurídico geral mencionada no texto. LIRA, Ricardo Pereira. *Ato Ilícito*. Revista de Direito da Procuradora Geral, Rio de Janeiro, nº. 49, 1996, p. 84-92.

¹⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória (tutela individual e coletiva)*. 3ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 37.

¹⁷³ No ponto, cita RAPISARDA, Cristina e TARUFFO, Michele. *Inibitoria (azione)*. In *Enciclopédia Giuridica Treccani*, vol. 17, e, entre outros, FRIGNANI, Aldo. *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

evitar precipuamente o ato contrário ao direito (sua repetição, seu prolongamento ou seu agravamento), afastando apenas eventualmente o prejuízo (*stricto sensu* considerado) dele decorrente. Destaca que este, porém, não integraria seu conteúdo, podendo existir ou não¹⁷⁴.

Sem dúvida, ato ilícito e dano poderiam ser separados estaticamente. Aquele estaria na ação e este no evento, como consequência. Porém, certos conceitos jurídicos poderiam ser determinados pela função. Seria o caso da ilicitude, que deveria ser compreendida no complexo da regulação normativa. As normas jurídicas exerceriam papel relevante na ordenação da vida em sociedade em vários aspectos, destacando-se, aqui, os bens jurídicos e a respectiva proteção. O ato contrário ao direito, dinamicamente considerado, repercutiria no evento, ainda que inexistisse dano *stricto sensu*, ou seja, o ilícito, por si só, seria prejudicial à ordem jurídica e, portanto, sua ocorrência deveria ser expurgada da vida de relações, tanto quando causadora de risco como quando efetivamente causadora de prejuízo (econômico ou não) aos bens jurídicos protegidos. Em outras palavras, a ação contrária ao preceito normativo e o resultado juridicamente reprovado integrariam o conceito de ilicitude, motivo pelo qual se enlaçariam ato ilícito e o dano (*lato sensu* considerado), justamente em razão de sua funcionalidade¹⁷⁵.

Marinoni destacou acertadamente a vinculação entre a proteção contra o ilícito e a tutela sancionatória (repressiva), já que considerada a única capaz de promover o fim

¹⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória (tutela individual e coletiva)*. 3ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 46-47.

¹⁷⁵ Sobre o conceito jurídico de ilicitude e sua determinação pela função, Karl Larenz afirma que servem “para garantir adentro do complexo de regulação determinado, a aplicação equitativa daquelas normas jurídicas em cujo conteúdo estão implícitos como elemento da previsão ou também da consequência jurídica. Trata-se aqui de conceitos como <ilicitude>, <negligência>, <boa> ou <má-fé>. Tais conceitos puramente normativos hão-de determinar-se de acordo com a sua função em cada complexo de regulação.” LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 686-962.

desejado¹⁷⁶. Não obstante as críticas do autor, essa modalidade de tutela seria uma das mais importantes formas de proteção dos bens jurídicos existentes¹⁷⁷, sendo indispensável para o convívio em sociedade. Porém, como corretamente advertiu o jurista, haveria casos em que ela não se mostraria adequada e por isso seria preciso disponibilizar outras formas de proteção.

Ora, aquele conceito de dano *lato sensu*, mesmo que vinculado ao ato contrário ao direito, não pareceria equivocado, desde que compreendida a ilicitude em seu caráter funcional e bem delimitado o alcance do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, ao assegurar a apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou *ameaça de lesão a direito*. No âmbito do direito público, por exemplo, o mandado de segurança mostrar-se-ia instrumento processual hábil para a tutela preventiva contra o receio de violação ao direito, ou seja, não atuaria contra o dano patrimonial ou extrapatrimonial, mas se voltaria à proteção de direito líquido e certo, destinado a coibir atos ilegais de autoridade que pudessem lesar o direito do impetrante¹⁷⁸. Válida a ressalva de Ada Pellegrini Grinover ao dizer que “na tutela preventiva, o interesse de agir não decorre do prejuízo, mas do perigo de prejuízo jurídico: em outras palavras, da ameaça de lesão ou, mais precisamente, frente a sinais inequívocos de sua iminência”¹⁷⁹.

¹⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória (tutela individual e coletiva)*. 3ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 309-383.

¹⁷⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 689.

¹⁷⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. 22ª edição. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 619-620. Ver, também, JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 756 e seguintes.

¹⁷⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Mandado de Segurança: tutela preventiva, inibitória e específica. Da suspensão da segurança*. Doutrina do Superior Tribunal de Justiça: edição comemorativa 15 anos. Brasília: Editora Brasília Jurídica LTDA, 2005, p. 264-271. Disse-o Teresa Arruda Alvim Wambier (atual nome da autora): “É tanto mais oportuna a previsão do legislador ordinário quando alude à expressão ‘justo receio’, quando se pensa que o mandado de segurança é medida concebida justamente com o escopo de defender o direito, como se frisou há pouco, e não, a não ser subsidiariamente, com a finalidade de proporcionar a restauração de um direito que já tenha

Saber, finalmente, se o risco de dano integraria o conceito jurídico de urgência seria uma questão terminológica, dependendo do conceito de dano. Para quem admite o prejuízo jurídico em sentido amplo, o dano integra o conceito de urgência; para quem admite apenas o prejuízo em sentido estrito (lesão patrimonial ou extrapatrimonial, vinculado à teoria da responsabilidade civil), o dano pode ou não integrar o conceito jurídico de urgência.

Há quem defenda que os conceitos servem ao seu tempo, ou seja, não “evoluem”, pois dotados dos valores da época em que foram delineados (“os conceitos teriam a sua história”). Nessa perspectiva, quando houvesse modificação da sociedade e do Estado, especialmente quanto aos seus valores, deveria surgir um novo conceito, com um novo *nomen iuris*. No caso de não se estabelecer uma nova expressão, poderia haver falha interpretativa, poder-se-ia imaginar uma discussão, enquanto outra se estaria passando¹⁸⁰. Por outro lado, seria possível sustentar que haveria expressões consagradas, que mesmo possuindo significado (conceito) diverso do original, estariam de tal forma inseridas na ciência ou na compreensão do intérprete que não poderiam ser ignoradas. Surgiria, então, a necessidade de adaptação de conceitos “clássicos” a um novo cenário social e dogmático.

Nesse estudo, o conceito de dano a ser empregado é aquele consagrado na Constituição, abarcando também *prejuízos jurídicos* (“não será excluída da apreciação do Poder

sido lesado”. ALVIM PINTO. Teresa Celina de Arruda. *Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 11.

¹⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva*. Estudo disponível em <<http://www.abdpc.org.br>>, acesso em 06 de setembro de 2005.

Judiciário lesão ou *ameaça de lesão a direito*”), interpretação que melhor se enquadra aos textos legais¹⁸¹. Nesse sentido, poder-se-ia dizer que, de um modo geral, a prática do ilícito e até mesmo o descumprimento contratual corresponderiam ao dano em si mesmo, na medida em que afrontariam a estabilidade do direito, merecendo por isso serem afastados, em benefício do seu titular e, ao menos reflexamente, da própria coletividade. Contemporaneamente, não se poderia negar a possibilidade de tutela preventiva, restando, pois, superada a discussão a respeito de ser indispensável a existência de lesão para a asseguuração da observância do direito.

Urgente, portanto, é o que não pode esperar sem que exista prejuízo (*lato sensu* considerado) em razão da observância daquele procedimento regular, previsto para as situações normais. A urgência é, pois, uma situação diferenciada, especial, que justifica a quebra da lógica usual (comum), adiantando ou suprimindo etapas ou, ainda, realizando outras providências

¹⁸¹ Exemplificativamente, ver Lei nº. 1.533/51, art. 1º, e Código de Processo Civil, artigos 273, I e 798. No art. 461, § 3º, do CPC, o justificado receio de ineficácia do provimento final, requisito autorizador da tutela liminar específica, relaciona-se essencialmente com o risco de lesão ao direito, entrelaçando dinamicamente o perigo da prática de ato contrário ao direito (ação) e o resultado prejudicial dele decorrente. O que se quer destacar é que a proteção pode ser concedida quando houver apenas risco de prejuízo jurídico (o que corresponderia ao ato ilícito estaticamente observado), mas que quanto maior for o risco de dano (e aqui se enquadra também o dano *stricto sensu* considerado – patrimonial ou extrapatrimonial) maior será a evidência da necessidade de proteção. Joaquim Felipe Spadoni, aliás, bem destacou a impropriedade da relação entre a chamada “ação inibitória” (ou preventiva) com o conceito de ato ilícito, considerando justamente o texto da lei. Vale transcrever, ainda que as idéias do autor não tenham sido integralmente adotados em nosso trabalho: “Precisamos o conceito de ato ilícito como sendo aquele ato que viola uma obrigação, específica ou genérica, imposta pelas normas jurídicas, sendo este descumprimento do dever jurídico o elemento nuclear de seu conceito.

Ocorre, entretanto, que o Código Civil de 2002, em seu art. 186, acabou por adotar o conceito arraigado em nossa doutrina, e *conceituou* o que seja ‘ato ilícito’ no direito brasileiro. Estabelece o dispositivo legal que ‘aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito’.

Atentos à advertência de Barbosa Moreira, de que ‘a nitidez dos conceitos, com o conseqüente emprego de terminologia precisa, é sem dúvida valor inestimável, digno da mais cuidadosa preservação’, e diante do conceito legal de ‘ato ilícito’ que passou a vigorar em nosso sistema jurídico, entendemos que deixou de ser adequado afirmar-se que a ação inibitória é voltada contra o ‘ato ilícito’.

Com efeito, o ato contra o qual se volta a tutela inibitória não precisa ser causador de dano, e muito menos praticado com culpa ou dolo. Basta que seja ato violador de direito, contrário à ordem jurídica para poder ser inibido judicialmente, razão pela qual, a partir da 2ª edição desta obra abandonamos a expressão ato ilícito como designativa do ato objeto da ação inibitória”. SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação Inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 56-57.

destinadas a evitar o *dano* (não custa salientar mais uma vez: dano relacionado com a afronta ao direito e/ou com prejuízos materiais e extrapatrimoniais em geral existentes em razão do ilícito).

Em síntese, tem-se que o conceito de urgência é juridicamente indeterminado, devendo ser examinado mais de perto, a fim de evitar o arbítrio em sua aplicação (controle). Admite-se que há situação de urgência quando (1) existe necessidade imediata de (2) tomar-se determinada providência, (3) para ser afastada a causa gerada de lesão ou de risco de lesão a direito, seu prolongamento no tempo ou seu agravamento. Tecnicamente, como efeito, a urgência pode justificar a exceção à aplicação de regras que estabeleçam determinados comportamentos, autorizando a antecipação ou a supressão de etapas ou mesmo a realização de outras medidas, justamente para afastar aquele receio de lesão.

A tutela jurídica das situações urgentes ocorre de modo diferenciado no plano do direito material e no plano do direito processual, realçando a idéia de relação dinâmica e de complementaridade entre eles (Teoria Circular dos Planos).

1.2.2 A tutela urgente no plano material

No plano do direito material são estabelecidas normas que antecipadamente prevêm hipóteses de urgência e excetua a aplicação da regra usualmente estabelecida para os casos normais. O legislador antevê o estado emergencial e faz a opção pela preservação de

determinados interesses ou situações que podem sofrer prejuízos caso não haja tal autorização (a quebra daquilo que foi estabelecido para a normalidade).

Por exemplo, no âmbito da contratação de particulares pelo poder público, a lei prevê um procedimento a ser observado, caminho que pode ser flexibilizado em razão da urgência, excepcionando-se a aplicação da regra estabelecida originalmente. Trata-se da dispensa de licitação (Lei nº. 8.666/93, art. 24, IV¹⁸²), quando o legislador considerou que, para alguns objetos e por um período determinado, o interesse da coletividade é mais bem protegido com a celebração de contratos emergenciais para evitar o comprometimento da segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

Noutro caso, agora no âmbito do direito empresarial, quando as disposições societárias limitam o agir individual dos administradores (em razão de competência conjunta), a situação urgente – que impõe a realização imediata de uma providência, sob pena de prejuízo – pode excepcionar a aplicação das regras contratualmente firmadas, conforme art. 1.014, do Código Civil vigente¹⁸³. Busca-se preservar a sociedade empresária em face do risco de lesão ou seu alongamento.

¹⁸² Art. 24. É dispensável a licitação: (...)

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

¹⁸³ Art. 1.014. Nos atos de competência conjunta de vários administradores, torna-se necessário o concurso de todos, salvo nos casos urgentes, em que a omissão ou retardo das providências possa ocasionar dano irreparável ou grave.

Na vida condominial, de um modo geral, a realização de obras depende de participação (voto) dos condôminos, sejam obras voluptuárias ou úteis. Aquelas necessárias independem de autorização, exceto quando importem em despesas extraordinárias. Nesses casos, é indispensável o “aval” da assembléia, desde que não exista urgência; caso contrário, o síndico ou mesmo o condômino podem promover sua realização emergencial, devendo convocar imediatamente a assembléia, para cientificá-la a respeito (CC, art. 1.341¹⁸⁴). Também, aqui, busca-se evitar maiores prejuízos ao condomínio.

Até mesmo no âmbito do matrimônio houve previsão da urgência. Primeiro, o legislador dispensou a autoridade competente da publicação do edital de habilitação (CC, art. 1.527, parágrafo único¹⁸⁵); depois, estabeleceu que no caso de moléstia grave de um dos nubentes, o presidente do ato deve celebrá-lo onde se encontrar o impedido, sendo urgente, ainda que à noite, perante duas testemunhas que saibam ler e escrever (CC, art. 1.539¹⁸⁶).

¹⁸⁴ Art. 1.341. A realização de obras no condomínio depende:

I - se voluptuárias, de voto de dois terços dos condôminos;

II - se úteis, de voto da maioria dos condôminos.

§ 1º As obras ou reparações necessárias podem ser realizadas, independentemente de autorização, pelo síndico, ou, em caso de omissão ou impedimento deste, por qualquer condômino.

§ 2º Se as obras ou reparos necessários forem urgentes e importarem em despesas excessivas, determinada sua realização, o síndico ou o condômino que tomou a iniciativa delas dará ciência à assembléia, que deverá ser convocada imediatamente.

§ 3º Não sendo urgentes, as obras ou reparos necessários, que importarem em despesas excessivas, somente poderão ser efetuadas após autorização da assembléia, especialmente convocada pelo síndico, ou, em caso de omissão ou impedimento deste, por qualquer dos condôminos

¹⁸⁵ Art. 1.527. Estando em ordem a documentação, o oficial extrairá o edital, que se afixará durante quinze dias nas circunscrições do Registro Civil de ambos os nubentes, e, obrigatoriamente, se publicará na imprensa local, se houver.

Parágrafo único. A autoridade competente, havendo urgência, poderá dispensar a publicação.

¹⁸⁶ Art. 1.539. No caso de moléstia grave de um dos nubentes, o presidente do ato irá celebrá-lo onde se encontrar o impedido, sendo urgente, ainda que à noite, perante duas testemunhas que saibam ler e escrever.

No campo das obrigações de fazer houve significativa disposição a respeito, autorizando o credor a promover o respectivo cumprimento obrigacional por terceiro, independentemente de autorização judicial, em caso de urgência, para depois ser ressarcido (CC, art. 249, parágrafo único¹⁸⁷). E nas obrigações de não fazer, autoriza-se o credor, nos casos urgentes, a desfazer ou mandar desfazer o ato, também sem a necessidade de autorização judicial e sem prejuízo do ressarcimento devido (CC, art. 251, parágrafo único¹⁸⁸).

Quanto ao direito de personalidade, em razão de sua própria natureza, restou assegurado que seu titular pode exigir que cesse a ameaça ou a lesão ao direito (prejuízo jurídico, diga-se de passagem). O texto prevê, no plano do direito material, a possibilidade de inibir o ato contrário a direito de personalidade, inclusive de forma preventiva, e, se for o caso, o ressarcimento das perdas e danos decorrentes do ilícito (CC, art. 12¹⁸⁹).

Com efeito, a identificação no direito positivo de todas as situações de urgência previamente protegidas seria mesmo tarefa hercúlea, sendo suficiente para fixar a premissa aqui sustentada os exemplos referidos. Em outras palavras, tem-se como demonstrado que no campo do direito material, a lei, muitas vezes, estabelece o valor que deve prevalecer em caso de urgência, justificando a quebra da lógica previamente estipulada para os casos normais.

¹⁸⁷ Art. 249. Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível.

Parágrafo único. Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido.

¹⁸⁸ Art. 251. Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaça, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos.

Parágrafo único. Em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido.

¹⁸⁹ Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito de personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas na lei.

Ocorre que nem sempre a legislação disciplina o caminho a ser seguido. Aliás, essa regulação parece mesmo ser excepcional, visto que o direito material preocupa-se, em regra, com os casos normais (gerais e abstratos), seja porque a situação urgente seria mesmo imprevisível, seja porque não houve avanço no campo político para a tomada de tal decisão. Desse modo, aumenta-se o campo de sua tutela no plano do direito processual, considerando, inclusive, que mesmo nos casos em que a legislação regulou tais situações, é neste plano que se examina o adequado emprego do conceito jurídico indeterminado.

1.2.3 A tutela urgente no plano processual: premissas fundamentais

Nesse ponto (e em suas subdivisões) busca-se fixar certas premissas, levando-se em consideração a natureza própria da tutela jurisdicional de urgência e as possíveis modalidades em que seria prestada. Faz-se isso, inicialmente, sem levar em conta a legislação de modo específico, ou seja, pretende-se, primeiro, desvendar características próprias da tutela jurisdicional de urgência, distanciando-se do ordenamento processual positivo. No capítulo seguinte, sim, será exposta a legislação em vigor, possibilitando seu exame crítico. Tudo isso a fim de se avançar no estudo dessa forma especial de tutela jurisdicional.

1.2.3.1 O problema do tempo do processo e a urgência

No campo do direito processual, a proteção jurídica outorgada pelo Estado à sociedade envolve aspectos diversos, desde o “acesso à Justiça” até a efetiva concretização do direito na vida real, o que tem tudo a ver com os direitos fundamentais, já que não basta apenas reconhecer a existência de situações juridicamente protegidas na lei, deixando-as desprotegidas no caso de violação ou descumprimento. Por isso fala-se em direito fundamental ao procedimento, às técnicas, aos provimentos e aos meios executivos, tudo de modo adequado ao direito material que se pretende tutelar¹⁹⁰.

De um modo geral, o legislador estabelece instrumentos processuais próprios para a proteção jurídica de determinadas situações da vida, disponibilizando-os aos jurisdicionados, a fim de ser exercido o direito cívico de ação. A Constituição Federal do Estado Democrático Brasileiro assegurou direitos fundamentais de natureza processual (“substancial”), especialmente o devido processo legal e a participação dos litigantes por meio do contraditório e da ampla defesa. Direitos fundamentais que legitimam a decisão e, sem dúvida, são essenciais à tutela jurisdicional.

Pode-se dizer que o devido processo legal (em sua relação com os direitos fundamentais de defesa) é observado quando as formalidades previstas na legislação são

¹⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 179 e seguintes.

obedecidas durante o procedimento¹⁹¹. Fazendo isso, afasta-se o arbítrio e respeita-se o percurso estabelecido previamente, presumindo que este seja de conhecimento dos sujeitos processuais, isto é, um caminho previsível. Destaca-se a célebre frase de Rudolf Von Jhering, de extrema felicidade: “A forma é inimiga jurada do arbítrio e irmã gêmea da liberdade”¹⁹². O contraditório e a ampla defesa assumem papéis relevantes nesse cenário, especialmente quando em destaque a natureza dialética do processo e a necessária participação das partes a respeito do substrato fático e jurídico a ser empregado pelo juiz para a construção legítima da decisão¹⁹³. Realiza-se, assim, o valor segurança jurídica durante o procedimento¹⁹⁴.

Toda atividade processual estampada no diálogo entre o juiz e as partes não poderia ser concretizada em um só momento, de modo instantâneo. Indispensável, portanto, certo lapso temporal a influenciar o grau de cognição do julgador e, conseqüentemente, a própria segurança da decisão a ser prolatada, independentemente de uma atividade normal ou patológica no procedimento¹⁹⁵. No processo – que já foi visto como um mal social (*sozial Übel*, expressão de Frederico, o Grande), um fenômeno doentio, que deveria ser suprimido o mais brevemente

¹⁹¹ Mesmo se tratando que questão diversa, reconheceu o Superior Tribunal de Justiça que o devido processo legal deverá exercido conforme a lei. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção. Mandado de Segurança nº 8.810/DF, Ministro Relator Humberto Gomes de Barros, DJ 06.10.2003, disponível em <<http://www.stj.gov.br>>, acesso em 15 de agosto de 2005.

¹⁹² Conforme ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 06 e seguintes. A crítica está no formalismo excessivo, fetiche das formas, que muitas vezes impedem a própria prestação da tutela jurisdicional. Como disse Alfredo de Araújo Lopes da Costa: “a forma é a garantia do fundo”. LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. *Manual elementar de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 47.

¹⁹³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo*. Revista AJURIS, ano XXX, nº. 90, julho, 2003, p. 55-84.

¹⁹⁴ Sobre o assunto, vale a leitura da tese de AMARAL, Guilherme Rizzo. *A efetivação das sentenças sob a ótica do Formalismo-Valorativo: um método e sua aplicação*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Tese de doutorado, 2006.

¹⁹⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Antecipação de Tutela*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.01-02.

possível¹⁹⁶ –, impõe-se mesmo a tarefa de se eliminar com presteza o conflito, ainda mais com a noção suficientemente clara de seu escopo social e de sua função pacificadora¹⁹⁷.

No direito brasileiro, aliás, restou consagrada em âmbito constitucional (CF, art. 5º, XXXV) a inafastabilidade do controle pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça de lesão a direito, assumindo o Estado o *poder/dever* de prestar a tutela jurisdicional de modo adequado, justo e tempestivo, decorrendo desse corolário o valor da efetividade. Tem-se a necessidade de tutela jurisdicional adequada à realidade, capaz de conciliar a falta de tempo para uma atividade jurisdicional segura e a imposição de sua entrega tempestiva, sem prejuízo aos litigantes¹⁹⁸.

Para resolver o problema do tempo do processo¹⁹⁹, usualmente mais longo do que o desejável, o legislador cria mecanismos de atuação do Poder Judiciário, a fim de ser prestada satisfatoriamente a tutela jurisdicional²⁰⁰. Esses mecanismos empregados para resolver o

¹⁹⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, vol. VIII, T. II, 2005, p. 05, nota 14.

¹⁹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4ª edição, revista atualizada e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004, vol. I, p. 125-144. Ver, também, CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 79-82.

¹⁹⁸ Sobre a Emenda Constitucional nº. 45, que inseriu no catálogo dos direitos fundamentais norma que assegurou a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, entre outros, ASSIS, Araken de. *Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil*. Revista Jurídica, nº. 372, outubro, 2008, p. 11-27.

¹⁹⁹ E esse parece ser mesmo um dos grandes problemas do processualista contemporâneo, conforme menciona BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 117-118.

²⁰⁰ Tal estrutura processual, conforme autorizado ensinamento de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, depende mesmo dos valores adotados e, então, não se trata de simples adaptação técnica do instrumento a um objetivo determinado, mas de uma escolha de natureza política, vinculada às formas e ao objetivo da própria administração judicial. Vejamos: “Na realidade, de uma ou de outra maneira as diversas espécies de procedimento refletem sempre, numa escala especialmente clara, em que medida o Estado realmente respeita a personalidade e a liberdade de seus cidadãos e como são considerados o direito e a justiça. O direito processual vincula, portanto, a relação entre o Estado e o cidadão a um especial e rico pólo de interesse, do mais alto valor substancial, e não a uma simples técnica alterável conforme o

conflito podem ser divididos em dois grupos: o primeiro, formado por providências que buscam a aceleração do procedimento, simplificando sua estrutura (sumariedade formal), sem sacrifício da atividade cognitiva do julgador, e o segundo, formado por procedimentos em que há autêntico corte nesta atividade jurisdicional (sumariedade material), limitando o exame do juízo sobre alguns aspectos da demanda sem que o pronunciamento judicial deixe de ser definitivo.

A sumarização do *procedimento* ocorre (a) com a criação de ritos especiais, com prazos menores e com a dispensa de determinadas formalidades, encurtando-se o percurso procedimental de modo considerado idôneo pelo legislador, tal como ocorre no chamado processo sumário (CPC, art. 275 e seguintes) e no âmbito dos Juizados Especiais (v.g., Lei nº. 9.099/1995); ocorre, também, (b) com a abreviação do próprio rito ordinário, em certas circunstâncias, nas quais seria prescindível percorrer-se todo o caminho possível, consoante a rubrica do *julgamento antecipado da lide*. Essa técnica produz bons resultados em um ambiente favorável, especialmente vinculado a elementos extraprocessuais, como o equilíbrio entre o número de demandas propostas e a estrutura (física e humana) disponibilizada para atendê-las²⁰¹. Nesses casos, assim como no procedimento ordinário, a cognição é plena e exauriente, “e o provimento jurisdicional equacionador da controvérsia reveste-se de probabilidade em grau suficiente para se tornar imutável e livre de ataques futuros em qualquer outro processo”²⁰².

gosto e o humor do eventual detentor do poder. Ademais, entra em jogo neste cenário o relacionamento entre os diversos órgãos exercentes do poder do Estado e a disposição política de cada sistema em atribuir maior ou menor autoridade ao Poder Judiciário nas suas relações com a Administração e o próprio Poder Legislativo”. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 73-74.

²⁰¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Perfil Dogmático da Tutela de Urgência*. Revista Forense. Rio de Janeiro, Forense, v. 342, p. 13-28, abr./mai./jun. 1998. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Tutela de urgência e efetividade do direito*. In *Temas de Direito Processual*. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 91.

²⁰² *Idem*.

Também a técnica da sumarização *da cognição* (ou sumarização *material*) opera por mais de um modo. Por exemplo, quando o legislador, considerado o direito material envolvido e os valores adotados, restringe o campo de questões a ser debatido no processo (técnica da cognição parcial), tal como ocorre com as ações possessórias e cambiárias. A legitimidade desses procedimentos, todavia, pode ser examinada pelo Poder Judiciário com base na cláusula do *substantive due process* ou por meio do próprio controle de constitucionalidade a partir dos direitos fundamentais, considerando que o valor adotado para se limitar o âmbito da discussão de fundo pode não ser justificável perante a compreensão vigente de Estado Democrático de Direito e do princípio constitucional da isonomia²⁰³.

Por vezes, considerado o alto grau de probabilidade sobre a existência do direito, o legislador chega a dispensar o próprio desenvolvimento da atividade cognitiva, desde que atendidos determinados requisitos, abrindo-se diretamente as portas para a execução²⁰⁴. Tal é a técnica dos títulos executivos extrajudiciais. Em outros casos, faz-se *eventual* o contraditório, ao invés de *necessário*, aplicando-se a técnica da cognição exauriente *secundum eventum*

²⁰³ Disse Kazuo Watanabe: “O direito à *cognição adequada* à natureza da controvérsia faz parte, ao lado dos princípios do contraditório, da economia processual, da publicidade e de outros corolários do conceito de ‘devido processo legal’, assegurado pelo art. 5º, inc. LVI, da Constituição Federal, ‘Devido processo legal’ é, em síntese, processo com procedimento adequado à realização plena de todos esses valores e princípios.

É através do procedimento, em suma, que se faz a adoção das várias combinações de cognição considerada nos dois planos mencionados, criando-se por essa forma tipos diferenciados de processo que, consubstanciando um procedimento adequado, atendam às exigências das pretensões materiais quanto à sua natureza, à urgência da tutela, à definitividade da solução e outros aspectos, além de atender às opções técnicas e políticas do legislador. Os limites para a concepção dessas várias formas são os estabelecidos pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e pelos princípios que compõem a cláusula do ‘devido processo legal’”. WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2ª edição. Campinas: Bookseller, 2000, p. 124. Ver, especificamente, ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Procedimento e Ideologia*. Revista *Ajuris*, nº. 33, ano XII, março, 1985.

²⁰⁴ Não se pretende afirmar que inexista cognição na atividade executiva. Destaca-se, apenas, a inversão da lógica estabelecida para a normalidade dos casos, em que se realiza debate a respeito da existência do direito antes de agredir a esfera de liberdade ou patrimonial do devedor.

defensionis, como no procedimento monitorio, em que a legislação admite a constituição de título executivo judicial de pleno direito a quem pretender, com base em prova escrita sem aquela eficácia, a satisfação de obrigação de pagar soma em dinheiro, de entregar coisa fungível ou determinado bem móvel, exceto se o requerido promover embargos monitorios. Na hipótese de embargos, o procedimento toma rumos ordinários, com ampla dilação probatória, dando ensejo à cognição plena e exauriente²⁰⁵.

Ainda como exemplo da sumarização material do procedimento, tem-se a técnica da cognição exauriente *secundum eventum probationis*, tal como ocorre no mandado de segurança, ao ser exigido o chamado direito líquido e certo, que deve ser demonstrado unicamente pela prova documental anexa à petição inicial. Aqui, a restrição se dá perante os meios probatórios em busca da entrega abreviada da tutela jurisdicional, limitando-se, conseqüentemente, a atividade cognitiva do julgador. Segundo a Súmula 304 do Supremo Tribunal Federal, a “decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria”, com o que a sentença que denega o mandado de segurança, em geral, o faz por ausência de direito líquido e certo, não declarando a inexistência do direito subjetivo material²⁰⁶.

²⁰⁵ Sobre o assunto, ver, entre outros, CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, vol. IX, Tomo II, p. 263 e seguintes, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002, vol. III, p. 741-768. No direito italiano, PISANI, Andrea Proto. *La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell'ordenamento italiano*. Revista de Processo, ano 23, n.º. 90, abr./jun., 1998, p. 22-35.

²⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 43-44. Sobre o assunto, assim se pronunciou Humberto Theodoro Jr: “Nem sempre a sentença que põe termo à ação de segurança enfrenta o mérito da causa. Como se trata de remédio processual especial, seu acolhimento pressupõe a satisfação de requisitos que não são apenas os pressupostos e condições reclamados para as ações em geral. Assim é que, o mandado de segurança pode ser denegado tanto por não ter o impetrante o direito material invocado ou não ter sido ilegal o ato praticado pela autoridade dita coatora, como por não ter sido comprovada a liquidez e certeza do direito subjetivo deduzido em juízo.

Todas as técnicas mencionadas, ainda que diferenciadas, não se mostram suficientes para a tutela efetiva de situações de urgência, pois combatem, no máximo, aquele dano inerente a toda atividade jurisdicional, patológica ou não, revelando-se incapazes de expurgar o receio de lesão ou a ameaça de lesão a direito em todos os casos²⁰⁷. Em um ordenamento processual puramente ideal, no qual o procedimento definitivo pudesse sempre ser realizado instantaneamente, fazendo justiça tão logo fosse apresentada a demanda, não haveria espaço para medidas urgentes²⁰⁸. Porém, tal ordenamento não existe, senão no imaginário, justamente porque as atividades jurisdicionais demandam certo lapso temporal, podendo ser

Quando se defere a segurança, procede-se, sem dúvida a um julgamento de mérito, que irá em seguida produzir a coisa julgada material, nos moldes da lei processual (CPC, arts. 467 e seguintes). Da mesma forma, ter-se-á igual res iudicata, se a segurança for denegada com o reconhecimento da inexistência do direito subjetivo material discutido. Sendo, contudo, a denegação atribuída à falta ou insuficiência de prova, o caso será de iliquidez e incerteza do direito, submetendo-se, então, apenas aos efeitos da coisa julgada formal. O impetrante, por isso, não ficará inibido de renovar, por meio de ação ordinária, pretensão igual à deduzida no *mandamus* frustrado (Lei nº. 1.533/51, art. 16)”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 38ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. III, p. 519.

²⁰⁷ Interessante técnica adotada recentemente pelo ordenamento jurídico brasileiro é a da rejeição liminar da demanda, em casos repetitivos, consoante art. 285-A do Código de Processo Civil. Nesse caso, até se poderia cogitar de prestação jurisdicional imediata, sem dilações indevidas. Mesmo assim, trata-se de hipótese de improcedência, ou seja, de sentença declaratória negativa, quando o julgador identifica *prima facie* a inexistência do direito afirmado pela parte em sua petição inicial. Em outras palavras, nesses casos, o julgador desde logo verifica a inexistência de crise no plano do direito material, declarando que não toca ao autor o direito postulado. Não obstante a importância prática dessa técnica, o problema maior reside quando a tutela jurisdicional deve resolver com rapidez a crise aparentemente existente no plano do direito material. Sobre a novel legislação, ver, entre outros, GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide*. Revista de Processo ano 31, nº. 141, novembro, 2006, p. 150-179; ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. *A resolução antecipada do mérito em ações repetitivas (Lei nº. 11.277/2006)*. Revista de Processo ano 31, nº. 141, novembro, 2006, p. 116-127. Sobre a discussão a respeito da constitucionalidade do dispositivo, ver o diálogo entre Mitidiero e Tesheiner. MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 270 a 331*. São Paulo: Memória Jurídica, 2006, tomo III, p. 173-174. Em resposta aos argumentos do jurista, TESHEINER, José Maria Rosa. *Crítica à investida de Mitidiero ao artigo 285-A do CPC*. Disponível em <<http://www.tex.pro.br>>, acesso em 10 de janeiro de 2008. Ver, ainda, a réplica de MITIDIERO, Daniel Francisco. *A multifuncionalidade do direito fundamental ao contraditório: resposta à crítica de Tesheiner*. Disponível em <<http://www.tex.pro.br>>, acesso em 10 de janeiro de 2008.

²⁰⁸ Essa passagem é clássica na obra de Calamandrei e rotineiramente repetida por aqueles que se debruçam sobre o tema. Porém, o jurista italiano falava em medidas cautelares. Nós, para evitar confusão terminológica, utilizamos a expressão medidas de urgência. CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares*. Tradução de Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000, p. 40.

mais ou menos dilatado, mas sempre existirá²⁰⁹. Surge, então, o problema da emergência no processo.

Nesses casos, cabe ao Estado optar por uma de duas alternativas: a) desprezar a exigência de uma proteção imediata, capaz de responder de modo adequado à situação urgente, preferindo seguir o procedimento estabelecido para os casos convencionais (sumarizados ou não); ou b) ao contrário, dar prioridade ao interesse de proteger desde logo o provável direito exposto ao risco de dano iminente, adotando alguma medida que lhe dê segurança, geralmente sem que o direito por tal modo tutelado seja reconhecido como realmente existente pelo julgador, resultado que poderia ser alcançável em razão de eventos futuros, após maiores investigações a respeito²¹⁰.

Costuma-se ressaltar o conflito (ou tensão) entre dois imperativos constitucionais: a segurança e a efetividade²¹¹. De um lado, busca-se realizar o valor segurança, alcançando aos

²⁰⁹ Vale destacar a advertência de Giuseppe Tarzia a respeito da possível “deformação” da tutela jurisdicional, considerando, em verdade, o aumento significativo no número de demandas a exigir a proteção jurisdicional de urgência. O autor sugere que somente a reestruturação do processo ordinário poderá reconduzir as resoluções “cautelares” a sua essência função subsidiária e integradora, não substitutiva da jurisdição ordinária, em um ordenamento de justiça civil inspirado na lógica da garantia e da eficiência, e não naquela, sempre traumática, lógica emergencial. TARZIA, Giuseppe. *La Tutela Cautelar*. Revista Peruana de Derecho Procesal, dezembro, 2001, p. 286-293.

²¹⁰ Ovídio Baptista da Silva destaca que nenhuma dessas opções é plenamente satisfatória. Diz o autor que, na primeira, suprimindo-se a tutela de urgência (ele fala em tutela da aparência), impondo ao julgador o dever de julgar somente depois de ouvir ambas as partes, permitindo-lhes a produção de todas as provas que cada uma delas fosse capaz de trazer ao processo, certamente haveria risco de se obter, ao final da demanda, uma sentença formalmente primorosa, mas inútil sob o ponto de vista da efetividade. O que ganhássemos em segurança teríamos perdido em efetividade no direito. Já na segunda, nada impediria que, ao final da demanda, aquela situação antes verossímil se revelasse incompatível com o material probatório produzido nos autos, ou mesmo o direito afirmado, após maior reflexão, mostre-se inexistente. Em qualquer dos casos, o litigante que tinha razão restaria prejudicado, talvez de modo irreversível quanto aos efeitos fáticos da inércia ou da providência urgente. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil: processo cautelar (tutela de urgência)*. 4^o ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. 2, p. 05-07.

²¹¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 5^a. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 60-72.

litigantes meios probatórios e garantindo o diálogo judicial, a fim de que o magistrado possa, geralmente após cognição plena e exauriente, proferir decisão com elevado nível de acerto. De outro, de nada adianta pronunciamento judicial inadequado ou tardio, pois inócuo, ainda mais na dinâmica sociedade contemporânea, motivo pelo qual se reclama de modo legítimo a entrega tempestiva da tutela jurisdicional a fim de atingir-se o valor efetividade.

A toda evidência, desde o direito romano antigo tem-se notícia de provimentos urgentes, como, por exemplo, os interditos expedidos pelos pretores que determinavam ordens de proibição, restituição ou exibição, com ou sem a oitiva do réu²¹². Aliás, são conhecidos provimentos sumários e satisfativos, como a tutela da posse (*actio exhibendum*), do direito a alimentos, do direito do menor e do nascituro à herança (*bonorum possessio ex carboniano e nasciturus*), do direito dos herdeiros à posse dos bens da herança, *etc*²¹³.

No direito brasileiro, como sói ocorrer no mundo civilizado contemporâneo, elegeu-se a segunda opção, com a consagração em âmbito constitucional (CF, art. 5º, XXXV) da inafastabilidade do controle pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça de lesão a direito, assumindo o Estado o *poder/dever* de prestar e a tutela jurisdicional de modo efetivo, prestação resumida na conhecida lição de Chiovenda, ao dizer que o processo deve dar a quem tem direito

²¹² LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. VIII. t. I, p. 102 e seguintes.

²¹³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Perfil Dogmático da Tutela de Urgência*. Revista Forense, Rio de Janeiro, Forense, v. 342, abr./mai./jun. 1998, p. 13-28. O autor lista doze exemplos de procedimentos com cognição sumária e técnica antecipatória dos efeitos materiais da tutela, dez nas *Pandectas* e dois nos Códigos de 213 e 331 d.C.

tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito de obter²¹⁴. Verifica-se, pois, a necessidade de proteção para essas situações emergenciais. Tutela especial, diferenciada em relação a todas as outras formas de tutela, independentemente do tipo de procedimento²¹⁵.

O referido conflito, todavia, é apenas aparente, pois não existe segurança sem efetividade, nem efetividade sem segurança. São valores complementares, que servem ao sistema de modo valioso. Ocorre, na realidade, ora predominância do primeiro, ora do segundo; o que vai depender, no processo, das opções procedimentais e das técnicas dispostas na legislação e, em última análise, aplicadas pelo julgador, em consonância com os anseios culturais de cada sociedade e com os aspectos individuais e peculiares envolvidos em cada demanda²¹⁶. Ao fim e ao cabo, a busca por proteção jurisdicional de urgência é mesmo uma necessidade social, que não poderia deixar de ser atendida.

Nesse sentido – e isso representa um dos pontos cruciais no desenvolvimento desse estudo – poder-se-ia classificar o fenômeno da tutela jurisdicional quanto ao *estado* ou *situação*, e, nesse aspecto, haveria duas modalidades: *tutela jurisdicional normal* (ou convencional), independente do tipo de procedimento – ou seja, independentemente de ser ou não ser

²¹⁴ Sobre os ordenamentos francês, belga, português e italiano, e sua relação com o direito brasileiro, ver, entre outros, THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu*. Revista de Processo, ano 33, nº. 157, março, 2008, p. 129-146.

²¹⁵ Destaca-se sua necessidade também nos casos de intervenção de terceiros. Sobre o assunto, por todos, GOMES, Victor André Liuzzi. *Intervenção de Terceiros e Tutela de Urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. Salienta-se, ainda, sua necessidade no âmbito dos juizados especiais federais ou estaduais. Sobre a problemática específica daqueles, ver CÂMARA, Alexandre Freitas. *Tutela jurisdicional de urgência nos Juizados Especiais Federais*. Revista Dialética de Direito Processual, nº. 2, maio, 2003, p. 07-14, e, também, THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 38ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. III, p. 504-505.

²¹⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais*. In *Do Formalismo no Processo Civil*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 260-274.

sumarizado –, e *tutela jurisdicional de urgência*, prestada em razão dessa circunstância fática especial.

Uma classificação científica deveria buscar conceitos e modelos aplicáveis ao objeto investigado, esclarecendo da melhor maneira possível o fenômeno que examina. Aqui, não se pretende classificar os procedimentos sumários, tampouco caracterizar a chamada tutela antecipada ou mesmo a tutela cautelar pela nota essencial da urgência. Classifica-se a tutela jurisdicional quanto ao *estado* ou *situação*, sendo dividida entre aquela *normal* ou *convencional* (independente do tipo de procedimento – ou seja, independentemente de ser ou não ser sumarizado) e aquela *urgente*, prestada em face dessa circunstância especial, que é capaz de gerar um “novo” direito.

Desse modo, esse ramo muito particular da tutela jurisdicional parece ser mais bem compreendido, pois a classificação aqui proposta acaba por isolá-lo de outras modalidades de tutela jurisdicional sumarizadas, possibilitando seu estudo específico e, conseqüentemente, mais cristalino.

1.2.3.2 Periculum in mora como nota essencial da tutela jurisdicional de urgência

Em ponto anterior, foi dito que há situação de urgência quando (1) existe necessidade imediata de (2) tomar-se determinada providência, (3) a fim de ser afastado risco de

lesão ou sua potencialidade (prolongamento no tempo ou seu agravamento). Foi referido, também, que a urgência pode justificar a exceção à aplicação de regras que estabeleçam determinados comportamentos, autorizando a antecipação, a supressão de etapas ou, ainda, a realização de outras medidas, justamente para afastar aquele receio. No plano processual, há urgência quando se verifica perigo concreto de que a observância do procedimento normal (sumarizado ou não) para a entrega definitiva da tutela jurisdicional poderá ocasionar lesão (material ou instrumental) ao direito do litigante que aparenta razão.

Trata-se, pois, de reconhecer que a nota essencial da tutela jurisdicional de urgência reside no chamado *periculum in mora*²¹⁷. Em outras palavras, poder-se-ia classificar o fenômeno da tutela jurisdicional quanto ao *estado* ou *situação*, que seria compreendido em suas duas modalidades: *tutela jurisdicional normal* (ou convencional), independente do tipo de

²¹⁷ É o que diz Calamandrei, em seu clássico estudo sobre os provimentos cautelares: “Também a tutela ordinária pode ter finalidade preventiva; também o procedimento definitivo (não-cautelar) pode, em certos casos, ser proferido em caráter de urgência, de modo a fazer com que a tutela ordinária chegue sem atraso. Mas, a fim de que surja o interesse específico em solicitar uma medida cautelar, é necessário que a esses dois elementos (prevenção e urgência) se acrescente um terceiro, que é aquele no qual reside propriamente a importância da característica do *periculum in mora*: ou seja, que para remediar tempestivamente o perigo de dano que ameaça o direito, a tutela ordinária se revela muito lenta, de modo que, na espera de que amadureça através do longo processo ordinário o procedimento definitivo, deva providenciar-se com urgência de modo a impedir com medidas provisórias que o dano ameaçado se produza ou se agrave naquela espera.

O *periculum in mora*, que é a base das medidas cautelares, não é, portanto, o genérico perigo de dano jurídico, ao qual se pode em certos casos remediar com a tutela ordinária; mas é especificamente o perigo daquele ulterior dano marginal, que poderia derivar do atraso, tido como inevitável em razão da lentidão do procedimento ordinário, do procedimento definitivo. É a impossibilidade prática de acelerar a prolação do procedimento definitivo que faz surgir o interesse na emanção de uma medida provisória; é a mora desse procedimento definitivo, considerada em si mesma como a possível causa de ulterior dano, que se provê a tornar preventivamente inócua com uma medida cautelar que antecipa provisoriamente os efeitos do procedimento definitivo. Assim, também quando no campo das relações substanciais a lesão do direito já ocorreu e o procedimento definitivo não pode ter outro objetivo senão aquele reintegrativo, o procedimento cautelar tem em si própria finalidade preventiva diante daquele agravamento do dano que, em acréscimo àquele produzido pelo culpado, poderia derivar do inevitável prolongamento do processo ordinário”. CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares*. Tradução de Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000, p. 37-38. Ver, também, THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Antecipação de tutela e medidas cautelares – Tutela de emergência*. Revista Jurídica, ano XLVI, n.º. 253, novembro, 1998, p. 25-45.

procedimento – ou seja, independentemente de ser ou não ser sumarizado –, e *tutela jurisdicional de urgência*, prestada em razão dessa circunstância fática especial.

Note-se que a expressão *periculum in mora* é aberta, comportando ampla interpretação, sendo mesmo a nota distintiva dos provimentos dessa natureza, que se relacionam não apenas com o procedimento ordinário, mas com todos os procedimentos (v.g., sumarizados, especiais, etc.)²¹⁸. Destaca-se, pois, que a urgência aqui referida decorre de receio concreto de lesão, não de mera hipótese. Vejamos a lição de Calamandrei:

Para nos aproximarmos de uma clara noção do *periculum in mora*, é necessário dar outro passo: não basta que o interesse de agir surja de um estado de perigo e que o procedimento invocado tenha por isso intento preventivo de dano somente temido, mas é necessário ainda que, em razão da iminência do perigo, o procedimento requerido tenha caráter de urgência, quando fosse previsível que, onde este tardasse, o dano temido se transformaria em dano efetivo, ou se agravaria em dano já verificado: de modo que a eficácia preventiva do procedimento seria praticamente anulada ou prejudicada²¹⁹.

Em outras palavras, sobre a possibilidade de dano, seria preciso examinar se as circunstâncias de fato demonstrariam sério motivo para temer o evento danoso, se haveria mesmo urgência que justificasse um pronunciamento imediato e qual seria a melhor medida no caso concreto²²⁰.

²¹⁸ Também é possível verificar-se a necessidade de medida de urgência, por exemplo, nos juizados especiais, nas ações cambiais, possessórias, no procedimento monitorio. Enfim, a urgência, embora possa ser presumida pelo legislador em certos casos, ao admitir expressamente a possibilidade de se antecipar certos efeitos da tutela ou de se tomar providências cautelares, não importa em afirmar que inexistiria, nessas hipóteses, tutela de urgência.

²¹⁹ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares*. Tradução de Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000, p. 35. No mesmo sentido, MARINS, Victor A. A. Bomfim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, vol. 12, p. 101-103.

²²⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Tradução espanhola da terceira edição italiana por Jose Casais Santaló. Madri: Réus, 1922, vol. II, Tomo I, p. 281.

O dano que se pretende evitar com a tutela jurisdicional de urgência não seria aquele reflexo ao processo, que ocorreria em qualquer caso em razão do tempo necessário para chegar-se ao final do procedimento. Não se quer dizer, porém, que a demora no procedimento não possa causar danos, nem que estes não devam ser repelidos. Ocorre que a redução dos prejuízos em função do tempo deve ser examinada em campo próprio, fora daquela modalidade de tutela jurisdicional, sob pena de incremento desmedido de situações emergenciais. Tratar-se-ia de receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Essa “irreparabilidade” é considerada um atributo do prejuízo, um modo de ser do dano, que deve ser valorada não apenas objetivamente, mas também levando em consideração os poderes que a parte legitimamente exercitaria para evitar o prejuízo²²¹.

No que consistiria mais especificamente esse dano que se busca evitar? A toda evidência, a melhor resposta seria aquela que levasse em conta os possíveis prejuízos que os litigantes poderiam sofrer durante o tramitar do procedimento, pois relacionada com as necessidades do mundo real, critério suficiente para justificar a investigação. Tal tarefa, porém, não poderia mesmo ser realizada de modo particular, considerando um universo infinito de hipóteses imaginárias, assim como outras, sequer previsíveis. Por outro lado, de maneira geral, mostrar-se-ia possível sistematizá-los em dois grupos: o primeiro formado por aquelas situações em que haveria risco de dano às atividades processuais da parte, e o segundo, relacionado com o risco de dano (amplamente considerado²²²) ao próprio direito material invocado pelo litigante.

²²¹ TOMMASEO, Ferruccio. *Provvedimenti di urgenza*. Enciclopedia Del Diritto, vol. XXXVII, Milão: Giuffrè, p. 856-883.

²²² O conceito de dano para a tutela de urgência deve ser amplo, abrangendo, ao fim e ao cabo, todos os bens juridicamente protegidos, tenham ou não conteúdo patrimonial.

Nos dois casos, proteger-se-ia o jurisdicionado e a própria prestação da tutela jurisdicional. A distinção, embora sutil em alguns casos, seria clara, servindo para explicar e compreender essa modalidade diferenciada de proteção jurídica.

No primeiro grupo, haveria perigo de dano aos meios processuais instrumentais indispensáveis para o desenvolvimento efetivo da tutela jurisdicional, já pleiteada ou não. A urgência residiria no possível desaparecimento desses elementos exteriores ao processo (em especial as fontes de prova e os bens²²³) antes do momento previsto para sua utilização no procedimento, esvaziando-se tal possibilidade. Na atividade cognitiva, por exemplo, o fato constitutivo do direito da parte talvez dependesse do depoimento de terceiro, cujo estado de saúde precário permitisse o receio de que este não permanecesse vivo ou em condições físicas e mentais de ser ouvido no momento processual oportuno. Já na atividade executiva, exemplificativamente, haveria de risco ao direito do credor quando o devedor promovesse atos

²²³ Diz Cândido Rangel Dinamarco: “Para que o processo possa produzir seus resultados, o juiz e as partes precisam valer-se de certos elementos externos que, quando trazidos para o processo e utilizados convenientemente, favorecem o *conhecimento* de realidades relacionadas com o conflito e a efetiva *satisfação* das pretensões amparadas pelo direito. Tais são os *meios processuais instrumentais*, representados pela *prova* e pelos *bens*. Todos eles vêm do mundo exterior e são de grande utilidade porque também o processo mesmo não vive isolado da realidade da vida, sendo por isso indispensável captar esses elementos capazes de refletir realidades exteriores ou de afinal influir sobre elas. As provas têm função preponderante no processo de conhecimento e os bens, no executivo. A captação e utilização dos meios instrumentais em benefício da preparação da tutela jurisdicional justa e efetiva é regida pelos preceitos inerentes à técnica processual, incidindo sobre eles as atividades que os sujeitos do processo realizam ao longo do procedimento. As *fontes de prova*, quando utilizadas convenientemente, são elementos que reconstituem diante dos sentidos do juiz as realidades externas passadas e presentes que servirão de fundamento para a convicção a ser formada sobre as demandas postas em juízo. Os *bens* são objeto de constrições adequadas e assim submetidos ao poder que o juiz exerce, porque deles depende a produção de resultados externos sensíveis sobre a vida das pessoas e seu patrimônio.

(...)

São bens relevantes para o processo civil os elementos materiais externos capazes de produzir a satisfação de pretensões. Consideram-se *bens*, nesse sentido, as coisas materiais ou imateriais, móveis ou imóveis, divisíveis ou indivisíveis, singulares ou universais, *etc.* (CC, arts. 79 ss), bem assim o próprio ser humano em alguns casos. Sobre os bens de toda natureza o juiz exerce seu poder e os utiliza à efetivação do resultado do processo (tutela jurisdicional efetiva)”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4ª edição, revista atualizada e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004, vol. II, p. 613-616.

capazes de reduzir seu patrimônio a tal ponto que o tornasse insolvente. Justificar-se-ia a tomada de medidas urgentes para afastar o dano iminente em ambas as hipóteses, fosse com a produção antecipada de prova, fosse com o arresto de bens ou, ainda, mediante outras providências adequadas ao caso, assegurando o desenvolvimento salutar da atividade processual (de conhecimento ou de execução)²²⁴.

No segundo grupo, o risco de dano estaria mais próximo do direito material invocado, relacionando-se com sua própria natureza ou função, e traria a idéia de que, diante de uma situação específica, sua satisfação (ou fruição) não poderia esperar pelo trâmite usual do procedimento, sob pena de prejuízo irreparável ou de difícil reparação. Em outras palavras, a urgência residiria na possibilidade concreta e iminente de dano ao direito caso a tutela jurisdicional pleiteada não fosse realizada desde logo, por meio de providências que interferissem no plano sensível, justamente para conservar a incolumidade do direito afirmado. Seria o caso, por exemplo, de medida urgente destinada a suspender eventual empreendimento imobiliário em face de risco de dano ambiental; ou de ordem de abstenção ao credor, para que não promovesse a inscrição do nome do devedor em órgão de proteção ao crédito por dívida já adimplida, a fim de afastar receio de dano à imagem e à honra do consumidor; ou de ordem à

²²⁴ A doutrina italiana denomina esse fenômeno de *pericolo da infruttuosità*, que é assim definido por Proto Pisani: “il pericolo che durante il tempo necessario per lo svolgimento del processo a cognizione piena sopraggiungano dei fatti tali da rendere impossibile o molto più difficoltosa la concreta possibilità di attuazione della sentenza (o dell’ordinanza in ipotesi di instruzione) a cognizione piena”. PISANI, Andrea Proto. *I procedimenti cautelari*. In Enciclopedia giuridica, vol. XXIV, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1991, p. 06 *apud* BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 174. Ver, também, TOMMASEO, Ferruccio. *Provvedimenti di urgenza*. Enciclopedia Del Diritto, vol. XXXVII, Milão: Giuffrè, p. 856-883.

empresa para que retirasse propaganda considerada ilegal; ou a imposição imediata do pagamento de verba alimentar; *etc*²²⁵.

A tutela jurisdicional de urgência, portanto, serviria para afastar o perigo concreto (iminente, que decorria de situação específica) de dano irreparável ou de difícil reparação ou sua potencialidade (prolongamento no tempo ou seu agravamento) aos meios processuais instrumentos e/ou ao direito afirmado em si, em razão da observância do procedimento convencional estabelecido para a respectiva tutela no plano processual (*periculum in mora*).

1.2.3.3 Cognição sumária e *fumus boni iuris*

Em razão da urgência, o procedimento correspondente deveria ser adequado a essa situação. Desse modo, caberia ao juiz responder com rapidez o pedido da parte, com o que não seria razoável exigir-lhe profunda atividade investigativa²²⁶. Como disse Chiovenda, “a

²²⁵ A doutrina peninsular utilizaria a expressão *perigolo del ritardo* ou *pericolo da tardività* para classificar o *periculum in mora* decorrente da demora, do atraso na entrega da prestação jurisdicional. PISANI, Andrea Proto. *I procedimenti cautelari*. In Enciclopedia giuridica, vol. XXIV, Instituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1991, p. 06 *apud* BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 175. Ver, também, TOMMASEO, Ferruccio. *Provvedimenti di urgenza*. Enciclopedia Del Diritto, vol. XXXVII, Milão: Giuffrè, p. 856-883. Não é isso o que se sustenta em nosso trabalho, pois a urgência não pode prescindir de uma situação específica que cause receio concreto de dano, ou seja, não basta a mera demora ou o mero atraso na prestação da tutela jurisdicional. Sobre o assunto, com a crítica da doutrina italiana, RIBEIRO, Darci Guimarães. *Aspectos relevantes da teoria geral da ação cautelar inominada*. Revista AJURIS, nº. 70, ano XXIV, julho, 1997, p. 56-83.

²²⁶ MARINS, Victor A. A. Bomfim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, vol. 12, p. 103-104.

necessidade de se obter razão não deve voltar em dano a quem tem razão²²⁷. Justamente porque faltaria tempo para a observância de todo procedimento estabelecido para os casos normais, essa modalidade especial de tutela jurisdicional seria compatível com a técnica da *cognição sumária*²²⁸, admitindo juízos de probabilidade (*verossimilhança*) sobre a alegada situação de perigo e sobre o próprio direito afirmado. A respeito do assunto, Kazuo Watanabe:

A *cognição sumária* é uma cognição superficial, menos aprofundada no sentido vertical.

Através dela se busca, no dizer de Calamandrei, “un giudizio di *probalità* e di *verosimiglianza*”. Também Liebman analisando a ação cautelar, alude a “*giudizio di probalità*”, que equipara a “*verosimiglianza*”, mas estabelece graus, pois esclarece que “sul diritto il giudice deve formarsi una semplice opinione di credibilità, senza attarsi a raggiungere una vera sicurezza della sua esistenza” e “sul pericolo nel ritardo invece si tratta di considerare sufficientemente verosimile la minaccia di un evento dannoso futuro, allo scopo di prevenirlo e impedirne l’accadimento”. A probabilidade e a verossimilhança têm graus.

(...)

A convicção do juiz, na cognição sumária, apresenta todos esses graus. Dever haver adequação da intensidade do juízo de probabilidade ao momento procedimental da avaliação, à natureza do direito alegado, à espécie dos fatos afirmados, à natureza do provimento a ser concedido, enfim, à especificidade do caso concreto. Em razão da função que cumpre a cognição sumária, mero instrumento para a tutela de um direito, e não para a declaração de sua certeza, o grau máximo de probabilidade é excessivo, inoportuno e inútil ao fim a que se destina²²⁹.

Essa modalidade de tutela jurisdicional, vinculada ao *periculum in mora*, exige a aparência do direito afirmado (*fumus boni iuris*), prescindindo de critérios de certeza (e a

²²⁷ Conforme CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares*. Tradução de Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000, p. 41, nota 1.

²²⁸ Destaca-se, porém, que as medidas de urgência podem ser pleiteadas ao longo do procedimento, inclusive na fase recursal, sendo que, nesses casos, não se poderia dizer propriamente que essa decisão seria tomada com base em cognição sumária, pelo menos quanto à questão de fundo. Pode-se sustentar, por outro lado, que haveria cognição sumária quanto ao requisito da urgência, vinculado ao respectivo dano. De qualquer sorte, ninguém vincula a concessão de medidas urgentes à cognição plena e exauriente.

²²⁹ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2ª edição. Campinas: Bookseller, 2000, p. 126-128.

certeza, diga-se de passagem, seria sempre relativa em direito processual²³⁰). Relacionam-se, assim, duas características peculiares dessa modalidade de tutela jurisdicional: a *cognição sumária* e o *fumus boni iuris*.

Em matéria de urgência, portanto, o magistrado estaria autorizado a formar seu convencimento com base em juízo de verossimilhança²³¹. Mas o que isso quer dizer²³²? Em geral, a doutrina parte da constatação de que a verdade real seria uma meta inalcançável, deslocando o exame do convencimento do juiz para o terreno das probabilidades²³³, diferenciando em graus o nível da convicção. Calamandrei, por exemplo, emprega as noções de “possibilidade”, “verossimilhança” e “probabilidade”. Para o autor, “possível” é o que pode ser verdadeiro; “verossímil” é o que tem aparência de ser verdadeiro; “provável” é o que se pode provar, etimologicamente, como verdadeiro. Quem diz que um fato é verossímil está mais próximo em reconhecê-lo verdadeiro do que quem se limita a dizer que é possível; e quem diz que é provável está ainda mais a frente, porque ultrapassa a aparência, e admite a existência de argumentos para acreditar que o objeto investigado corresponda à realidade. Porém, o jurista

²³⁰ “Entre fazer bem feito e fazer logo, em situações de urgência o juiz opta por fazer logo, deixando o juízo definitivo do bem ou do mal para as sossegadas investigações destinadas ao julgamento do mérito da causa (Calamandrei)”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2004, v. I., p. 162.

²³¹ Ver a crítica de Ovídio Baptista da Silva ao Processo do Conhecimento e ao paradigma racionalista que o sustentou inalterado até a introdução da técnica antecipatória no ordenamento processual brasileiro ordinário. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Decisões Interlocutórias e Sentenças Liminares*. In *Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 05-24, e *Tutela Antecipatória e Juízos de Verossimilhança*. In *Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 217-221.

²³² Preocupou-se com o assunto FLACH, Daisson. *A verossimilhança nos provimentos de cognição sumária*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Dissertação de Mestrado, 2007.

²³³ Ver, por todos, CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Tutela Antecipada*. 5ª edição. Curitiba: Juruá, 2006, p. 39 e seguintes.

demonstra certo ceticismo ao destacar que essas três qualificações podem variar na concepção (psicológica) de cada juiz²³⁴.

Luiz Guilherme Marinoni, rejeitando expressamente a possibilidade de atribuição de graus na convicção do juiz, afirma que, na perspectiva gnoseológica, o juízo seria sempre de verossimilhança²³⁵. Mesmo assim, o autor distingue convicção de verdade e convicção de verossimilhança. Diz que, como regra, o magistrado não poderia julgar o pedido procedente, de modo definitivo, com base na teoria da verossimilhança preponderante, o que equivaleria a entender que o juiz não precisaria se convencer para julgar²³⁶. Essa verossimilhança

²³⁴ CALAMANDREI, Piero. *Verità e verosimiglianza nel processo civile*. Rivista di diritto, vol. X, parte I, Cedam, Padova, 1955, p. 164-192.

²³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 210. Aliás, de certo modo, essa já era a lição de CALAMANDREI, Piero. *Verità e verosimiglianza nel processo civile*. Rivista di diritto, vol. X, parte I, Cedam, Padova, 1955, p. 164-192.

²³⁶ Diz o jurista, ao examinar a tese sueca da verossimilhança preponderante (*Överviktsprincip*) adotada por parte da doutrina alemã (*Überwiegensprinzip*): “Não satisfeita com a idéia de que o julgamento fundado em verossimilhança apenas seria possível nas hipóteses em que a lei, ou o juiz considerando as especificidades de determinada situação de direito material, determinassem um grau de probabilidade suficiente, a doutrina sueca foi mais adiante para concluir que o julgamento poderia fugir da regra do ônus da prova quando existisse um *mínimo* de preponderância da prova, vale dizer, *um grau de 51%*. (...) Aí, como é fácil perceber, a idéia de ônus da prova acaba assumindo importância não como mecanismo de distribuição desse ônus, e muito menos, como regra de juízo, mas como uma espécie de *régua* que indicaria a parte que deveria obter êxito. (...)”

Não há como negar que o juiz não pode apreender a essência da verdade e que a prova não pode ser pensada como meio capaz de reconstruir os fatos da causa. Isso não significa, entretanto, conforme já dito, que o juiz não deva procurar se convencer a respeito da verdade.

Ou melhor, não é porque a verdade do processo é construída através da participação das partes e do próprio juiz, e, nesse sentido, não pode ser confundida com a ‘verdade’ dos fatos – que é inatingível –, que o juiz pode definir o conflito de interesses com base na tese da verossimilhança preponderante, como pretendia a doutrina sueca e parte da doutrina alemã. O juiz, ainda que não possa buscar, na perspectiva gnoseológica, a verdade dos fatos – até porque essa não pode sequer ser a sua intenção –, evidentemente não pode abrir mão da necessidade de se *convencer* para julgar o mérito.

Aliás, mesmo aqueles que desejam que o juiz dê ganho de causa à parte cujo direito é mais verossímil, encontram um obstáculo insuperável na sustentação dessa teoria. É que não é possível medir, em termos matemáticos, a graduação de uma prova ou de um conjunto de provas, o que impediria a devida justificação da ‘verossimilhança preponderante’. *É preciso que exista algo externo à prova para justificar a redução da sua exigência.*

De qualquer forma, não há como negar a obviedade de que o juiz, para julgar adequadamente, deve buscar se convencer da verdade. Ora, supor que o juiz, em regra, deve proferir a sentença com base na verossimilhança que preponderar, *é simplesmente imaginar que o juiz não precisa se convencer para julgar.*

Não há dúvida de que a dificuldade de prova e a natureza do direito material podem justificar a redução das exigências de prova no caso concreto, dando ao juiz a possibilidade de se contentar com a verossimilhança. Mas,

preponderante, porém, encontraria campo propício na tutela sumária e de urgência. Segundo o autor, decidir desse modo significaria “sacrificar o improvável em benefício do provável. E nem poderia ser diferente, mesmo que não houvesse tal expressa autorização, pois não há racionalidade em negar tutela a um direito que corre risco de ser lesado sob o argumento de que não há convicção de verdade”²³⁷.

Sua doutrina busca acomodar a regra do ônus da prova – destinada a servir para o julgamento definitivo da generalidade dos casos, exceto para aqueles com peculiaridades advindas do direito material – com a necessidade de tutela urgente, considerando que aquela não serviria para esta proteção jurídica, mormente porque prestada muitas vezes sem maiores dilações probatórias. Daí a convicção de verossimilhança em oposição à convicção de certeza. No fundo, o jurista não se afastaria totalmente daquela doutrina que admite a existência de graus diferentes quanto ao convencimento do julgador, apenas o faz com a nota diferenciadora de que esse nível diverso do juízo se daria mediante o aprofundamento da relação dialética, com a produção de provas, ou seja, adquiriria maior qualidade na medida em que o procedimento evoluísse, possibilitando ao magistrado, ao final, emitir juízo de *convicção de verdade*²³⁸.

De nossa parte, aderimos a sua doutrina com apenas uma ressalva, mais de forma do que de fundo: não concordamos com a afirmativa de que a chamada *convicção de verossimilhança* não poderia ser aplicada também nos julgamentos definitivos. Evidentemente,

isso somente pode ser admissível em casos excepcionais, não como regra”. MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 455-456.

²³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 213.

²³⁸ *Idem*, p. 208 e seguintes.

se os fatos constitutivos do direito do autor não foram demonstrados no processo, a demanda deveria ser julgada improcedente. Por outro lado, se fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor restasse comprovado no processo, a demanda não poderia ser julgada procedente (ao menos não totalmente procedente). A regra do ônus da prova permaneceria válida.

Ocorre que a “cada parte corresponde o ônus de provar os fatos que servem de pressuposto à norma que consagra o efeito jurídico perseguido, qualquer que seja sua posição processual”²³⁹, cabendo ao julgador, essencialmente²⁴⁰, avaliar o substrato probatório produzido, buscando encontrar a solução adequada, coerente e justa para o caso concreto. Nessa tarefa, diante da infinidade de situações da vida, não poderia ser descartada a hipótese de dúvida, mesmo após dilação probatória, capaz de importar na convicção de verossimilhança. Cumpre recordar as demandas indenizatórias envolvendo acidentes de trânsito, em que cada parte aponta o adversário como o causador do sinistro e, pior, chega a ser produzida prova testemunhal de modo a amparar as duas teses antagônicas, considerando, inclusive, que essas provas possam ser idôneas²⁴¹.

²³⁹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de derecho procesal*. 3ª edição. Bogotá: Editorial ABC, 1973, vol. II, p. 152.

²⁴⁰ O termo “essencialmente” tem endereço certo: é que o julgador também participa da construção da prova, seja com o juízo de admissibilidades daquelas pleiteadas pelas partes, seja com a determinação *ex officio*. Nesse sentido, o art. 130, do CPC, ao dispor que “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”. Sobre o assunto, entre outros, ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo*. Revista AJURIS, ano XXX, n.º. 90, julho, 2003, MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Iniciativa probatória do juiz e princípio do contraditório no processo civil*. In *Prova Cível*. Organizador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 119-139.

²⁴¹ Imagine-se demanda indenizatória por danos materiais promovida perante o juizado especial. Inexistindo acordo, realiza-se audiência de instrução. Nesta, apenas a testemunha arrolada pelo autor é ouvida em juízo, considerando que aquela arrolada pelo réu não fora comunicada oportunamente, consoante requerimento previamente elaborado (Lei n.º. 9.099/1995, art. 34). A sentença proferida, então, fora de procedência, com a condenação do réu ao

A crítica apontada por Luiz Guilherme Marinoni a respeito da aplicação da teoria da verossimilhança preponderante não procederia nesses casos, pois a dúvida do julgador não poderia levar à conclusão de que ele decidiu sem estar convencido. Melhor dizer que formou sua convicção com base no substrato probatório existente nos autos, reconhecendo o direito de um litigante e rejeitando o do outro, porque aquele seria mais verossímil do que este. Não se trataria de uma posição matemática (quem possuir em seu favor preponderância de prova em 51%, venceria o litígio), mas da aceitação da realidade processual, da falibilidade humana, e das infundáveis hipóteses de dúvidas do julgador, especialmente diante da proibição do *non liquet*. Aqui, a aplicação da regra do ônus da prova serviria para a exposição formal do raciocínio do julgador, ou seja, também seria aplicável (e por isso nossa divergência é mais de forma do que de fundo), mas não de modo frio e geométrico, como entendida no processo civil liberal²⁴².

pagamento das despesas com o conserto do veículo do autor, tendo sido negado, conseqüentemente, o pedido contraposto por ele formulado (Lei nº. 9.099/1955, art. 31). Interposto o recurso, a sentença é desconstituída, reabrindo-se a instrução. Agora, sim, a testemunha arrolada pelo réu é finalmente ouvida em juízo. Imagine-se que primeira, ouvida dois meses após o acidente, afirmara que se encontrava a aproximadamente trinta metros de distância do acidente, imputando a culpa ao réu. A segunda, ouvida oito meses após o acidente, afirmara que estava a quinze metros de distância, imputando culpa ao autor. Imagine-se que ambas foram convincentes, inexistindo motivo para descrédito. O julgador poderia aplicar uma primeira máxima de experiência: a testemunha mais próxima possuiria melhor condição de narrar o fato tal como ocorrido. Por outro lado, poderia o julgador aplicar uma segunda máxima de experiência: a testemunha ouvida em juízo logo após o acidente possuiria melhor condição de narrá-lo tal como ocorreu. O caso hipotético – que bem poderia ser verdadeiro – não possui qualquer peculiaridade decorrente do direito material. Como seria a solução caso aplicada a regra do ônus da prova? Improcedência ao pedido do autor e improcedência ao pedido contraposto do réu. Procedência para ambos? Quer nos parecer que a solução mais adequada seria o julgamento por convicção de verossimilhança preponderante, com a ponderação do substrato probatório de modo a encontrar-se a versão mais verossímil. A toda evidência, inúmeras demandas são decididas desse modo, considerando a dificuldade da prova para ambos os litigantes.

²⁴² A rigidez da regra do ônus probatório, embora essencialmente útil ao julgador para a solução dos problemas probatórios, possui uma característica própria do pensamento liberal, consubstanciada na divisão “igualitária” do ônus de provar, sem cuidar das exigências do direito material, observando, apenas, a posição de cada litigante. Para Rosenberg, diga-se de passagem, a imobilidade da regra do ônus da prova seria exigência da própria finalidade do processo, que mais do que averiguar a verdade, importaria em assegurar a paz jurídica, com a eliminação definitiva da incerteza entre as partes. Percebe-se clara sintonia entre a “rigidez da distribuição do ônus probatório e a idéia de que o escopo da jurisdição é apenas pacificar (e, não, como modernamente se entende, pacificar com justiça)”. KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 176.

De qualquer sorte, na tutela jurisdicional de urgência, em geral, a convicção do magistrado seria baseada em juízo de *verossimilhança preponderante*, entendido o conceito na lógica do provável, tutelando o direito aparente em conformidade com as provas a ele alcançadas, as quais o auxiliariam na formação do convencimento, rejeitando ou acolhendo o requerimento da parte²⁴³. O que realmente interessa, nesse contexto, são os elementos que influenciam na convicção do julgador e, conseqüentemente, na verificação (controle) da racionalidade de sua decisão, a fim de ser afastado o arbítrio²⁴⁴ e para atingir a pretensão de correção²⁴⁵.

Nesse sentido, três elementos devem ser investigados: (1) a existência da urgência, a justificar a quebra do procedimento estabelecido para os casos normais; (2) a aparência do

²⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 220 e seguintes.

²⁴⁴ Essa preocupação legítima é corrente na doutrina, justamente porque se parte do pressuposto de que a decisão racional é possível e necessária ao sistema jurídico não arbitrário, devendo ser controlável sua racionalidade, tanto quanto ao exame fático como de suas conseqüências jurídicas. Sobre o assunto, TARUFFO, Michele. *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*. Revista de Processo, ano 32, nº. 143, janeiro, 2007, p. 65-77. Darci Ribeiro Guimarães, em estudo publicado em 1997, chegou a afirmar que na análise do *fumus boni iuris*, o julgador possuiria poder discricionário, no sentido de valorar ao seu critério a plausibilidade ou a verossimilhança do direito que lhe é apresentado. RIBEIRO, Darci Guimarães. *Aspectos relevantes da teoria geral da ação cautelar inominada*. Revista AJURIS, nº. 70, ano XXIV, julho, 1997, p. 56-83. No entanto, não haveria, mesmo nos casos de urgência, discricionariez judicial, embora não se possa negar a existência de mais de uma interpretação legítima sobre os fatos e sobre o direito.

²⁴⁵ Não se está, aqui, a sustentar a tese da única resposta correta, mas a de admitir a necessidade da melhor interpretação constitucional, levando-se em conta diversas premissas: (a) o posicionamento dos princípios fundamentais na base e no ápice do sistema constitucional, (b) o menor sacrifício para a maior preservação dos direitos fundamentais, (c) a asseguaração do maior alcance da tutela jurisdicional possível, (d) a excelência do discurso normativo constitucional, (e) a hierarquização fundamentada, objetiva e imparcial das premissas eleitas para a solução dos casos concretos, (f) a coerência e a abertura do sistema, (g) o zelo pela vitalidade do sistema, sem o desprezo do texto, mas indo além dele, (h) a visualização dos direitos fundamentais como uma totalidade indissociável e a conseqüente busca pela maximização da sua eficácia, (i) a preservação ao máximo dos princípios ainda que em colisão. Sobre o assunto, ver FREITAS, Juarez. *A melhor interpretação constitucional versus a única resposta correta*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Del Rey, nº. 2, jul./dez., 2003, p. 279-315. Sobre a interpretação da norma jurídica, interessantíssimo texto de BUENO, Cassio Scarpinella. *Direito, Interpretação e Norma Jurídica: uma aproximação musical do direito*. Revista de Processo, vol. 111, nº. 28, jul./set., 2003, p. 223-242.

direito postulado, o que importa em avaliar o substrato probatório e sua consequência jurídica; e (3) os efeitos da decisão, especialmente para observar eventuais restrições à esfera jurídica da parte adversa, considerando, inclusive, a hipótese excepcional de irreversibilidade (fática ou fática e jurídica). Toda essa atividade deve sempre levar em consideração o direito material e as necessidades do caso concreto, sem descuidar do constante conflito entre efetividade e segurança.

Reconhecida a necessidade de intervenção jurisdicional, o julgador deve buscar aquela medida menos “onerosa” possível (exame dos meios), de modo proporcional. Nesse momento de nossa investigação, interessa a atividade cognitiva quanto ao reconhecimento ou não da necessidade de intervenção jurisdicional em razão da urgência, o que deve ser feito mediante o exame relacional dos elementos referidos acima.

1.2.4. Tutela jurisdicional de urgência instável (provisória ou temporária) e tutela jurisdicional de urgência definitiva (ou como decisão final)

Diante da necessidade de observação do sobreprincípio da segurança, as decisões de urgência não deveriam ser irreversíveis (no plano fático) nem definitivas (no plano normativo), ao menos não como regra, levando em conta suas próprias características (cognição sumária e suficiência da aparência do direito). Em geral, os provimentos de urgência deveriam apenas regular a lide de modo instável (temporariamente ou provisoriamente), como uma

espécie de *litisregulação*, afastando o risco de dano. Tratar-se-ia de disciplinar o complexo fático e jurídico enquanto houvesse necessidade de proteção ou até posterior decisão definitiva, que seria proferida com base em cognição mais aprofundada.

Há casos, porém, em que a medida de urgência destinada a afastar o receio de dano irreparável ou de difícil reparação seria de tal modo incisiva, que atingiria de maneira irreversível o objeto do respectivo processo. Isso ocorreria quando os efeitos do provimento emergencial modificassem a situação fática substancialmente, impedindo o retorno ao *status quo ante*²⁴⁶, bem como nas hipóteses extraordinárias em que aqueles atos materiais de alteração da realidade social esgotassem o debate judicial, tornando inócuo o prosseguimento do procedimento²⁴⁷.

Na primeira hipótese, embora a irreversibilidade dos efeitos decorrentes dos atos materiais de concretização da medida urgente no plano social, o provimento seria *instável*, desde que houvesse dano à parte que suportou a medida, o que justificaria o desenvolvimento do

²⁴⁶ Para os ingleses, o adjetivo *reversible*, reproduzido do verbo *to reverse*, assume feição empírica, porque expressa o que se passa na realidade sensível. Reversíveis seriam as transformações que poderiam ser feitas quer num sentido, quer no sentido inverso, tal como ocorreria, por exemplo, na reação química $\text{CaCO}_3 \leftrightarrow \text{CaO} + \text{CO}_2$, em que seriam possíveis tanto a reação $\text{CaCO}_3 \rightarrow \text{CaO} + \text{CO}_2$ quanto a reação $\text{CaO} + \text{CO}_2 \rightarrow \text{CaCO}_3$. A reversibilidade, porém, não seria encarada de modo absoluto, pois mesmo em transformações químicas, isso somente ocorreria dentro de condições ideais inexistentes na vida prática, com o que sempre haveria alguma degradação de energia e, portanto, jamais a transformação seria rigorosamente reversível. No plano social, da mesma forma, as transformações no mundo dos fatos não ocorreriam do modo *tudo ou nada*, ou seja, haveria uma escala de graduação na reversibilidade, já que as inversões deixariam resquícios no mundo exterior. COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Antecipação de tutela: irreversibilidade, cautela e responsabilidade objetiva*. Revista de Processo, nº. 115, ano 29, mai./jun., 2004, p. 55-73. A irreversibilidade da medida de urgência, portanto, diria respeito ao plano sensível, pois estaria relacionada com seus efeitos práticos na vida de relações.

²⁴⁷ A doutrina francesa, por sua vez, ao debater a respeito do conceito de prejuízo na tutela de urgência (*juridiction des référés*), concluiu que este estaria relacionado com uma decisão emergencial que inviabilizasse posterior decisão definitiva, ou seja, independeria da natureza irreversível dos efeitos decorrentes da respectiva providência, vinculando-se justamente ao esgotamento da questão no campo normativo. JESTAZ, Philippe. *L'urgence et les principes classiques du droit civil*. Paris: LGDJ, 1967, p. 56. Trata-se, pois, de superar tal concepção.

procedimento até posterior decisão capaz de conduzir à coisa julgada material, a fim de delimitar eventual dever reparatório. Na segunda, por outro lado, levando em conta a ausência de dano decorrente da concretização da medida irreversível, o provimento de urgência tornar-se-ia *definitivo* (estável), por ser irrelevante a continuação do processo, não sendo possível falar-se em medida provisória ou temporária.

Instável, portanto, é aquele provimento capaz de ser modificado, que pode ser revisto ou confirmado pelo julgador, ainda que esteja relacionado com a satisfação do direito material afirmado pelo litigante de modo irreversível (no plano sensível). Definitivo, por sua vez, é aquele provimento que exaure completamente o debate jurídico, *estabilizando* o conflito, tornando desnecessário (e inútil) o prosseguimento do processo.

Em nossa classificação quanto ao *estado* ou *situação*, a *tutela jurisdicional de urgência* poderia ser subdividida em *instável* (provisória ou temporária) e *definitiva*, considerando justamente suas próprias características e os efeitos respectivos. Como são espécies diferentes do gênero, convém examiná-las separadamente²⁴⁸.

²⁴⁸ Carnelutti, por sua vez, promoveu outra divisão. O jurista italiano contrapôs processo definitivo ao processo cautelar. Aquele serviria imediatamente como meio para a composição da lide ou para o desenvolvimento do negócio, ou seja, como relação de meio e fim. Este, por outro lado, serviria não imediatamente, mas sim mediadamente a esse objetivo, enquanto seu fim imediato seria garantir o desenvolvimento ou o resultado de outro processo distinto. CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. Tradução da 5ª edição italiana por Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, vol. I, 1999, p. 133 e seguintes. Em nossa classificação, não se coloca em relevo o caráter definitivo da tutela, ao menos não de modo essencial, já que o critério classificatório é mesmo a urgência ou não no procedimento, embora, em seguida, seja possível distinguir a tutela de urgência instável daquela definitiva.

1.2.4.1 Tutela jurisdicional de urgência instável (provisória ou temporária)

Como referido, a tutela jurisdicional de urgência, em razão de sua própria natureza, não buscaria solucionar definitivamente o conflito, embora tal pudesse ocorrer em hipóteses extraordinárias. Na verdade, objetivaria tão-somente afastar situação de risco. Por isso, seus provimentos seriam instáveis (em oposição a definitivos), não se estabilizando, pois não produziriam coisa julgada material, atuando como medidas *litisreguladoras* até posterior pronunciamento judicial, que, a qualquer tempo, poderia confirmá-los, modificá-los, substituí-los ou mesmo revogá-los²⁴⁹.

Evidentemente, o legislador poderia disciplinar procedimentos destinados a sua estabilização, empregando, por exemplo, a técnica da cognição exauriente *secundum eventum defensionis*²⁵⁰. De qualquer sorte, a tutela jurisdicional de urgência, prestada especialmente na crise do procedimento normal, não possuiria como objetivo principal a resolução definitiva do conflito²⁵¹; pelo contrário, seria destinada apenas a afastar o risco de dano, o que levaria à

²⁴⁹ TESHEINER, José Maria Rosa. *Eficácia da Sentença e Coisa Julgada no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 219-221.

²⁵⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Estabilização das tutelas de urgência*. In *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. Coordenação Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 660-683. Ver, também, inclusive com esboço legislativo a respeito, GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover. *Tutela Jurisdicional Diferenciada: a antecipação e sua estabilização*. *Revista de Processo*, n.º 7. 121, ano 30, março, 2005, p. 11-37.

²⁵¹ Nesse sentido, vale a leitura de OST, François. *O tempo do direito*. Tradução Élcio Fernandes. Bauru/SP: Edusc, 2005, p. 339 e seguintes. Por outro lado, P. L. Frier, escrevendo sobre o tema no âmbito do direito público, sustenta que a urgência estaria em todo o lugar, podendo existir fora da crise, com o que sequer se poderia considerar essa situação e os efeitos dela resultantes como exceção, encontrando a proporcionalidade como seu limite. FRIER, Pierre-Laurent. *L'urgence*. Paris: LGDJ, 1987, p. 02, 517, 531 e 533.

litisregulação do complexo fático e jurídico existente, ainda que de modo irreversível no plano sensível²⁵².

O receio de dano que as medidas urgentes buscariam afastar, conforme anteriormente referido (*supra*, nº 1.2.3.2), identificar-se-ia com o objeto do perigo correspondente, ou seja, se o *periculum in mora* estaria relacionado com eventual prejuízo ao próprio direito material ou aos meios processuais instrumentais. Naquele caso, haveria urgência na satisfação do direito afirmado pela parte, com o que a solução encontrada seria antecipar desde logo alguns efeitos da futura sentença de procedência. Neste, a urgência estaria na preservação das provas ou dos bens necessários, respectivamente, à certificação ou à satisfação posterior do direito da parte, com o que

²⁵² O conceito de *litisregulação* foi proposto por José Maria Rosa Tesheiner. O autor partiu de lição de Carnelutti sobre as medidas cautelares (*Sistema de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires: Uteha, 1944, p. 243-252), ao sustentar que com ela haveria *regulación provisória* da lide. Carnelutti, porém, teria abandonado essa idéia, pois não teria conseguido explicar como e porque a composição provisória da lide poderia ser útil a sua composição definitiva. Tesheiner, por outro lado, salienta que a *litisregulación* não existiria porque seria útil, mas porque simplesmente não poderia deixar de existir, considerando justamente todo o “conjunto de normas processuais que regulam, enquanto *sub judice*, as mesmas relações já reguladas pelo direito material”. Em outras palavras, sempre haveria *regulación provisória* da lide, ainda que ninguém pretendesse cautela, pois durante a pendência do processo a situação jurídica debatida estaria provisoriamente regulada enquanto não houvesse pronunciamento final a respeito. As medidas de urgência provisórias seriam *litisreguladoras* justamente porque disciplinariam a questão controvertida até o julgamento final. TESHEINER, José Maria Rosa. *Medidas Cautelares*. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 49-58; *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 155-164. Ver, também, *Antecipação de Tutela e Litisregulação Estudo em Homenagem a Athos Gusmão Carneiro*. Revista Jurídica. Porto Alegre, Notadez, ano 48, n. 274, ago. 2000, p. 27-43. O conceito exposto pelo brilhante processualista gaúcho merece ser acolhido, mas com uma pequena adaptação. É que as medidas cautelares, embora instáveis, não seriam provisórias, ao menos não em sua natureza, pois seriam destinadas a afastar receio de dano enquanto houvesse o perigo, o que as caracterizaria como medidas temporárias. Assim, a *litisregulación* – como conceito de *regulación provisória* da lide – existiria também quando não houvesse outro provimento que viesse a substituir o primeiro de modo definitivo.

a solução encontrada seria a concessão de medidas acautelatórias capazes de assegurar a utilidade do procedimento²⁵³.

As duas medidas seriam instáveis, já que possuiriam eficácia temporal limitada, ao menos no plano normativo. Aquela antecipatória seria provisória, porque destinada a durar até posterior decisão definitiva que viesse a substituí-la, confirmando-a, modificando-a ou revogando-a. A medida acautelatória, por sua vez, seria temporária, pois seus efeitos perdurariam enquanto houvesse risco, não estando sujeita a ser sucedida por outra de mesmo conteúdo (ou seja, por outra medida de garantia), embora também pudesse ser revogada ou modificada a qualquer tempo²⁵⁴.

A medida antecipatória identifica-se com o conteúdo da tutela final pretendida, por isso se fala em provisoriedade, porque permanece instável até que o conflito seja julgado em definitivo. Por outro lado, a cautela não guarda relação direta com o conteúdo da tutela final pretendida, tratando-se de medida diversa daquela que se busca com a tutela definitiva²⁵⁵.

Desde logo convém alertar o leitor sobre uma premissa aqui adotada, pois se foge do modo usual de trabalhar esse tema. Acredita-se que o ponto de partida para o estudo *da tutela*

²⁵³ Como bem destacou Athos Gusmão Carneiro, o receio de dano seria um pressuposto comum às medidas cautelares e antecipatórias. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Antecipação de Tutela*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 32-33.

²⁵⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 5ª. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 58-59.

²⁵⁵ *Idem*.

jurisdicional de urgência instável deveria ser o exame das chamadas medidas cautelares e antecipatórias como técnicas, e não como formas diversas de tutela jurisdicional²⁵⁶.

1.2.4.1.1 Técnicas disponibilizadas para a prestação da tutela jurisdicional de urgência instável

O processo estaria cercado de técnicas que o moldariam como instrumento de realização da tutela jurisdicional. Em outras palavras, as técnicas processuais estariam a serviço das partes litigantes e do Estado no cumprimento do seu *poder-dever* de exercer a jurisdição²⁵⁷. Todavia, não se poderia conceber o processo somente em seu caráter formal, “como mero ordenamento de atividades dotado de cunho exclusivamente técnico, integrado por regras externas, estabelecidas pelo legislador de modo totalmente arbitrário”. Sua estrutura mesma “depende dos valores adotados e, então, não se trata de simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente de uma escolha de natureza política, escolha essa ligada às formas e ao

²⁵⁶ Também Eduardo de Avelar Lamy refere-se às medidas cautelares e antecipatórias como técnicas inerentes à tutela jurisdicional de urgência, não como modalidades diferentes de tutelas jurisdicionais. LAMY, Eduardo de Avelar. *Flexibilização da tutela de urgência: a redução da forma na utilização das técnicas cautelar e antecipatória*. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2007, p. 43-60, e *A Distinção entre medidas urgentes e tutela de urgência*. Revista de Processo, ano 29, nº. 118, nov./dez., 2004, p. 289-302.

²⁵⁷ Nessa seara, cabe lembrar que é natural que Estados totalitários busquem restringir, quanto possível, o tecido processual formal em busca de minimizar uma possível resistência do cidadão a alguma atuação ilegítima do poder reinante à sua vida. LACERDA, Galeno. *Processo e Cultura*. Revista de Direito Processual Civil, Saraiva, São Paulo, ano II, janeiro-junho, 1961, vol. 3, p. 79.

objetivo da própria administração judicial”²⁵⁸. Com razão Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

Na realidade, de uma ou de outra maneira as diversas espécies de procedimento refletem sempre, numa escala especialmente clara, em que medida o Estado realmente respeita a personalidade e a liberdade de seus cidadãos e como são considerados o direito e a justiça. O direito processual vincula, portanto, a relação entre o Estado e o cidadão a um especial e rico pólo de interesse, do mais alto valor substancial, e não a uma simples técnica alterável conforme o gosto e o humor do eventual detentor do poder. Ademais, entra em jogo neste cenário o relacionamento entre os diversos órgãos exercentes do poder do Estado e a disposição política de cada sistema em atribuir maior ou menor autoridade ao Poder Judiciário nas suas relações com a Administração e o próprio Poder Legislativo²⁵⁹.

Adolfo Di Majo ao examinar o problema da técnica na perspectiva específica da tutela jurisdicional, afirmou que aquela diria respeito aos instrumentos concretos destinados a realizar a necessidade, enquanto que as formas de tutela seriam definidas em abstrato em relação a uma necessidade²⁶⁰. Estas não poderiam ser confundidas com a técnica (ou remédio) empregada para a realização da própria tutela, porque constituiriam exercício do poder, representando valor, pois implicariam efeito jurídico e todo efeito jurídico seria valor jurídico condicionado²⁶¹. Por isso não seria possível resumir o direito à técnica, pois seria constituído de uma estrutura complexa, integrada por elementos do direito não-escrito: os valores, os costumes,

²⁵⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p.74.

²⁵⁹ *Idem*, p. 74.

²⁶⁰ DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*. Milão: Giuffrè, 1987, p. 45-48 *apud* ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Direito Material, Processo e Tutela Jurisdicional*. In *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Organizadores Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 291-292. Desde a segunda edição da obra, Adolfo Di Majo substituiu a expressão *tecniche* por *rimedi*, considerando que a partir de então os juristas conservadores do *Civil Law* deveriam conseguir se familiarizar com o termo. DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*. 3ª edição. Milano: Giuffrè, 2001, prefácio à segunda edição, p. X.

²⁶¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Direito Material, Processo e Tutela Jurisdicional*. In *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Organizadores Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 292.

os institutos, o próprio *ius involuntarium*, tudo na composição da práxis social. Embora a técnica servisse ao valor, com ele não poderia ser confundido, pois relacionada com os procedimentos que permitiriam realizá-lo. A apreciação dos fins do indivíduo seria questão ética, e não técnica²⁶².

Esta (a técnica) não se confundiria com a ciência jurídica, com o direito e menos ainda com os valores e princípios que o regem. “O direito, enquanto sistema de atribuição de bens e organização social, não é técnica, mas a positivação do poder, ou seja, o conjunto de normas que transparecem as decisões do Estado (centro de poder), destinadas a orientar a conduta das pessoas e suas relações em sociedade”²⁶³.

Quando em foco a tutela jurisdicional de urgência, a doutrina que parte dos conceitos de tutela cautelar e de tutela antecipada, após apresentar suas qualidades, em geral, acaba por confrontá-las. Esse método (de confrontação entre extremos), embora não de modo absoluto, induziria naturalmente ao afastamento entre elas. Porém, confrontando a *tutela jurisdicional urgente* com a *tutela jurisdicional normal ou convencional* (prestada em qualquer procedimento não emergencial, inclusive naqueles sumarizados, mas sem a nota diferenciadora da urgência), e considerando as medidas cautelares e antecipatórias como técnicas para a respectiva proteção jurídica instável, não faria sentido afastá-las; pelo contrário, cumpriria observá-las de modo complementar, aproximando-as em razão da função exercida e, conseqüentemente, beneficiando o sistema.

²⁶² *Idem*, p. 293.

²⁶³ *Ibidem*, p. 125.

Em outras palavras, têm-se duas técnicas para atender as situações de urgência de modo instável: a técnica cautelar e a técnica antecipatória. Na primeira, atuar-se-ia no plano social por meio de medidas acautelatórias que visariam garantir que o litigante pudesse exercer os poderes que lhe seriam conferidos no plano processual, a fim de demonstrar seu direito afirmado ou para assegurar sua satisfação. Na segunda, o direito invocado seria desde logo realizado mediante provimentos antecipatórios da tutela pleiteada, resguardando sua utilidade, justamente para evitar prejuízo no caso de inércia. Em ambos os casos, não haveria solução definitiva do conflito.

A diferença entre as técnicas cautelar e antecipatória repousaria especialmente no verbo (cautelar e satisfazer), considerando que buscariam a mesma finalidade (evitar dano provável ao direito da parte). Aquela asseguraria o desenvolvimento útil do processo de modo temporário, conservando meios processuais instrumentais exteriores (em especial, bens e fontes de prova), ao passo que esta cumpriria o mesmo papel com a antecipação de certos efeitos da tutela final pretendida, satisfazendo provisoriamente parcela daquilo que o requerente almejou em juízo. Essas técnicas integrariam o gênero da *tutela de urgência instável*, razão pela qual não seria conveniente afastá-las, pelo contrário, o ideal seria colocá-las a serviço do direito material e dos fins últimos do processo²⁶⁴.

²⁶⁴ Assim Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “Tudo o que foi dito até agora evidencia com clareza suficiente, a nosso ver, a impossibilidade de agrupar a tutela antecipatória ao processo de conhecimento ou de execução, mormente em face de sua afinidade com o processo cautelar, do qual compartilha a mesma estrutura, embora não o mesmo efeito jurídico. Aliás, o efeito jurídico, que aproxima a tutela antecipatória do verbo satisfazer e a cautelar do verbo assegurar, é que realmente as diferencia, impedindo possam ser consideradas da mesma espécie. Todavia, embora não da mesma espécie, tutela cautelar e antecipatória compartilham o mesmo gênero, gênero esse destinado à

1.2.4.1.2 Técnica antecipatória e não tutela antecipatória (ou antecipada)

A toda evidência, não se poderia falar em tutela antecipatória (ou antecipada) como modalidade diferenciada de tutela jurisdicional, porque não haveria uma tutela diferente daquela desejada pelo litigante. A “tutela antecipada” não diria nada mais do que isto: que a tutela final pretendida pela parte fora antecipada. Barbosa Moreira, aliás, destaca a questão terminológica do instituto, ao afirmar que “se por ‘tutela’ se entende a proteção dispensada ao litigante, é intuitivo que ela não pode constituir o *sujeito*, mas apenas o *objeto* da antecipação. A tutela não *antecipa* seja o que for: pode, isso sim, ser *antecipada* pelo juiz”²⁶⁵. Daí a impropriedade da expressão tutela antecipatória, já que somente o provimento poderia ser antecipatório, por meio da respectiva técnica, jamais a tutela.

prevenção do dano ao provável direito da parte, mediante ordens e mandamentos que interfiram desde logo no plano sensível. Se a palavra “cautelar” e o próprio conceito aí implicado revelam-se impróprios para designar o novo gênero de função jurisdicional, a questão se transfere ao terreno puramente terminológico, parecendo bastante adequado falar-se em tutela de urgência, a exemplo da elaboração doutrinária italiana (que todavia parte de outros pressupostos legais e doutrinários). Significa dizer que a tradicional classificação tripartida, de longa data consagrada na doutrina brasileira, - processo de conhecimento, de execução e cautelar – deve evoluir para a adoção de conceito mais abrangente e pertinente, mudando-se o último termo da equação para “processo da tutela de urgência”. Sempre, porém, deve se ter bem presente a impossibilidade de modelos puros e ‘anti-sépticos’, entalhados na mais rigorosa lógica formal e por essa razão imunes à vida e suas complexidades”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Perfil Dogmático da Tutela de Urgência*. Revista Forense. Rio de Janeiro, Forense, v. 342, abr.-mai./jun. 1998, p. 25-27. O autor não chegou a subdividir a tutela de urgência nas duas modalidades adotadas no texto (instável e definitiva), considerando, com se viu, que o gênero seria composto pelas tutelas cautelar e antecipada. De qualquer forma, sua lição trouxe avanços consideráveis para o estudo do fenômeno, justamente porque serviu para aproximar as técnicas, contrapondo-se à doutrina da distinção rígida que surgiu no direito brasileiro, como se verá a seguir.

²⁶⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Antecipação de Tutela: algumas questões controvertidas*. In *Temas de Direito Processual*: 8ª Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 77-78.

Por isso, para designar a antecipação da tutela final tem-se a técnica antecipatória, mas não como modalidade diferenciada de tutela jurisdicional. Técnica empregada não apenas em situações de urgência (CPC, art. 273, II), mas que serviria para a proteção jurisdicional desses casos, especialmente em sua modalidade instável²⁶⁶.

1.2.4.1.3 Técnica cautelar, tutela cautelar e tutela preventiva (material ou processual)

Por outro lado, até se poderia sustentar a existência de autêntica tutela cautelar, como faz Ovídio Baptista da Silva. Vejamos:

A tutela cautelar faz parte do gênero *tutela preventiva* e tem por fim dar proteção jurisdicional ao direito subjetivo ou a outros interesses reconhecidos pela ordem jurídica como legítimos, mas que não se identificam com os denominados direitos subjetivos. Na verdade, a tutela cautelar tem por fim proteger não apenas direitos subjetivos, mas igualmente, e, poderíamos dizer até, preponderantemente, proteger 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 irreparável²⁶⁷.

²⁶⁶ Ao examinar o instituto da antecipação de tutela, Marinoni destaca que a classificação dos provimentos sumários seria impréstatível quando se pretendesse indicar como gênero a “tutela antecipatória” (*sic*), assim como não se poderia pensar que a urgência seria sua nota caracterizadora, tampouco que a urgência seria o gênero do qual constituem espécies a tutela antecipatória (*sic*) e a tutela cautelar, pois faltaria espaço para a tutela antecipatória (*sic*) baseada no abuso do direito de defesa, que nada se relaciona com a urgência. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 53-54. Veja-se que confrontando a tutela de urgência com a tutela normal, e considerando que para a realização daquela seriam necessárias técnicas – e não tutelas – não haveria qualquer óbice em indicar a urgência como sua nota caracterizadora, justamente porque as técnicas poderiam ser empregadas nas mais diferentes formas de tutela jurisdicional, desde que adequadas, guardando proporção entre o valor segurança e o valor efetividade.

²⁶⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar (Tutela de Urgência)*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 05.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart também sustentam a existência de autêntica tutela cautelar. Dizem que tutela uma tutela do direito, como, por exemplo, a tutela ressarcitória. Em outras palavras, afirmam que “a cautelar tutela o direito à tutela do direito e não simplesmente o direito material, ou a pretensão de direito material. Não o direito de crédito ou o poder de exigir o crédito, mas sim o direito à tutela do direito à prestação pecuniária”. Além disso, essa tutela poderia assegurar situações tuteláveis, vinculadas às tutelas declaratória e constitutiva, já que essas hipóteses – de sentenças auto-satisfativas – não seriam sensíveis ao perigo de dano, enquanto realidades normativas, ou, mais precisamente, exclusivamente dependentes da norma jurisdicional. Nesses casos, o risco de dano poderia recair sobre a situação jurídica tutelável mediante declaração ou constituição²⁶⁸.

Com efeito, não se poderia negar a possibilidade de *tutela jurisdicional preventiva*, como consequência lógica da garantia constitucional do acesso à Justiça²⁶⁹, destinada a atuar antes do ato violador do direito e, por conseguinte, antes do possível dano dele decorrente, tal como poderia ocorrer, por exemplo, com as demandas que objetivassem a tutela da personalidade²⁷⁰. Aliás, se houvesse necessidade²⁷¹, também não se poderia negar a *tutela*

²⁶⁸ No mesmo sentido, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar*. 3ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol IV, 2008, p. 23 e seguintes.

²⁶⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Notas sobre a garantia constitucional do acesso à Justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário*. Revista de Processo, nº. 108, ano 27, out./dez., 2002, p. 23-31.

²⁷⁰ Ilustra-se a hipótese com a demanda que objetiva, preventivamente, impedir (ou inibir) a divulgação de vídeo na rede mundial de computadores (*internet*), em que o autor encontra-se em momento íntimo. Busca-se proteger, aqui, o direito a intimidade privada, preservando-se a imagem e a honra daquele que apareceu em tal gravação. A tutela pretendida é preventiva, não havendo, porém, qualquer impedimento quanto à prestação de tutela de urgência (por meio de suas técnicas), como sói ocorrer nesses casos.

²⁷¹ Assim Ovídio Baptista da Silva, com as ressalvas do emprego do termo “tutela cautelar” (que seria substituído por “tutela preventiva”) e da adoção da ação de direito material (conceito que em nossa opinião seria adotado em sentido muito mais restrito do que na lição do eminente jurista gaúcho): “A primeira exigência, portanto, para que a tutela cautelar se torne legítima é que o pretense titular do interesse ameaçado de dano iminente identifique, concretamente, a natureza desse interesse legalmente protegido, sob a forma de um direito subjetivo, ou de uma

*preventiva de meios processuais instrumentais*²⁷². Nesses casos, a proteção preventiva (material ou processual) seria satisfativa, como tutela de segurança.

A questão aqui, em princípio, seria terminológica e de adequação ao plano classificatório. Para designar a pura proteção material ou processual, seria melhor utilizar a expressão *tutela preventiva* ao invés de *tutela cautelar*, evitando colocar sob o mesmo signo situações diferentes²⁷³. Nesse estudo, tem-se como cautelar apenas a técnica destinada a afastar o risco de prejuízo aos meios processuais instrumentais (em especial, as fontes de prova e os bens), vinculada à prestação da *tutela jurisdicional de urgência instável* (temporária). Tratar-se-ia de técnica instrumental, ao contrário da tutela preventiva (satisfativa).

pretensão, ou de uma ação de direito material, de uma exceção, ou até mesmo sob a forma do interesse que possa ter aquele que, prevendo a possibilidade de vir a ser acionado, como réu, tenha pretensão à asseguarção de provas ou a alguma outra pretensão à segurança a serem por ele utilizadas na eventual ação satisfativa que possa ocorrer”.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar (Tutela de Urgência)*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 39. Ver, do mesmo autor, *Réquiem para a Tutela Preventiva*. Revista Magister de Direito civil e Processual Civil, ano IV, nº. 24, maio/jun., 2008, p. 81-97. A referência à necessidade é importante, porque o Poder Judiciário não pode ser um mero assegurador de riscos, ainda que se reconheça a necessidade de uma tutela essencialmente preventiva, inclusive quanto aos meios processuais instrumentais. Nesse sentido, o cidadão só estará legitimado a pleitear essa modalidade de tutela se não puder promovê-la de outra forma igualmente segura. Pensar o contrário seria prejudicial ao sistema, ao ser justificada uma tutela jurisdicional do histórico, esquecendo que nossos Tribunais se encontram abarrotados de serviço.

²⁷² Ver CALVOSA, Carlo. *La Tutela Cautelare: Profilo Sistemico*. Turim: Utet, 1963, p. 192-199.

²⁷³ Marinoni e Sérgio C. Arenhart não pensam assim. Os autores entendem que a tutela cautelar não seria propriamente uma tutela preventiva, já que tutelaria a tutela do direito e não o direito em si. Típica tutela preventiva seria a tutela inibitória. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar*. 3ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol IV, 2008, p. 23 e seguintes. Essa posição, a toda evidência, soa contraditória, já que os autores admitem a tutela cautelar como modalidade autônoma de tutela, prestada justamente para afastar o perigo de dano, mas não lhe concedem a qualidade preventiva. A prevenção, ao que parece, pode estar relacionada com o direito material (ou, como preferem os autores, com a tutela do direito) ou com o direito processual (ou, naquela doutrina, com a tutela da tutela do direito). Nesse sentido, melhor falar em tutela preventiva material ou processual. Essa distinção teórica representa, na verdade, a busca pela melhor solução possível, a fim de qualificar o sistema operacional do direito. Como o objeto desse estudo é a tutela jurisdicional de urgência, a metodologia aplicada buscou isolar essa modalidade de tutela jurisdicional das outras, por isso as diferenças conceituais.

A distinção entre a *técnica cautelar* e a *tutela preventiva material* (v.g., tutela inibitória) mostra-se de fácil compreensão, já que aquela busca preservar os meios processuais instrumentais de modo temporário e instrumental, enquanto esta busca tutelar direito substancial ameaçado de dano (em sentido amplo, ou seja, também englobando o ato ilícito). O objeto da preservação é diverso. De um lado, os bens e as fontes de prova a serem empregados na atividade jurisdicional emergencial; de outro, o próprio direito material e sua fruição.

Mais sensível é a distinção entre a *técnica cautelar* e a *tutela preventiva processual*, pois poderiam ser aproximadas, já que protegeriam o mesmo objeto (meios processuais instrumentais: bens e fontes de prova) e, inclusive, realizariam a mesma função (afastar perigo de dano). No entanto, essa aproximação seria apenas aparente. Aquela atuaria de modo instrumental, enquanto esta estaria relacionada com a chamada *pretensão de segurança*, voltada para o próprio *direito material de segurança*, atuando de modo satisfativo (v.g., produção antecipada de provas – vistoria ou perícia *ad perpetuam memoriam* – ou a exibição judicial de coisa móvel, de documento ou de escritura comercial), mesmo quando fosse temporária (v.g., *caução normada*, de *direito completo*²⁷⁴).

²⁷⁴ A *caução normada*, de *direito completo*, é aquela que decorre da lei e independe do *periculum in mora*. O risco de dano iminente e irreparável, ao direito protegido pela caução é presumido pelo legislador *juris et jure*, tal como ocorre na chamada *caução usufrutuária*, do art. 1.400 do Código Civil em vigor, a ser prestada pelo titular do usufruto, antes de assumi-lo, assim como a caução que o dever de obrigação indivisível pode exigir se, havendo dois ou mais credores, pagar a apenas um deles a dívida inteira (CC/02, art. 206, II). Nesses casos, o juiz não estaria autorizado a avaliar seu cabimento com base nas circunstâncias do caso concreto. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar (Tutela de Urgência)*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 217 e seguintes.

A tutela puramente protetiva de meios processuais instrumentais, embora usualmente não dispensasse a proteção emergencial, ficaria fora da classificação de tutela de jurisdicional conforme o critério *estado* ou *situação*, já que integraria o critério classificatório *função* ao lado da *tutela jurisdicional sancionatória*. Para a confirmação dessa afirmativa, bastaria observar que nem sempre a prevenção teria caráter urgente²⁷⁵. Poderia haver *tutela preventiva processual de urgência* (v.g., asseguuração e produção emergencial de provas) ou simplesmente *tutela preventiva processual* (v.g., justificação²⁷⁶, “caução satisfativa²⁷⁷”, etc.), assim como poderia haver *tutela sancionatória de urgência* ou simplesmente *tutela sancionatória*.

Evidentemente, a *tutela preventiva* (material ou processual), em razão de sua própria natureza, poderia necessitar da respectiva proteção urgente. Nesses casos, considerando o referido plano classificatório diverso, seria empregada a técnica antecipatória, porque existiria correspondência entre o pedido formulado para a tutela final e a providência de urgência, tratando-se, repita-se, de medida *satisfativa*, com o que não seria utilizada a técnica cautelar. Há

²⁷⁵ Pontes de Miranda, aliás, afirmou claramente que a urgência só por si não caracterizaria as medidas cautelares. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, tomo XII, p. 20. O conceito exposto pelo autor para cautela (decorrente da respectiva *pretensão à segurança*) corresponde ao que chamamos de tutela preventiva. Trata-se, a toda evidência, assim como na exposição da lição de Ovídio, de distanciamento terminológico e de critério classificatório.

²⁷⁶ “Art. 861. Quem pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica, seja para simples documento e sem caráter contencioso, seja para servir de prova em processo regular, exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil: processo cautelar (tutela de urgência)*. 4º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. 2, p. 313-314.

²⁷⁷ Esta “caução satisfativa” foi excluída do conceito de cautelar por Ovídio, mas não deixou de ser preventiva. Disse o autor: “quando aludimos a cauções satisfativas, não se deve imaginar que estejamos a falar de alguma espécie de caução capaz de realizar (satisfazer) o direito a que ela apenas dá segurança. Por outras palavras, a caução será sempre preventiva do dano, nunca realizadora do direito que ela protege”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar (Tutela de Urgência)*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 217 e seguintes.

satisfação do pedido da parte quando a providência concedida refere-se ao direito afirmado (na hipótese, a *pretensão de segurança*)²⁷⁸.

A *tutela preventiva processual* pode ser *definitiva* ou *temporária*. Será definitiva quando houver estabilidade no provimento judicial que a conceder (de modo urgente ou não). Será temporária quando a proteção respectiva estiver destinada a durar enquanto houver risco aos meios processuais instrumentais (também de modo urgente ou não). Em qualquer caso, porém, a *tutela preventiva processual* será *satisfativa* (da pretensão de segurança). Admite-se, portando, a existência de *satisfação temporária*, assim como se admite, com a aplicação da técnica antecipatória, o conceito de *satisfação provisória*²⁷⁹.

²⁷⁸ Vale consultar, embora com o exame dessa questão por outro ângulo classificatório, SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar (Tutela de Urgência)*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 105-110; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, vol. VIII, T. II, 2005, p. 207-237; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, tomo XII, p.19-20. Em sentido contrário, porém, MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela Antecipada*. 2ª edição. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 120-123.

²⁷⁹ Vejamos o que disse Pontes de Miranda, ao questionar o caráter provisório das medidas cautelares: “Em verdade, a eficácia das medidas cautelares *depende* de tempo (são *temporárias*, temporâneas, não *provisórias*, provisionais) como as do arresto, do seqüestro, da produção antecipada de provas, da busca e apreensão, de obras de conservação em coisa litigiosa e outras, quando preparatórias, e não só do resultado da ação a que aludem. Demais, nem sempre à base do deferimento da medida cautelar está cognição incompleta; nem toda medida cautelar é provisória (e.g., as obras de conservação da coisa litigiosa são medidas definitivas). O “perigo” que justifica as cautelas não as faz necessariamente provisórias: podem ser definitivas, no que não advertiu Giuseppe Chiovenda (*Principii*, 2ªed., 226; *Instituzioni*, I, 251), quando pretendeu que a ação assegurativa fosse, por si mesma, ação provisória. Provisório é o que não se faz para sempre; e as cautelas podem ser definitivas. A cautela previne, a cautela assegura, a cautela supõe urgência; mas a cautela, a providência cautelar, não é necessariamente provisória. A provisionalidade não a caracteriza, porque não se toma cuidado somente por meio de medida provisória. (Quanto à conversão, onde a há, é a lei do processo *posterius* que a faz; portanto, propriedade estranha ao processo *prius*). PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, tomo XII, p.19-20. Veja-se que mesmo as medidas de natureza preventiva podem ser definitivas, pois poderiam satisfazer à respectiva *pretensão à segurança*, esgotando eventual discussão jurídica a respeito do seu cabimento. Isso, contudo, não desvirtuaria em todos os casos o caráter *instável* das medidas de urgência, considerando justamente que mesmo nas hipóteses em que houvesse medida temporária, o pronunciamento de urgência que a deferiu deveria ser, como regra, reversível e, portanto, passível de modificação.

A *satisfação temporária* pode ocorrer em alguns casos de *tutela preventiva processual* urgente, como, por exemplo, na caução de dano iminente – *cautio damni infecti*²⁸⁰. O julgador, ao examinar o pedido emergencial, pode deferir medida antecipatória, obrigando o réu a atender ao pedido da parte autora. Esse provimento seria duplamente instável: provisório e temporário. A provisoriedade existiria porque a decisão urgente seria substituída por posterior decisão final. A temporariedade decorreria naturalmente da pretensão da parte, já que estaria vinculada à existência da obrigação por parte do réu de prestar caução. A hipótese seria de *tutela preventiva processual*, porque o objeto de preservação seria um bem capaz de garantir futuro e incerto direito à reparação pecuniária no caso de consumação do dano. Mesmo assim, tratar-se-ia de tutela *satisfativa*, pois bastante em si mesma no contexto referido.

A técnica cautelar, por outro lado, busca assegurar os meios processuais instrumentais para sua utilização na demonstração ou na satisfação do direito material referido (referibilidade). A diferença, portanto, está na ausência de *satisfatividade* inerente à técnica cautelar, já que serve, essencialmente, para garantir a utilidade da prestação da tutela jurisdicional, preservando a realização do direito material por meio de medida instável e temporária, que perdura enquanto houver risco de dano às fontes de prova e aos bens²⁸¹.

²⁸⁰ Por exemplo, dois casos de caução por dano iminente que foram extraídos do Código Civil em vigor: Art. 1.280. O proprietário ou o possuidor tem direito a exigir do dono do prédio vizinho a demolição, ou a reparação deste, quando ameace ruína, bem como que lhe preste caução pelo dano iminente.

Art. 1.281. O proprietário ou o possuidor de um prédio, em que alguém tenha direito de fazer obras, pode, no caso de dano iminente, exigir do autor delas as necessárias garantias contra o prejuízo eventual.

²⁸¹ Nesse sentido, indicamos que o caráter da *temporariedade* mencionado por Ovídio Baptista e Carlo Calvosa encontra espaço justamente na *tutela preventiva*, que pode durar enquanto houver risco de dano ou ato contrário ao direito ou pode se dar de uma única vez, afastando definitivamente o perigo de prejuízo (*lato sensu* considerado). SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar (Tutela de Urgência)*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 49-60, CALVOSA, Carlo. *La Tutela Cautelare: Profilo Sistemático*. Turim: Utet, 1963, p. 245-249.

1.2.4.1.4 Instrumentalidade

A *tutela jurisdicional de urgência instável* (provisória ou temporária) seria prestada por meio de decisões usualmente baseadas em juízo de cognição sumária, com o emprego das técnicas antecipatória e cautelar, de modo a regular provisoriamente a lide, preservando a utilidade da atividade processual mediante provimentos acautelatórios dos meios processuais instrumentais ou por provimentos antecipatórios, que adiantariam certos efeitos da futura tutela jurisdicional final. Nesse sentido, poder-se-ia dizer que essa modalidade de tutela jurisdicional possuiria função instrumental em relação à tutela jurisdicional definitiva.

A instrumentalidade da *tutela jurisdicional de urgência instável* aqui destacada não seria idêntica àquela instrumentalidade qualificada (ou ao quadrado) proposta por Calamandrei quando se referia ao Processo Cautelar, empregando o termo “instrumento do instrumento”²⁸². Em nosso estudo, apenas se quer ressaltar que essa modalidade de tutela jurisdicional também prestaria serviço àquela definitiva, atuando para assegurar seu resultado útil.

Com o emprego da técnica antecipatória, haveria instrumentalidade material, porque se prestaria serviço com a antecipação de certos efeitos da tutela jurisdicional final. Na

²⁸² CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao Estudo sistemático dos Procedimentos Cautelares*. Tradução: Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000, p. 41-42.

técnica cautelar, haveria instrumentalidade processual, com a asseguarção do desenvolvimento da atividade processual mediante a conservação de elementos úteis e exteriores ao processo.

A função instrumental não desapareceria quando acautelado direito inexistente ou quando antecipados certos efeitos da tutela jurisdicional definitiva, decorrentes da “sentença de procedência”²⁸³, que não viesse ao final. Tratar-se-ia justamente daquele risco assumido em razão da própria natureza dessa forma de tutela jurisdicional, prestada por meio de cognição sumária, muitas vezes sem a observação do contraditório. No caso de improcedência, serviria à tutela jurisdicional até então reconhecida, afastando o risco de dano então observado, já que o direito afirmado pela parte seria verossímil na visão do julgador. No processo, saliente-se, a certeza seria sempre relativa²⁸⁴.

A instrumentalidade não se revelaria como sua nota essencial. Seu elemento caracterizador seria mesmo a urgência, o *periculum in mora*. Porém, não se poderia dizer que, em geral, essas medidas não seriam instrumentais à tutela jurisdicional, justamente porque objetivariam afastar o receio de prejuízo, salvaguardando o resultado útil do processo. O

²⁸³ A toda evidência, seria melhor mesmo falar em antecipação de efeitos da tutela jurisdicional final, pois essa técnica seria realizada especialmente com a atividade executiva da tutela, que só se concretiza ao final, evitando empregar apenas o termo “sentença de procedência”, que parece mais restritivo e não demonstrar claramente o alcance do instituto.

²⁸⁴ Tommaso salienta que nos provimentos cautelares (e, para o autor, estes seriam conservativos ou antecipatórios) a instrumentalidade seria sempre hipotética, justamente porque a avaliação do julgador é realizada com base na probabilidade de que seu pronunciamento corresponda à decisão final de mérito. TOMMASEO, Ferruccio. *Provvedimenti di urgenza*. Enciclopedia Del Diritto, vol. XXXVII, Milão: Giuffrè, p. 856-883.

instrumento não deixaria de ser um *instrumento* mesmo quando empregado em função diversa daquela para a qual foi criado²⁸⁵.

O reconhecimento genérico de sua função instrumental não poderia importar na conclusão de que as medidas de urgência instáveis tutelassem exclusivamente o processo ou o interesse do litigante²⁸⁶. Desde que se adquiriu consciência do caráter social do processo, a distinção entre interesse da parte e interesse público perdeu grande parcela de sua relevância, havendo na tutela jurisdicional de urgência proteção simultânea a ambos. Assim se poderia explicar a possibilidade de concessão dessas medidas (em especial as cautelares) sem requerimento da parte, ou seja, de ofício pelo julgador.

Somente em um ambiente privatístico, em que o julgador não possuísse o compromisso ético e funcional de prestar adequadamente a tutela jurisdicional se poderia argumentar que as medidas de urgência instáveis (cautelares ou antecipatórias) protegessem apenas o direito da parte e não a entrega efetiva da jurisdição, por isso não enxergamos qualquer equívoco na afirmação de que suas técnicas possam ser qualificadas como instrumentais.

²⁸⁵ Com efeito, a técnica antecipatória (fundamental para a tutela de urgência) seria utilizada em casos não urgentes (CPC, art. 273, II), e nem por isso deixaria de ser hábil para afastar imediatamente o receio de dano irreparável ou de difícil reparação (CPC, art. 273, I).

²⁸⁶ Ao falar da temporariedade como nota essencial da tutela cautelar, Ovídio propaga a necessidade de se optar por uma de duas alternativas: ou se adota a tese de que a tutela cautelar seria um instrumento de defesa da jurisdição (defesa do processo) ou se acolhe a tese que a define como forma de proteção não ao processo, mas ao direito da parte. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar (Tutela de Urgência)*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 50. A toda evidência, as duas opções não são contraditórias ou excludentes, bastando os necessários esclarecimentos e conseqüentes adequações.

Luiz Guilherme Marinoni, embora reconheça a instrumentalidade da *tutela cautelar*, não identifica essa característica na *tutela antecipada (sic)*, justamente porque relacionada com o direito material, satisfazendo-o ainda que provisoriamente, com o que nada haveria de instrumental²⁸⁷. José Roberto dos Santos Bedaque discorda do processualista paranaense ao sustentar a existência de instrumentalidade na técnica antecipatória, classificando-a como tutela cautelar (*lato sensu*). Diz o jurista que mesmo com a antecipação dos efeitos do provimento final não se poderia perder de vista a necessidade de tutela definitiva, considerando que haveria, apenas, *satisfatividade provisória*²⁸⁸. Diz que a eficácia da medida antecipatória somente se tornaria definitiva com o reconhecimento do respectivo direito, o que ocorreria com a tutela final. “Aí, sim, declarado definitivamente o direito a que os efeitos concedidos antecipadamente se referem (referibilidade), estes assumem também o caráter definitivo”²⁸⁹.

Embora a tutela jurisdicional devesse corresponder à realização do direito no plano social – tal como ocorreria em alguns casos em que se empregaria a técnica antecipatória –, não poderiam ser ignoradas as eficácias jurídicas, correspondentes à formulação definitiva da regra aplicável ao caso concreto. Daí concluir Bedaque que a antecipação de alguns efeitos do provimento final também se destinaria a assegurar a efetividade da tutela jurisdicional, evidenciando seu caráter *cautelar*²⁹⁰.

²⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de Tutela*. 9ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 146-156.

²⁸⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 212-216.

²⁸⁹ *Idem*, p. 213.

²⁹⁰ Para o autor, as medidas antecipatórias, desde que não irreversíveis, são ao mesmo tempo cautelares em sentido amplo. *Ibidem*, p. 215. Em princípio, essa opção do jurista causa mesmo um inconveniente terminológico, pois incluir a técnica antecipatória no conceito de tutela cautelar não facilita a compreensão do tema. Na verdade, considerando as grandes discussões existentes sobre o assunto, essa classificação é até mesmo prejudicial, pois mistura conceitos diversos, embora não se possa dizer que os fundamentos que levaram o autor a essa conclusão

Afastadas as técnicas cautelar e antecipatória como modalidades autônomas da tutela jurisdicional, adota-se a idéia de que esta técnica *satisfaz provisoriamente* uma das partes e que isso não poderia importar, por si só, em negar-lhe caráter instrumental, justamente porque seria destinada a resguardar a utilidade do provimento final, mesmo quando seus efeitos fossem irreversíveis faticamente.

Conclui-se, portanto, que a *tutela jurisdicional de urgência instável* seria instrumental, independentemente da técnica empregada (cautelar ou antecipatória).

1.2.4.1.5 Eficácia e efeitos das medidas de urgência instáveis

Fixadas algumas premissas a respeito da natureza jurídica das técnicas empregadas na *tutela jurisdicional de urgência instável*, interessa investigar a eficácia e os efeitos desses provimentos emergenciais.

“A eficácia diz respeito ao conteúdo do ato jurídico, aos elementos que o compõem; os efeitos, à produção de alterações no mundo sensível, como consequência da eficácia”. A condenação constitui a *eficácia* da sentença condenatória – elemento de

estejam equivocados. Em nossa opinião, o tema é melhor examinado quando colocado sob o cartaz da tutela jurisdicional de urgência, justamente porque evita a remissão às chamadas cautelares satisfativas e todas as outras discussões doutrinárias que se sucederam.

seu conteúdo –, ao passo que a possibilidade de execução (ou cumprimento) ou a própria execução (ou cumprimento) constitui *efeito executivo* dela decorrente. Eficácia e efeito estão, portanto, intimamente relacionados²⁹¹.

O efeito do provimento de urgência não poderia mesmo ser restringido apenas à esfera fática²⁹², pois decorreria de uma valoração jurídica sobre os fatos alegados e deveria “representar a solução adequada do problema e um harmônico balanceamento dos interesses em jogo, correspondente à relação entre o fato e o efeito. Prevalece ou deve prevalecer, portanto, o efeito melhor, isto é, o mais adequado à solução prática do problema”²⁹³. Por outro lado, o âmbito jurídico seria composto também por elementos fáticos, sendo necessário e indispensável atentar para o efeito jurídico da urgência no campo da vida, da realidade do homem, razão pela qual o efeito do provimento de urgência não poderia deixar de ser, simultaneamente, fático e jurídico²⁹⁴.

²⁹¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, vol. VIII, T. II, 2005, p. 12.

²⁹² Para Fritz Baur, trata-se de puro efeito fático, pois a eficácia satisfativa, no plano jurídico, dependeria da existência do direito. BAUR, Fritz *apud* ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, vol. VIII, T. II, 2005, p. 12, nota 19. Na tradução da obra para o português, diz-se que a satisfação do direito seria “no sentido fático, porque o efeito jurídico de adimplemento depende da existência de uma pretensão”. BAUR, Fritz. *Estudo Sobre a Tutela Jurídica Mediante Medidas Cautelares*. Tradução: Armino Edgar Laux. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985, p. 49, nota 29.

²⁹³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, vol. VIII, T. II, 2005, p. 12. Ver também, FALZEA, Angelo. *Efficacia Giuridica*. In *Enciclopédia del Diritto, Milano*, Giufrè, vol. XIV, p. 433-507.

²⁹⁴ O que se quer destacar é o abandono da distinção entre o mundo jurídico e mundo dos fatos, como se pudessem ser afastados um do outro. Ora, jamais se poderia negar a existência do campo normativo, porém, esse campo sem a vida real não serviria para nada: absolutamente nada, não passando de mera ilusão ou fantasia de quem pensasse resolver problemas da vida com conceitos puramente dogmáticos, esquecendo-se que o direito existiria para ser prático, para ajudar na construção de uma sociedade mais justa. Quanto aos fatos, todos eles - naturais ou do homem – importariam ao fenômeno jurídico, à sociedade. O intérprete seria um homem de seu tempo, vinculado aos acontecimentos da vida real, sujeito às influências culturais de sua época. Daí porque sua compreensão de mundo passaria mesmo por tudo aquilo que estaria ao seu redor. O intérprete avaliaria o fenômeno jurídico com base em sua realidade. Por exemplo: quando se estaria a examinar, em determinado caso concreto, a boa-fé do contratante, o intérprete levaria em consideração todo o contexto de sua existência (econômico, tecnológico, moral,

Quando em exame a técnica cautelar, a eficácia e o efeito do respectivo provimento tangenciariam o direito substancial invocado pela parte, havendo maior aproximação com a natureza processual da medida, destinada à preservação de meios processuais instrumentais. Por isso, “a eficácia e o efeito exurgem, por consequência, não da lei substancial, mas da própria lei processual, enquanto regulação da conduta humana perante os órgãos da administração da Justiça”. Aqui, o provimento urgente, embora relacionado indiretamente com o direito material, deveria ser suficiente para afastar o perigo de dano que o justificasse, destacando-se, ao fim e ao cabo, a inexistência de conteúdo de mérito vinculado ao direito material em debate, ou seja, seus efeitos seriam mesmo de ordem processual. Desta e não daquela decorreriam a apreensão e o depósito do bem, próprios ao seqüestro e o arresto²⁹⁵.

ético, etc.). Por isso, não se poderia dizer que determinados fatos simplesmente não interessariam ao fenômeno jurídico, como que a afirmar que para a solução do caso concreto bastassem àqueles fatos previstos no tipo (teoria da incidência). Aliás, consoante a lição de Friedrich Stein, jurista que ultrapassou as fronteiras de seu tempo ao discorrer sobre a teoria das máximas da experiência, mesmo mantendo-se fiel a concepção lógico-formal do silogismo judicial dominante a época em que viveu, afirmou categoricamente que “Aunque esto sea una clara exageración, encierra no obstante un fondo de verdad, a saber, que el objeto de la actividad del jurista abarca toda la vida del hombre, no habiendo absolutamente ningún hecho, ni acontecimiento ni circunstancia que no pueda ser sometido a la acción del jurista, para examinar las consecuencias jurídicas que indirectamente o directamente se deriven de él. La explosion mundial de Chigago, que atrae millones de visitantes, la conversación susurrante de dos caminantes en una senda solitaria, la erupción de un volcán, los estragos de una epidemia o el desgarrón en el uniforme de trabajo de un sencillo obrero: todos estos hechos pueden comparecer ante el juez en la Sala de un Tribunal para ser subsumidos por él como premisas menores de los supuestos de hecho determinados por el ordenamiento jurídico.” STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. 2ª edição. Tradução da edição alemã por Andrés de La Oliva Santos. Madrid: Editorial Centro Estudios Ramón Areces, 1990, p. 17. O simples caminhar de uma mulher no parque, ainda que não influenciasse na esfera jurídica de qualquer outra pessoa, interessaria ao direito, e de modo fundamental, porque seria o exercício puro e simples da liberdade. Tudo o que se relacionasse com a vida dos homens interessaria ao fenômeno jurídico, de modo mais ou menos intenso. TESHEINER, José Maria Rosa & BAGGIO, Lucas Pereira. *Nulidades no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 05-39.

²⁹⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, vol. VIII, T. II, 2005, p. 17.

Quanto à técnica antecipatória, eficácia e efeito se aproximariam do direito material, decorrendo mesmo da lei substancial. O objeto da cognição giraria em torno do direito, do dever e da lesão, sendo que o conteúdo da decisão provisória de urgência poderia ser semelhante aquele da decisão definitiva, assim como os efeitos, ainda que funcionalmente destinados à prevenção ou ao afastamento do dano (*lato sensu* considerado). Fora dos casos excepcionais de tutela jurisdicional urgente definitiva²⁹⁶, a técnica antecipatória consistiria justamente na antecipação de certos efeitos da tutela jurisdicional final, de modo congruente, com o que deveria haver correspondência com o melhor efeito, aquele destinado a salvaguardar o direito em perigo²⁹⁷.

Discutiu-se doutrinariamente sobre a possibilidade de antecipação de efeitos declaratórios e constitutivos, porque a respectiva tutela jurisdicional (declaratória e constitutiva) seria bastante em si mesma (como fenômeno interno ao processo), não havendo necessidade de posteriores atos executivos²⁹⁸. Assim, como a antecipação da tutela estaria vinculada à satisfação fática e adiantada do pedido formulado na inicial, não haveria qualquer utilidade no respectivo provimento nos casos de declaração ou constituição²⁹⁹. Além disso, quanto à primeira, afirmava-se que a cognição sumária inerente à tutela de urgência seria por sua natureza completamente inidônea

²⁹⁶ Nesses casos, não se cogita de aplicação da técnica antecipatória, justamente porque não se trata de antecipar a tutela final pretendida provisoriamente, mas de realizá-la sumariamente e de modo satisfativo. A efetivação dessa decisão se dá em conformidade com o provimento antecipatório, porque guarda a mesma relação quanto à urgência, possibilitando a quebra da lógica procedimental prevista para os casos normais, não urgentes.

²⁹⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, vol. VIII, T. II, 2005, p. 13.

²⁹⁸ Sobre o assunto, ver, entre outros, ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 5ª. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 86-87.

²⁹⁹ *Idem*, p. 86-87.

para atribuir ao autor a declaração ou a certeza jurídica por ele objetivada, sendo inviável pensar na antecipação dessa meia-certeza³⁰⁰. Quanto à segunda, afirmava-se que seria inadequada a antecipação da “aquisição” ou mesmo do exercício de um direito que dependesse de uma sentença constitutiva, isto é, que ainda não tivesse sido constituído, pois seria possível a rejeição dessa ação constitutiva e/ou porque determinadas circunstâncias fáticas imprescindíveis para seu acolhimento ainda não tivessem sido realizadas e talvez nunca viessem a ser³⁰¹.

Também a antecipação pura e simples do efeito ou da força condenatória não seria compatível com essa técnica, porque a mera condenação não seria suficiente para atender à finalidade preventiva da tutela de urgência. Nesses casos, o objeto da antecipação seria o efeito executivo dela decorrente³⁰².

A doutrina já superou essa discussão, considerando uma das grandes contribuições de Pontes de Miranda ao afirmar que “não há nenhuma ação, nenhuma sentença, que seja pura. Nenhuma é somente declarativa. Nenhuma é somente constitutiva. Nenhuma é somente condenatória. Nenhuma é somente mandamental. Nenhuma é somente executiva”³⁰³. Com a consciência dessa diversidade de eficácias e efeitos, restou assentado que aqueles antecipáveis seriam os responsáveis pela alteração

³⁰⁰ Nesse sentido, MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela Antecipada*. 2ª edição. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 494-495. Ver, também, TOMMASEO, Ferruccio. *I provvedimenti d'urgenza*, p. 527 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 59-61.

³⁰¹ CALVOSA, Carlo. *I provvedimenti d'urgenza*. In *Novissimo digesto italiano*, vol. XIV, p. 448 e seguintes *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 59-61.

³⁰² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, vol. VIII, T. II, 2005, p. 14-15, ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 5ª. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 87.

³⁰³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, t. I, p. 124. Ver, também, a explicação do autor a respeito do assunto em sua tabela de ações, p. 179-186,

da situação no mundo real, portanto, e em geral, os efeitos mandamental e executivo, efeitos que poderiam ser reflexos àquelas modalidades de tutela jurisdicional³⁰⁴. A toda evidência, o ponto crucial do assunto seria a utilidade da técnica antecipatória nas tutelas jurisdicionais declaratória, constitutiva e condenatória³⁰⁵.

Proposta, por exemplo, ação (processual) declaratória de inexistência de dívida (v.g., porque ausente qualquer relação com o falso credor) e havendo receio de que o réu promovesse atos de cobrança, como a inscrição do nome do autor em cadastro de inadimplentes, nada impediria que, presentes os pressupostos, fosse concedida providência de natureza mandamental (efeito reflexo da procedência da demanda), justificando o pronunciamento urgente de ordem de abstenção, de modo a impor um não-fazer ao demandado, ainda que o efeito declaratório decorrente da certeza jurídica definitiva, prestada após cognição completa, não pudesse ser adiantado.

No caso de ação (processual) constitutiva, também exemplificativamente, o autor poderia pleitear medida antecipatória de natureza mandamental, a fim de impor ao réu o dever

³⁰⁴ Partindo da decisão que fixa de modo provisório valor de aluguel, em ação revisional do valor da locação, Marinoni afirma a possibilidade de antecipação do efeito constitutivo, destacando, porém, sua inutilidade no caso de impossibilidade de propositura de ação de despejo por parte do locador com base na falta de pagamento do aluguel fixado provisoriamente. Salienta que a antecipação provisória dos efeitos constitutivos não exclui a possibilidade de provimento antecipatório de natureza mandamental ou executiva, considerando eventuais prejuízos que podem ocorrer em razão do tempo necessário para a atuação jurisdicional. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 62-63.

³⁰⁵ Nesse sentido, por todos, THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Antecipação da tutela em ações declaratórias e constitutivas*. Revista de Processo, ano 24, abr./jun., 1999, nº. 94, p. 24-33.

de abstenção quanto aos atos que pudessem impedir o exercício de faculdades contidas no direito a ser constituído, tal como ocorreria na ação constitutiva de servidão de passagem³⁰⁶.

Também nas ações condenatórias, vinculadas às obrigações de pagar quantia, poderia o julgador, para evitar dano ao autor que aparentasse razão, antecipar provisoriamente parte de seu efeito executivo, o quanto bastasse para prevenir o prejuízo. E quanto às tutelas mandamental e executiva, conseqüentemente, também estaria o julgador autorizado a antecipar propriamente os respectivos efeitos, a fim de afastar o perigo de dano, o que, aliás, decorreria de expressa autorização legislativa (CPC, art. 461, §3º). Em síntese, além das crises do direito material relacionadas com as tutelas declaratória e constitutiva, também àquelas inerentes às obrigações de pagar quantia, de fazer e de não-fazer e de entregar coisa poderiam ser objeto de medidas urgentes (antecipatórias ou, quando fosse necessário assegurar os meios processuais instrumentais, cautelares)³⁰⁷.

³⁰⁶ O exemplo é colhido de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “Evidentemente, a antecipação da eficácia constitutiva implicaria verdadeira contradição, pois surgiria tão-somente com a prolatação da sentença de mérito. Todavia, nada impede, para evitar o dano, possa o órgão judicial adotar providências de ordem mandamental, se convencido da verossimilhança do direito constitutivo alegado pelo autor. Exemplo típico ocorre com a constituição sentencial da servidão de passagem. Embora a constituição não possa ser antecipada, para prevenir o dano ao órgão judicial será lícito ordenar a passagem ou o desfazimento da obstrução à luz. Nesse caso, a antecipação encontra justificativa na diversidade de eficácias do próprio direito material e da sentença pedida ao juízo: o direito de propriedade, decorrente da constituição de servidão, implica também a faculdade de gozo e fruição garantida no art. 1.228 do Código Civil, razão bastante para emissão de ordem antecipatória de natureza mandamental, efeito que corresponde àquela eficácia e é dispensado com vistas a prevenir o dano”. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, vol. VIII, T. II, 2005, p. 15.

³⁰⁷ Assim Humberto Theodoro Júnior: “O importante, *in casu*, é o caráter *satisfativo*, porque a medida antecipatória se volta diretamente à proteção da pretensão de direito material do litigante e não apenas à defesa de alguma faculdade processual. O risco que se busca eliminar situa-se, por isso, no plano do direito substancial, de sorte que, à falta da providência antecipatória a sentença do processo principal estará, na prática, deferindo tutela a direito subjetivo esvaziado pela perda de objeto. Sendo assim, a lesão irreparável, ou dificilmente reparável, repercutirá diretamente sobre a efetividade da sentença, seja condenatória, declaratória ou constitutiva”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Antecipação da tutela em ações declaratórias e constitutivas*. Revista de Processo, ano 24, abr./jun., 1999, nº. 94, p. 24-33. No mesmo sentido, Giovanni Arieta: “Ciò significa, più semplicemente, che il pregiudizio può concretarsi in un evento *esterno* od anche *interno* alla situazione giurídica cautelando, capace di

1.2.4.2 Tutela jurisdicional de urgência definitiva (ou como decisão final)

Considerando a própria natureza da tutela jurisdicional de urgência, os respectivos provimentos judiciais não deveriam esgotar totalmente o litígio. Não seria aconselhável que um pronunciamento emergencial resolvesse definitivamente o conflito, com o que as medidas de urgência deveriam ser instáveis (provisórias e temporárias), e seus efeitos reversíveis, atuando apenas para afastar receio concreto de dano.

No entanto, por vezes, o julgador será chamado para solucionar questão urgente e seu pronunciamento tornará inútil qualquer debate posterior, esvaziando completamente o objeto da lide e resolvendo todo conflito. Essa categoria seria composta por aqueles casos em que a natureza irreversível da medida encerraria a própria discussão jurídica, pois seria destituída de qualquer fundamento de racionalidade prática. Esse fenômeno não fugiu ao gênio de Ovídio Baptista da Silva, ao sustentar a categoria *da tutela urgente satisfativa autônoma*, como espécie do gênero tutela de urgência ao lado da *tutela urgente satisfativa provisional* e da tutela *propriamente cautelar*³⁰⁸.

mettere in pericolo il diritto del quale si invoca la tutela cautelar atipica”.ARIETA, Giovanni. *I Provvedimenti D’Urgenza: ex art. 700 CPC*. Padova: CEDAN, 1982, p. 121.

³⁰⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar (Tutela de Urgência)*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 67-79.

Como exemplo, cita-se a famosa “ação cautelar” destinada a liberar os cruzados retidos pelo Governo Federal³⁰⁹. Sobre o assunto, disse Barbosa Moreira:

Permitam-me exemplificar com episódio ainda não muito remoto da história política brasileira: o chamado “Plano Collor”, e em particular a providência capital nele consagrada, o bloqueio dos “ativos financeiros”, apresentado como instrumento de combate à inflação. De acordo com tese notoriamente aceita pelos tribunais, deveria autorizar-se o levantamento imediato em benefício das pessoas carentes de numerário para despesas inadiáveis, como as destinadas a intervenção cirúrgica imprescindível à respectiva sobrevivência. Ora, em hipóteses assim, a liberação da importância necessária representava caminho sem volta. Não tanto por causa das dificuldades práticas na recuperação do dinheiro levantado e gasto, mas sobretudo por uma razão jurídica: a Medida Provisória n.º 168, que disciplinava a matéria, previa unicamente a conversão dos cruzados novos bloqueados em cruzeiros, não a reconversão de cruzeiros eventualmente liberados em cruzados novos. Tal reconversão não era só problemática *de facto*: era, antes de mais nada, impossível *de iure*. Seria pois totalmente anódino qualquer pronunciamento superveniente que porventura viesse a negar o direito ao levanto do numerário³¹⁰.

Nesses casos, o provimento seria definitivo, não se tratando de hipótese de garantia para a efetiva prestação da tutela jurisdicional, mas de sua atuação, não havendo qualquer relação de instrumentalidade com outro tipo de provimento informado pela cognição exauriente³¹¹. Imagine-se o caso de autorização judicial para que o filho viajasse com um dos cônjuges, contra a vontade do outro. Ou que fosse determinada judicialmente a realização de

³⁰⁹ Esse exemplo é trabalhado, entre outros, por Eliana Calmon, afirma a Ministra que milhares de brasileiros procuraram a Justiça Federal e, através de liminares proferidas em processos cautelares, conseguiam ter seus depósitos desbloqueados, deixando um saldo de milhares e milhares de processos inúteis a serem solucionados. Após a liminar que desbloqueava os depósitos bancários, os processos em duplicidade (ação cautelar e ação ordinária) ainda tinham um longo caminho a percorrer procedimentalmente, em nome de apenas uma formalidade. CALMON, Eliana. *Tutelas de Urgência*. Revista Jurídica. Porto Alegre, Notadez, ano 47, n. 269, p. 05, mar. 2000. Ver, Também, SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar tutela de urgência*. 3. ed. rev. atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. III, p. 90-92.

³¹⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Tutela de urgência e efetividade do direito*. In *Temas de Direito Processual*. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 89-90.

³¹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 278-280.

cirurgia pretendida pelo pai enquanto a mãe desejasse submeter o filho a tratamento por curandeiro, entre outras hipóteses³¹². Cumprida a medida de urgência (a viagem do filho contra a vontade do pai ou a realização de cirurgia contra a vontade da mãe), nada restaria a ser debatido. Não haveria, em princípio, qualquer conflito ou mesmo interesse a ser posteriormente protegido, inexistindo motivo racional para o prosseguimento da atividade jurisdicional.

Com efeito, especialmente porque a questão não deixaria qualquer resquício fático ou jurídico, não se estaria diante de tutela jurisdicional instável e instrumental, sendo certo que as medidas cautelares e antecipatórias não lhe seriam adequadas. Aqui, a efetivação do pronunciamento judicial importaria na realização sumária, autônoma, irreversível e definitiva da tutela jurisdicional.

Por outro lado, quando houvesse dano à parte que suportou a medida de urgência, ainda que fossem irreversíveis seus efeitos fáticos, haveria motivo racional para o prosseguimento do processo até o final, pois seria imprescindível verificar a correção do pronunciamento emergencial para fins reparatórios, o que somente poderia ocorrer com o aprofundamento cognitivo.

O fenômeno jurídico, consoante lição de Miguel Reale, deveria ser compreendido em sua tridimensionalidade concreta, integrando-se dialeticamente fato, valor e norma³¹³ (fatos da realidade, valores sociais e norma – consequência jurídica), sendo relevante destacar que a

³¹² *Idem*, p. 350, nota 120.

³¹³ REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1980, especialmente p. 74-77.

medida antecipatória faticamente irreversível poderia não encerrar a questão no âmbito jurídico de modo definitivo.

A satisfação plena (fática e jurídica³¹⁴), em certos casos, poderia ocorrer somente ao final, se fosse mantido o entendimento sobre a existência do direito daquele que pleiteou a tutela urgente. Do contrário, se o julgador entendesse após cognição aprofundada que aquele juízo de verossimilhança estava equivocado, julgando improcedente a demanda, haveria reflexos jurídicos e, conseqüentemente, no plano sensível, uma vez que o autor beneficiado pela medida de urgência poderia responder pelos prejuízos suportados pela parte adversa. Aquele que invocou um direito não reconhecido em juízo não poderia dizer que seu pedido foi plenamente satisfeito, demonstrando que aquela *satisfação* fora mesmo provisória e, talvez, indigesta³¹⁵.

Ovídio Baptista da Silva tem razão ao sustentar que o direito não poderia ignorar aquilo que acontece na vida real, ou seja, que a ciência jurídica não poderia ser enclausurada em redes conceituais distantes da realidade, como se houvesse um mundo jurídico diverso do mundo fático, em que o jurista enxergasse os fatos como fatos jurídicos e aplicasse sobre eles conceitos dogmáticos de modo matemático, puramente lógico³¹⁶. Porém, não concordamos com a crítica do autor, ao dizer que *satisfação* (ao menos a satisfação plena) não se confundiria com a

³¹⁴ Sobre esses efeitos, ver ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Perfil Dogmático da Tutela de Urgência*. Revista Forense. Rio de Janeiro, Forense, v. 342, p. 13-28, abr./mai./jun. 1998, p. 19-20.

³¹⁵ Sobre a recomposição do dano, por todos, CHIAVASSA, Tércio. *Tutelas de Urgência Cassadas: a recomposição do dano*. São Paulo: Quartier Latin, 2004. O autor examina o problema investigando a legislação e dialogando com a doutrina nacional e estrangeira. Interessante, entre outros temas, o estudo da irrepetibilidade dos alimentos provisórios e provisionais (p. 265-273).

³¹⁶ Nesse sentido, aliás, TESHEINER, Jose Maria Rosa e BAGGIO, Lucas Pereira. *Nulidades no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 05-39.

definição final do litígio, acusando aqueles que “misturam” esses conceitos de prestarem homenagem ao mais puro normativismo.

Em certos casos, a satisfação plena somente ocorreria para o beneficiário de medida antecipatória de efeitos irreversíveis quando não houvesse possibilidade de ser responsabilizado por eventuais prejuízos ocasionados à parte adversa, *status* que, nessas hipóteses, somente poderia ser atingido mediante posterior decisão definitiva, pronunciada após a realização do contraditório, não mais mediante cognição sumária. Por isso, admitimos excepcionalmente que mesmo a tutela de urgência responsável pela antecipação de efeitos irreversíveis possa ser instável (provisória).

Um exemplo é elucidativo. Um sujeito ingressa em juízo dizendo que necessitaria urgentemente realizar determinada cirurgia, sob pena de colocar em risco sua vida, afirmando que o Plano de Saúde contratado teria a obrigação de cobrir as despesas, na medida em que se trataria de procedimento cirúrgico reparador previsto no contrato. Digamos que tivesse demonstrado a contratação e que realmente houvesse a respectiva obrigação quanto ao custeio de intervenção cirúrgica de urgência para fins reparatórios. Digamos que o demandante tivesse colorido sua petição inicial com a figura do direito fundamental à saúde, invocando, ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana, entre outros fundamentos. Imagine-se que a medida liminar antecipatória tivesse sido deferida e a cirurgia tivesse sido realizada por profissional indicado pelo próprio demandante, tudo às expensas do Plano de Saúde, satisfazendo no plano social o direito afirmando na petição inicial. Após o contraditório e a instrução do processo, digamos que tivesse sido comprovado que a cirurgia não era urgente, tampouco reparatória,

sendo possível qualificá-la como estética, com o que não haveria cobertura pelo plano contratado. Além disso, imagine-se que o autor estivesse inadimplente há meses, operando-se, após o envio da respectiva notificação, a resolução do contrato, consoante cláusula destacada no instrumento. Imagine-se, também, que teria sido demonstrada a existência de conluio entre o demandante e o profissional da medicina, que teriam forjado documentos probatórios. Nessa hipótese, considerando que o julgador não reconhecesse ao final o direito material invocado, poder-se-ia dizer que o beneficiário da medida de urgência deveria reembolsar o requerido nos valores do procedimento cirúrgico e, se fosse assim, não haveria satisfação plena, já que seu patrimônio seria perseguido a fim de garantir o ressarcimento dos prejuízos causados.

Nesse contexto, a “medida antecipatória irreversível” redimensionaria a discussão, trazendo-lhe outros aspectos. Auxiliaria na pronta entrega da tutela jurisdicional (sendo, portanto, instrumental), embora prestada de modo equivocado. Descobrir sobre seu acerto seria tarefa fundamental, ao menos para minimizar os prejuízos suportados pelo réu que eventualmente tivesse razão, justificando o prosseguimento do processo até posterior decisão definitiva sobre o mérito.

Portanto, a tutela de urgência somente poderia ser classificada como definitiva, ou seja, como decisão final, nos casos em que o respectivo pronunciamento judicial esgotasse a discussão por completo, inclusive quanto à possibilidade de eventual dever de ressarcimento, em razão da responsabilidade civil daquele que fora beneficiado com a medida, no caso de modificação da decisão.

1.2.5. Síntese

Em síntese a tutela jurisdicional de urgência deve ser prestada de modo adequado à situação urgente, razão pela qual se admite a sumarização procedimental e cognitiva. Pode ser dividida em tutela *jurisdicional de urgência definitiva* (ocorrendo nos casos excepcionais em que a medida urgente não deixa resquícios fáticos ou jurídicos capazes de justificar racionalmente o prosseguimento da atividade judicial) e *tutela jurisdicional instável* (incluindo-se nessa categoria os provimentos *litisreguladores*, instrumentais, provisórios ou temporários prestados por meio das técnicas antecipatória e cautelar, bem como a hipótese de irreversibilidade dos efeitos fáticos, mas mantendo-se aberta a possibilidade de prosseguimento na atividade judicial a fim de apurar eventual responsabilidade daquele que foi beneficiado pelo provimento de urgência). Destaca-se, ainda, que a nota característica dessa modalidade especial de tutela jurisdicional é mesmo a urgência decorrente do *periculum in mora*, não sendo adequado enquadrar nessa classificação providências não emergenciais que objetivam atacar o problema do tempo no processo.

CAPÍTULO II

ASPECTOS TÉCNICO-PROCEDIMENTAIS DA TUTELA DE URGÊNCIA NO ORDENAMENTO PROCESSUAL CIVIL POSITIVO

2.1. TUTELA JURISDICIONAL DE URGÊNCIA NO ORDENAMENTO PROCESSUAL CIVIL POSITIVO

2.1.1 O Código de Processo Civil e a tutela jurisdicional de urgência instável: desenvolvimento legislativo das técnicas cautelar e antecipatória

No ponto anterior, apresentamos o que se entende por tutela jurisdicional de urgência, destacando suas características. Importa, agora, examinar o procedimento positivado para a confrontação de sua adequação com as necessidades sociais e os imperativos da efetividade e da segurança.

Não obstante os dispositivos que autorizam a tutela de urgência em leis extravagantes (v.g., mandado de segurança, ação civil pública, código de defesa do consumidor, etc.), nossa atenção dirige-se ao Código de Processo Civil em vigor (Lei nº. 5.869/1973), pois aplicável genericamente, inclusive de modo subsidiário àquelas legislações. Para melhor compreensão do tema, mostra-se adequado, ainda que resumidamente, discorrer a respeito da evolução legislativa quanto ao tema da tutela jurisdicional de urgência³¹⁷.

O Código de Processo Civil vigente veio a lume durante o Regime Militar, tendo sido fruto da chamada fase metodológica conceitual da ciência processual (ou processualismo³¹⁸), recepcionando o pensamento dogmático da doutrina tradicional italiana. Assevera Cândido Rangel Dinamarco que o Código representou um enorme passo no que tange à técnica processual, à adoção de conceitos modernos e à correta estruturação dos institutos³¹⁹.

Foi dividido estruturalmente em cinco Livros: do Processo de Conhecimento, do Processo de Execução, do Processo Cautelar, dos Procedimentos Especiais, das Disposições Finais e Transitórias. Ao contrário daquele revogado (Decreto-Lei nº. 1.608/1939), dedicou livro exclusivo para a disciplina do “Processo Cautelar” (Livro III),

³¹⁷ Por uma visão mais completa dessa evolução, ver BAGGIO, Lucas Pereira. *Fungibilidade entre as medidas cautelares e antecipadas no Processo Civil Brasileiro*. Disponível em <<http://www.tex.pro.br>> e <<http://www.abdpc.org.br>>, acesso em 10.10.2007.

³¹⁸ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

³¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 4. ed., 2.tiragem, rev. e ampliada., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 23.

sendo destacável a ampla atenção do legislador sobre o assunto³²⁰. Em sua exposição de motivos, o então Ministro da Justiça e autor do anteprojeto, Alfredo Buzaid, justificou a regulamentação do processo cautelar em Livro próprio, em razão de divisão estrutural funcional, adotando a teoria tripartite da atividade jurisdicional, sustentada por Carnelutti³²¹ e Liebman³²².

O Livro III foi dividido em dois capítulos. No primeiro, constam disposições gerais das *medidas cautelares*, consagrando a autonomia formal do *Processo Cautelar*, que pode ser instaurado de modo preparatório ou incidental ao chamado processo principal (de conhecimento ou de execução), destacando-se sua dependência em relação a este (CPC, art. 796³²³). Ainda nesse capítulo, positivou-se o “*poder geral de cautela*” (CPC, art. 798), que permite ao juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Restou disciplinado o respectivo procedimento. As medidas cautelares devem ser requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação

³²⁰ Informa Galeno Lacerda que inexistente tratamento similar outorgado à tutela cautelar no direito comparado. Afirma que a disposição em Livro específico destinado ao processo cautelar é um dos aspectos que singulariza nosso Código, sendo, inclusive, conflitante com outros códigos vigentes de países com maior tradição jurídica, como a Alemanha, a Áustria, Portugal e a própria Itália. LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. VIII. t. I, p. 1-2.

³²¹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil: introdução e função do processo civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, v. I, p.488-489.

³²² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Unità Del Procedimento Cautelare. Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, Cedam, n.º. 9, 1954, p. 248.

³²³ Art. 796. O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente.

principal. Se o processo encontrar-se no Tribunal, em razão de recurso, deve a medida ser pleiteada diretamente perante ele (CPC, art. 800, parágrafo único). Os autos desse procedimento serão apensados aos do processo principal (CPC, art. 809). O requerimento deve ser formulado por escrito, indicando-se (I) a autoridade a que é dirigido, (II) a qualificação jurídica do requerente e do requerido, (III) a demanda principal e o seu fundamento (requisito dispensável quando instaurado o procedimento de modo preparatório), (IV) a exposição sumária do direito ameaçado e o receio de lesão, bem como (V) as provas que se pretende produzir (CPC, art. 801). Para evitar o dano, permite-se ao julgador agir de ofício em casos excepcionais, sem a audiência das partes (CPC, art. 797), autorizando ou vedando a prática de determinados atos, ordenando a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impondo a prestação de caução (CPC, art. 799).

Quando o conhecimento do réu a respeito do pedido cautelar colocar em risco sua eficácia, o juiz está autorizado a conceder, liminarmente ou após justificação prévia, a medida pleiteada, postergando o contraditório, caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória para garantir eventual ressarcimento dos danos que o requerido possa vir a sofrer injustamente (CPC, art. 804). Em geral, porém, o réu deve ser citado, para, no prazo de 05 (cinco) dias, contestar o feito, indicando a provas que pretende produzir (CPC, art. 802). A contagem do prazo tem início com a juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido ou da execução da medida cautelar, quando concedida liminarmente ou após justificação prévia (CPC, art. 802, parágrafo único). Havendo contestação e a necessidade de produção de prova, o juiz designará data para a respectiva audiência de instrução e julgamento; não havendo resposta tempestiva do réu, aplica-se a revelia (CPC, artigos 285, 319 e 803), devendo ser julgado o processo em 5 (cinco) dias.

Deferido o requerimento preparatório e efetivada a medida cautelar, compete ao autor promover a ação principal, no prazo de 30 (trinta) dias (CPC, art. 806). A medida conserva a sua eficácia nesse prazo e na pendência do processo principal; mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada (CPC, art. 807), de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente (CPC, art. 805). Salvo decisão judicial em contrário, a medida cautelar conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo (CPC, art. 807, parágrafo único). Porém, cessa sua eficácia se a parte não propor a ação principal no prazo referido, se não for efetivada a medida cautelar deferida no mesmo prazo de 30 (trinta) dias, e na hipótese de extinção do processo cautelar, vedando-se novo requerimento, exceto se por novo fundamento (CPC, art. 808, parágrafo único).

O indeferimento da medida não obsta que a parte intente a ação, nem influi no julgamento desta, salvo se o juiz, no procedimento cautelar, acolher a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (CPC, art. 810).

O requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida (CPC, art. 811) se a sentença no processo principal lhe for desfavorável; se, obtida liminarmente a medida sem o exercício do contraditório (CPC, art. 804), não promover a citação do requerido dentro em 5 (cinco) dias; se ocorrer a cessação da eficácia da medida; se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de

prescrição do direito do autor. Essa indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar.

No capítulo seguinte (CPC, artigos 813 a 889), foram regulados *procedimentos cautelares específicos*³²⁴. Porém, o exame mais atento indica a diversidade de técnicas empregadas, embora quase todos tangenciem ao elemento comum da urgência, *lato sensu* considerada. Ao lado de medidas evidentemente cautelares – como o arresto e o seqüestro – foram introduzidas providências de natureza não muito clara – como, por exemplo, os alimentos provisionais, a busca e apreensão, a exibitória, o protesto e a apreensão de títulos e a posse provisória de filhos. Têm-se, em alguns casos, medidas puramente cautelares; em outros, medidas antecipatórias, com a satisfação imediata do direito reclamado. Por vezes, não há cautelaridade, considerando que a ação é principal, bastando em si mesma. Há, também, exercício de jurisdição voluntária, e até casos em que não há ato jurisdicional, como no protesto de título³²⁵.

O *Processo Cautelar* era originalmente o único meio processual capaz de tutelar situação de urgência, salvo raras exceções expressamente previstas no direito

³²⁴ Arresto (CPC, arts. 813/821), seqüestro (CPC, arts. 822/825), caução (CPC, arts. 826/838), busca e apreensão (CPC, arts. 839/843), exibitória (CPC, arts. 844/845), produção antecipada de provas (CPC, arts. 846/851), alimentos provisionais (CPC, arts. 852/854), arrolamento de bens (CPC, arts. 855/860), justificação (CPC, arts. 861/866), protestos, notificações e interpelações (CPC, arts. 867/873), homologação do penhor legal (CPC, arts. 874/876), posse em nome do nascituro (CPC, arts. 877/878), atentado (CPC, arts. 879/881), protesto e apreensão de títulos (CPC, arts. 882/887), e outras medidas provisionais (CPC, arts. 888/889).

³²⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, vol. VIII, T. II, 2005, p. 01.

positivo, (v.g., mandado de segurança, possessórias). Discutiu-se, então, o alcance do *poder geral de cautela*, em especial sobre o significado de “*medidas provisórias adequadas*”, isto é, se tais medidas seriam apenas garantidoras ou se poderiam, também, antecipar o direito pretendido pela parte³²⁶.

De um lado, seguindo a clássica lição de Calamandrei, sustentava-se que a antecipação provisória seria mesmo uma espécie de providência cautelar, com a finalidade de assegurar o resultado útil do processo por meio da antecipação daquilo que o litigante perseguia em juízo. Por outro, argumentava-se que tal antecipação do resultado final pretendido pela parte seria uma prestação *satisfativa*, inviável de ser manejada por meio do processo cautelar, destinado apenas a garantir a utilidade e eficácia de futura prestação jurisdicional.

Esse descompasso doutrinário acabou por balançar a jurisprudência. Gradualmente os Tribunais passaram de uma linha de orientação radicalmente posicionada a rejeitar as medidas cautelares antecipatórias (*satisfativas*) para outra, oposta. Com base no Poder Geral de Cautela, como autêntica válvula de escape, foram deferidas medidas liminares que adiantavam os efeitos da sentença, entregando antecipadamente o bem da vida pretendido em juízo. Além disso, por diversas vezes, satisfazia-se de forma irreversível o direito da parte, dispensando-a do ingresso da ação

³²⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Medidas Cautelares e Medidas Antecipatórias: Técnicas Diferentes, Função Constitucional Semelhante*. Revista de Processo. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 82, abr./jun. 1996, p. 53-55.

principal³²⁷. Essas liminares fundavam-se nos requisitos próprios da tutela assecuratória, sendo denominadas “cautelares satisfativas”³²⁸. Esse proceder, embora tecnicamente inapropriado, foi considerado legítimo por parte da doutrina, pois o ordenamento processual não havia previsto a tutela genérica de situação urgente “*satisfativa*”³²⁹.

Neste contexto, buscando solucionar tal “impossibilidade científica”, o legislador editou a Lei nº. 8.952 de 1994, acrescentando um parágrafo único ao artigo 272, para onde foi transplantada a norma que se encontrava originalmente no artigo 273³³⁰. Dessa forma, abriu-se espaço no Livro I do Código de Processo Civil (processo de conhecimento) para a positivação genérica da antecipação dos efeitos da tutela³³¹, originalmente disciplinada com a seguinte redação:

O juiz poderá a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:
I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

³²⁷ Sobre o assunto, FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Breves notas sobre procedimentos antecipatórios, cautelares e liminares*. Porto Alegre, Ajuris, ano 23, n. 66, mar. 1996, p. 17.

³²⁸ Humberto Theodoro Júnior afirma que são dois os requisitos para se alcançar a tutela cautelar: um dano potencial em razão do *periculum in mora* objetivamente apurável e a plausibilidade do direito substancial alegado, ou seja, o *fumus boni iuris*. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. II, p. 549.

³²⁹ Ovídio afirma que esse termo é seguramente impróprio, pois a cautelar jamais poderia ser satisfativa, sendo assim denominado com uma boa dose de mau gosto e inteira impropriedade lógica. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Reforma dos Processos de Execução e Cautelar*. Porto Alegre: Ajuris, 1996. p. 34-35. v. 68.

³³⁰ BERMUDES, Sérgio. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 27.

³³¹ Essa reforma processual foi aplaudida pela doutrina. Cândido Rangel Dinamarco afirma que a generalização da antecipação dos efeitos da tutela “veio como uma arma poderosíssima contra os males corrosivos do tempo no processo” DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 4. ed. 2.tiragem, rev. e ampliada., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 140-141. Luiz Guilherme Marinoni, por sua vez, visualiza a tutela antecipada como um corolário do direito à adequada tutela jurisdicional. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de Tutela*. 9ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 163-166.

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

A medida antecipatória, portanto, deveria ser pleiteada nos autos do processo principal, e deferida quando houvesse verossimilhança das alegações do autor e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (CPC, art. 273, I); ou, ainda, no caso de abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório por parte do réu (CPC, art. 273, II). Conforme a literalidade da lei, não se poderia empregar essa técnica quando houvesse perigo de irreversibilidade provimento antecipado (*sic*) (CPC, art. 273, § 2º). Por outro lado, deferida a medida – que poderia ser revogada ou modificada a qualquer tempo (CPC, art. 273, § 4º) –, em decisão fundamentada, sua efetivação fora vinculada às disposições que tratavam da execução provisória da sentença (CPC, art. 588, I e II), restringindo a prática de atos que importassem em alienação do domínio e o levantamento de depósito em dinheiro sem caução idônea. O processo, independente da decisão, prosseguiria até o julgamento final (CPC, art. 273, § 5º).

A mesma Lei nº. 8.952/1994 promoveu outra modificação de porte no Código de Processo Civil, abarcando a tutela específica da obrigação de fazer e não-fazer, inclusive mediante provimento liminar quando relevante o fundamento da demanda e havendo receio de ineficácia do provimento final. Vejamos:

Art. 461. 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.

§ 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.

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

Até então, a tutela preventiva material era basicamente prestada por meio do processo cautelar, considerando a inexistência de um instrumento hábil, cercado de técnicas capazes de promover sua finalidade. O art. 461, conjugado com o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, passaram a servir como base para essa tutela preventiva, mediante ação de conhecimento, aplicando-se a técnica antecipatória e aquelas destinadas ao cumprimento da ordem.

Com a positivação genérica da técnica da antecipação da tutela e a admissão da tutela preventiva, o debate sobre a viabilidade daquelas “cautelares satisfativas” foi esvaziado. De qualquer sorte, outra contenda dogmática se instaurou: agora, em busca do “aperfeiçoamento técnico”, a doutrina e a jurisprudência passaram

a distinguir cientificamente as medidas cautelares e as antecipatórias, buscando sistematizá-las em sua estrutura, conteúdo, efeitos, eficácia e finalidade³³².

Teori Zavascki concluiu que são espécies de tutela provisória, mas que são tecnicamente distintas, apresentando seis principais caracteres peculiares, que merecem transcrição:

a) sujeitam-se a regimes processual e procedimental diferentes: a cautelar é postulada em ação autônoma, disciplinada no Livro do Processo Cautelar; a antecipação é requerida na própria ação destinada a obter a tutela definitiva, observados os requisitos do regime geral previsto no art. 273 (CPC);

b) a medida cautelar é cabível quando, não sendo urgente a satisfação do direito, revelar-se, todavia, urgente garantir sua futura certificação ou sua futura execução; a medida antecipatória tem lugar quando urgente é a própria satisfação do direito afirmado;

c) na cautelar há medida de segurança para a certificação ou segurança para futura execução do direito; na antecipatória há adiantamento, total ou parcial, da própria fruição do direito, ou seja, há, em sentido lato, execução antecipada, como um meio para evitar que o direito pereça ou sofra dano (execução para segurança);

d) na antecipatória há coincidência entre o conteúdo da medida e a consequência jurídica resultante do direito material afirmado pelo autor; na cautelar o conteúdo do provimento é autônomo em relação ao da tutela definitiva;

e) o resultado prático da medida antecipatória é, nos limites dos efeitos antecipados, semelhante ao que se estabeleceria com o atendimento espontâneo, pelo réu, do direito afirmado pelo autor; na cautelar, o resultado prático obtido não guarda relação de pertinência com a satisfação do direito e sim com sua garantia;

f) a cautelar é medida habilitada a ter sempre duração limitada no tempo, não sendo sucedida por outra de mesmo conteúdo ou natureza (isto é, por outra medida de garantia), razão pela qual a situação fática por ela criada será necessariamente desfeita ao término de sua vigência; já a antecipatória pode ter seus efeitos perpetuados no tempo, pois destinada a ser sucedida por outra de conteúdo semelhante, a sentença final de procedência, cujo advento consolidará de modo definitivo a situação fática decorrente da antecipação³³³.

³³² Sobre o assunto, CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil. Do processo cautelar, arts. 796 a 812*; Coordenação Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 11, p. 55 e seguintes.

³³³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 5ª. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 58-59.

A rígida distinção teve reflexos práticos: *processos cautelares* foram extintos sem exame do pedido urgente porque este deveria ter sido formulado sob a veste da antecipação de tutela; pedidos antecipatórios não foram conhecidos porque deveriam ter sido formulados em ação cautelar autônoma. O jurisdicionado, em nome do “aperfeiçoamento técnico”, simplesmente não recebia a resposta do Estado-juiz a respeito de seu pleito de urgência. E o pior: em certas ocasiões de penumbra (v.g., sustação de protesto), havia grande confusão na academia e nos tribunais a respeito da classificação de determinada medida de urgência (se antecipatória ou cautelar), ocasionando entendimentos conflitantes e, conseqüentemente, prejuízos aos jurisdicionados³³⁴.

Surgiu, doutrinariamente, o movimento da fungibilidade entre as medidas de urgência, preocupado justamente com a prestação da tutela jurisdicional adequada, aduzindo que o respectivo pedido deveria ser apreciado, ainda que formulado de modo formalmente equivocado. Disse-o Araken de Assis:

A toda evidência, o equívoco da parte em pleitear sob forma autônoma providência satisfativa, ou vice-versa, não importa inadequação procedimental, nem o reconhecimento do erro a cessação da medida porventura concedida. E isso, porque existem casos em que a medida é duvidosa, sugerindo ao órgão judiciário extrema prudência

³³⁴ Sobre a distinção doutrinária a respeito da qualificação jurídica das medidas urgentes que impõe um fazer (ordens) ou não fazer (abstenção), como, por exemplo, aquela que determina a sustação dos efeitos do protesto, ver as posições antagônicas de Araken de Assis e Teoria Albino Zavaski. ASSIS, Araken de. *Fungibilidade das Medidas Inominadas Cautelares e Satisfativas*. Revista de Processo. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 25, n. 100, out./dez. 2000; ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 5ª. São Paulo: Saraiva, 2007, p. .

ao aplicar distinções doutrinárias, fundamentalmente corretas, mas desprovidas de efeitos tão rígidos³³⁵.

José Carlos Barbosa Moreira questionou a própria validade e a importância da distinção, criticando seu rigor científico.

Não é nisso que podemos encontrar um critério para estabelecer distinção perfeitamente nítida entre a tutela antecipada e a tutela cautelar. Não sei se vale a pena, aliás, insistir nessa preocupação de traçar uma linha divisória, absolutamente rígida, que separe esses institutos, como se se tratasse de compartimentos estanques, de fronteiras sem poro.

De um tempo para cá, venho tendendo a convencer-me de que, por muitas vezes, esse tipo de preocupação é fútil, porque no Direito, como na vida, as distinções nem sempre refletem contraposições; o Direito e a vida são realidades que se desenvolvem e se estruturam gradualmente, sem essa obsessão por muros opacos que separem, de maneira radical, um compartimento do outro. A própria ciência processual reconhece hoje que muito do que se tentou fazer em matéria de distinção rigorosa, de quase que separação absoluta entre institutos, na verdade, constituía uma preocupação metodologicamente discutível e, em certos casos, francamente equivocada, porque há sempre uma passagem gradual de uma realidade a outra, e quase sempre se depara uma espécie de zona de fronteira, uma faixa cinzenta, que nem o mais aparelhado cartógrafo saberia dizer com precisão em qual dos dois terrenos estamos pisando³³⁶.

Esse movimento doutrinário, já admitido na prática forense, culminou com mais uma reforma no Código de Processo Civil (Lei nº. 10.444/2002)³³⁷. Modificou-se o § 3º e

³³⁵ ASSIS, Araken de. *Fungibilidade das Medidas Inominadas Cautelares e Satisfativas*. Revista de Processo. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 25, n. 100, p. 48-56. out./dez. 2000. O autor exclui a possibilidade de fungibilidade entre medidas satisfativas e medidas cautelares típicas. De nossa parte, porém, entendemos a fungibilidade de modo mais amplo. Sobre o assunto, ver BAGGIO, Lucas Pereira. *Fungibilidade entre as medidas cautelares e antecipadas no Processo Civil Brasileiro*. Disponível em <<http://www.tex.pro.br>> e <<http://www.abdpc.org.br>>, acesso em 10.10.2007.

³³⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Antecipação de Tutela Jurisdicional na Reforma do Código de Processo Civil*. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 21, jan./mar. 1996, p. 201.

³³⁷ Na exposição de motivos do anteprojeto nº.13, que foi objeto da Lei 10.444 de 2002, ao tratar da norma supracitada, os Ministros Sálvio Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro justificaram sua inclusão no ordenamento processual civil em razão do princípio da economia processual com a adoção da fungibilidade procedimental entre as tutelas de urgência. TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo e CARNEIRO,

acrescentou-se o § 6º³³⁸ e o §7º³³⁹ no art. 273, assim como foi alterado o § 5º³⁴⁰ do art. 461, acrescentando-se o § 6º³⁴¹ e, ainda, foi positivada a tutela específica para a entrega de coisa no art. 461-A e seus três parágrafos³⁴². O juiz foi autorizado a conceder medida antecipatória quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, fosse incontroverso, bem como foi consagrada a fungibilidade mencionada: “se o autor, a título de antecipação dos efeitos da tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”. Manteve-se a relação dos meios executivos com a execução provisória³⁴³, destacando que a efetivação da medida, no que coubesse e conforme sua natureza, poderia ser realizada segundo as normas vigentes previstas nos arts. 461, § 4º e § 5º, e 461-A, e 475-O, do Código.

Athos Gusmão. “*Anteprojeto de Lei (Nº 13) Complementa as leis de reforma do Código de Processo Civil*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, Síntese, ano 1, n. 2, nov./dez. 1999, p. 143.

³³⁸ Art. 273 (...)

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

³³⁹ Art. 273. (...)

§ 7º Se o autor, a título de antecipação dos efeitos da tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

³⁴⁰ § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

³⁴¹ § 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

³⁴² Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

§ 1º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

§ 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

§ 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461.

³⁴³ O § 3º, do art. 273, contém uma impropriedade. É que nele, consoante alteração legislativa (Lei nº. 10.444/2002), há referência expressa ao art. 588, que regulava o procedimento para a execução provisória. Porém, este dispositivo foi revogado pela Lei nº. 11.232/2005, cabendo ao art. 475-O a disciplina sobre a execução provisória. Por isso sua referência no texto.

A alteração legislativa, como seria de se esperar, deu margem a novas discussões doutrinárias, tanto no que se refere ao procedimento (especialmente quanto ao alcance da fungibilidade consagrada e a própria relevância de um processo cautelar autônomo) quanto aos meios executivos (sua atipicidade e sua adequação com as necessidades do caso concreto).

Em síntese, a atual sistemática literal do Código de Processo Civil disciplina que a medida antecipatória deveria ser pleiteada de modo incidental ao chamado Processo de Conhecimento, liminarmente ou por simples petição protocolizada durante o procedimento (CPC, art. 273). A cautelar também poderia ser veiculada no bojo deste processo, desde que o fosse a título de antecipação de tutela (CPC, art. 273, § 7º). Se manejada propriamente como cautelar, deveria ser proposto o respectivo processo autônomo, de modo preparatório ou incidental ao processo principal (CPC, art. 796).

Para a efetivação da medida antecipatória (CPC, art. 273, § 3º), no que coubesse e conforme sua natureza, deveria a parte observar as disposições estabelecidas para a execução provisória, autorizando-se o julgador a determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial (CPC, art. 461, § 4º e § 5º), bem como a ordem para a entrega de coisa (CPC, art. 461-A). Para a efetivação do provimento cautelar, além daquelas específicas, o juiz poderia determinar a medida provisória que julgasse adequada (CPC, art. 798).

2.1.2 A legislação processual civil e a tentativa de regulação da tutela jurisdicional de urgência definitiva: restrição legal aos provimentos antecipatórios irreversíveis (CPC, art. 273, § 2º).

No que tange à tutela jurisdicional definitiva, o legislador brasileiro não disciplinou um procedimento específico. Pelo contrário, consoante art. 273, § 2º, do Código de Processo Civil, não se concederia medida antecipatória quando houvesse perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. Ao que tudo indica, a literalidade da lei impediria medidas “antecipatórias irreversíveis”, vedação que decorreria da impossibilidade de que provimentos urgentes resolvessem definitivamente o debate judicial, pois tais decisões seriam proferidas em sede de cognição sumária, muitas vezes sem contraditório, com o que não possuiriam grau de certeza suficiente para tanto.

2.1.3 A legislação processual e a tutela de urgência nos tribunais

Nos tribunais ordinários e nos tribunais superiores, a tutela de urgência ocorreria nas seguintes situações: (a) *originariamente*, (a.1) nos casos de sua competência originária, notadamente em ações rescisórias, em mandados de segurança e, excepcionalmente, na

suspensão de segurança, e (a.2) nos processos em fase recursal; (b) mediante *recurso* interposto contra decisões concessivas ou denegatórias do pedido urgente por juiz ou tribunal *a quo*; e (c) mediante *ação direta*, em casos especiais³⁴⁴.

Originariamente, a legislação estabeleceu a possibilidade de concessão de medida de urgência na ação rescisória (CPC, art. 489³⁴⁵), destacando sua excepcionalidade e encerrando uma longa discussão doutrinária e jurisprudencial³⁴⁶. Quanto ao mandado de segurança, a legislação também estabeleceu a possibilidade de concessão de medida urgente (Lei n.º 1.533/1951, art. 7º, II), pelo relator, para suspender o ato que teria dado motivo ao pedido, desde que relevante o fundamento e do ato impugnado pudesse resultar a ineficácia da medida, caso fosse deferida³⁴⁷.

Também originalmente, tem-se o expediente disposto no art. 4º, da Lei n.º 8.437/92, de particular interesse do Estado, ao possibilitar a suspensão, pelo presidente do tribunal ao qual coubesse o conhecimento do respectivo recurso, em despacho fundamentado, da execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à

³⁴⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 5ª. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 142.

³⁴⁵ Art. 489. O ajuizamento da ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, ressalvada a concessão, caso imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela. (Redação dada pela Lei n.º 11.280, de 2006).

³⁴⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 5ª. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 217-227.

³⁴⁷ Art. 7º - Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

(...)

II - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida.

segurança e à economia públicas, aplicando-se essa norma também à sentença proferida em ação cautelar inominada, ação popular e ação civil pública, enquanto não transitada em julgado³⁴⁸.

Cabe ainda mencionar que seria bem possível que a situação de urgência pudesse advir após a conclusão da tramitação do processo em primeiro grau ou mesmo após o julgamento em segunda instância. O art. 273, do CPC, silencia a respeito de sua aplicação nos tribunais. No âmbito cautelar, é expressa a sua viabilidade (CPC, art. 800, parágrafo único³⁴⁹), porém, nada diz sobre seu processamento. A questão legislativa, aqui, não difere os tribunais ordinários dos superiores, ao menos não o faz de modo expresso.

Poderá o tribunal ser provocado, por via de recurso, a revisar decisão que julgou pedido de urgência (requerimento antecipatório ou cautelar). Proferida decisão em primeiro grau, em geral, a via impugnativa é a do agravo de instrumento, considerando sua natureza interlocutória. Aqui, o Código de Processo Civil outorgou ao relator o poder de atribuir efeito suspensivo ao recurso, ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão (CPC, art. 557, III³⁵⁰), bem como, nos casos de prisão

³⁴⁸ Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.

³⁴⁹ Art. 800. As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal.

Parágrafo único. Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994).

³⁵⁰ Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator: (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001).

civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara (CPC, art. 558). Cumpre destacar que o Código foi modificado, de modo a adequar-se à exigência de revisão emergencial das decisões de urgência. Sobre o assunto, transcrevo a lição de Eliana Calmon:

Solucionada a questão da tutela de urgência na primeira instância, uma segunda onda reivindicatória invadiu os tribunais de segundo grau, na busca de tutelas de urgência, em revisão, como reflexo da atuação do poder geral de cautela exercido pelos magistrados de primeiro grau, especialmente após a instituição da antecipação de tutela.

Com a demora no processamento dos recursos e o rígido controle de seus efeitos, passaram os jurisdicionados à utilização do mandado de segurança, quer para obter uma tutela de urgência, quer para vê-la suspensa, se concedida em primeiro grau. Usava-se o mandado de segurança em substituição à medida cautelar que, se proposta, teria como desvantagem o ajuizamento no próprio órgão que já negara a medida de urgência.

Dizia-se, para não afrontar a grandeza do *mandamus*, que se pretendia, com a impetração, dar efeito suspensivo ao recurso tempestivamente interposto. Portanto, contra uma mesma decisão era interposto um recurso, pleiteando sua revisão e impetrava-se o *writ*, para dar efeito suspensivo a este mesmo recurso.

(...)

Sem um meio rápido para chegar ao tribunal, surgiu imperiosa necessidade de modificar-se o processamento do agravo de instrumento, especialmente após a instituição da tutela antecipada. Daí a nova roupagem deste recurso, com o advento da Lei nº. 9.139, de 1995, tornando-o próprio para atacar decisões interlocutórias³⁵¹.

Possível ao relator, portanto, proferir decisão de urgência na apreciação do agravo de instrumento. A legislação processual, porém, não se pronunciou sobre a possibilidade de recurso contra sua decisão.

III - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão; (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001).

³⁵¹ Sobre o assunto, entre outros, ver CALMON, Eliana. *Tutelas de urgência nos Tribunais*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, nova série, ano 3, nº. 6, jul./dez., 2000, p. 165-172.

Se a decisão recorrida foi proferida pelo tribunal ordinário, dando ensejo a recurso especial ou extraordinário contra decisão interlocutória, a insurgência recursal ficaria retida nos autos e somente seria processada se o reiterasse a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou contra-razões (CPC, art. 542, § 3º³⁵²). Surgiria, aqui, o problema da retenção do recurso especial ou extraordinário, obstaculizando a apreciação das decisões de urgência (usualmente interlocutórias) pelos Tribunais Superiores.

No âmbito especial do controle concentrado de constitucionalidade, restou estabelecido na Constituição que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade. Nada disse a Constituição sobre a possibilidade de medidas de urgência nas ações declaratórias de constitucionalidade. Coube à Lei nº. 9.868/1999 disciplinar o respectivo procedimento, inclusive quanto às “medidas cautelares”, aqui previstas tanto para a ação declaratória de inconstitucionalidade como para a declaratória de constitucionalidade. Vejamos:

Da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade

Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

³⁵² Art. 542. Recebida a petição pela secretaria do tribunal, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista, para apresentar contra-razões. (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001).

(...)§ 3º O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998).

§ 1º O relator, julgando indispensável, ouvirá o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo de três dias.

§ 2º No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal.

§ 3º Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

Art. 11. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo.

§ 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.

§ 2º A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.

Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação

(...)

Da Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade

Art. 21. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

Parágrafo único. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo o Tribunal proceder ao julgamento da ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia.

O exame da legislação será confrontado com a necessidade de adequação do procedimento para a prestação efetiva da tutela jurisdicional de urgência, o que se pretende fazer em conformidade com sua natureza.

2.2. A CONFORMAÇÃO PROCEDIMENTAL PARA A PRESTAÇÃO EFETIVA DA TUTELA JURISDICIONAL DE URGÊNCIA

2.2.1 *Princípio da adequação do procedimento*

Quando se fala em conformação do procedimento (no caso, voltada para a tutela de situações de urgência), é preciso compreender o que lhe daria sustentação. Nesse sentido, importante o destaque a respeito da incidência dos direitos fundamentais na tutela jurisdicional.

À época do constitucionalismo de matriz liberal-burguesa, os direitos fundamentais estavam vinculados à garantia de que o Estado não iria interferir arbitrariamente na esfera jurídica dos cidadãos, ou seja, um direito fundamental de defesa, relacionado com uma prestação negativa. Porém, considerando os avanços sociais e as novas funções assumidas pelo Poder Público, os direitos fundamentais passaram a abranger também direitos de prestação, voltados para ações positivas – fáticas ou normativas –, para a promoção própria dos direitos fundamentais, ainda quando desvinculada de pretensões subjetivas do cidadão³⁵³. A doutrina costuma dividir

³⁵³ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 435-436. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira destaca o relevante

os direitos fundamentais nesses dois grupos: os direitos de defesa e os direitos de prestações (ações positivas)³⁵⁴.

Assim todo o direito a um ato positivo seria um direito de prestação, contraposto ao direito de defesa, sobre o qual recairia uma ação negativa, um não-fazer por parte do Estado. Aquelas ações positivas deveriam significar mais do que direitos a prestações fáticas, devendo abarcar, igualmente, direitos a prestações normativas, tais como, por exemplo, a proteção por meio de normas de direito penal ou a edição de normas de organização e procedimentais³⁵⁵.

Considerando a proibição da autotutela, o Estado teria assumido constitucionalmente o poder/dever de prestar a tutela jurisdicional. Esse poder/dever deveria ser compreendido segundo a teoria dos direitos fundamentais em sua *multifuncionalidade*³⁵⁶. O direito à efetividade da tutela jurisdicional não poderia ser visualizado apenas como um direito de defesa, ou seja, como um direito de natureza negativa, uma vez que consistiria basicamente em um direito de exigir uma prestação do Estado³⁵⁷. A esse direito/dever corresponderia uma pretensão de jurisdição

papel da doutrina de Georg Jellinek desempenhado na construção da teoria dos direitos fundamentais, considerando o desenvolvimento pelo autor da chamada teoria dos direitos subjetivos públicos, centrada no reconhecimento do indivíduo como pessoa e como sujeito de direito, apto a reclamar eficazmente a tutela jurídica do Estado. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Os Direitos Fundamentais à efetividade e à Segurança em Perspectiva Dinâmica*. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, nº. 21, p. 109-124, nov./dez., 2007.

³⁵⁴ Ver, entre outros, SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

³⁵⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 427.

³⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 175.

³⁵⁷ *Idem*, p. 185.

(*Anspruch auf Rechtspflege*), também chamada de outorga da justiça (*Justizgewährung*) ou, ainda, de pretensão de justiça (*Justizanspruch*) do cidadão frente ao Estado como titular da soberania. Esse direito subjetivo público englobaria o meio (processo) e o resultado (favorável ou desfavorável), o reconhecimento do direito e sua realização³⁵⁸.

Canotilho, aliás, afirma que a inafastabilidade do controle jurisdicional encontraria suas raízes no *due process* jurisdicional:

Pela própria arqueologia do *due process* verifica-se que este se concebia fundamentalmente como um *direito de defesa* do particular perante os poderes públicos. Quando os textos constitucionais, internacionais e legislativos reconhecem, hoje, um direito de acesso aos tribunais este direito concebe-se como uma dupla função: (1) um *direito de defesa* ante os tribunais e contra actos dos poderes públicos; (2) um *direito de protecção do particular através de tribunais* do Estado no sentido de este o proteger perante a violação dos seus direitos por terceiros (*dever de protecção do Estado e direito do particular a exigir essa protecção*)³⁵⁹.

A teoria dos direitos fundamentais reclamaria, pois, a prestação adequada, tempestiva e justa da tutela jurisdicional, do qual seriam “devedores” o legislador e o juiz³⁶⁰. Nesse desiderato, o direito à prestação jurisdicional efetiva deve ser enxergado de modo complexo, pois abarca necessidades diversas, exigindo (a) instituição de

³⁵⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Direito Material, Processo e Tutela Jurisdicional*. In *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Organizadores Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 302-306.

³⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 1998, p. 451.

³⁶⁰ Embora em outro contexto, a expressão “devedores” é empregada adequadamente por Luiz Guilherme Marinoni, dando conta de que o direito à tutela jurisdicional efetiva não poderia ser resumido ao procedimento legalmente instituído, importando na necessidade de atender de maneira idônea o direito material. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 188-189.

procedimentos capazes de viabilizar a participação (v.g., ações coletivas), (b) técnicas processuais adequadas (norma processual) e (c) a própria resposta jurisdicional³⁶¹.

Com efeito, as características próprias do interesse juridicamente protegido no plano do direito material não poderiam ser ignoradas, visto que a atividade processual giraria em torno dessa realidade, sendo, aliás, seu ponto de partida, perceptível já no ato de introdução do processo, na demanda, por meio da afirmação do autor na causa de pedir (CPC, art.282, III)³⁶².

O direito processual, ao fim e ao cabo, seria naturalmente instrumental, pois chamado a intervir em razão de alguma crise do direito material (inclusive em caráter preventivo e até mesmo abstrato), evidenciando a necessidade de adequação do instrumento as suas exigências³⁶³. Ressalte-se, por outro lado, que a adequação do processo às exigências do direito material não poderia conduzir a sua subordinação, sua redução à mera técnica, à mera forma. O direito processual possuiria valor próprio, servindo-se do direito material para a (re)construção do direito e, quando necessário, sua concretização no mundo da vida. Assumir sua instrumentalidade não o tornaria

³⁶¹ *Idem*, p. 185.

³⁶² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Direito Material, Processo e Tutela Jurisdicional. In Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdiciona na perspectiva das relações entre direito e processo*. Organizadores Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 285-319.

³⁶³ “A instrumentalidade do direito processual e, portanto, da ciência do processo, impõe todavia uma consequência de grande alcance. Como qualquer instrumento, também aquele direito e aquela técnica devem realmente adequar-se, adaptar-se, conformar-se o mais estreitamente possível à particular natureza de seu objeto e de sua finalidade, ou seja à natureza particular do direito substancial e à finalidade de tutela os institutos do mencionado direito. Tanto mais um sistema processual será perfeito e eficaz, quanto mais fôr capaz de adaptar-se sem incoerências, sem discrepâncias, àquela natureza e àquela finalidade”. CAPPELLETTI, Mauro. *A Ideologia no Processo Civil*, Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ano IV, 1969, n.º. 13, p. 01-17.

servil ao direito material, tampouco importaria em desconsiderar que operaria de modo diverso, como anteriormente assentado³⁶⁴.

Nesse contexto (bem definidos os dois planos do ordenamento jurídico), cumpre transcrever a clássica lição de Galeno Lacerda, em passagem histórica e assaz relevante, ao criticar a classificação do processo como adjetivo e como direito formal, para então, discorrer sobre a adequação como “princípio fundamental e unitário do processo”:

ERROS A EVITAR: PROCESSO COMO ADJETIVO OU COMO FORMA – Erro arraigado, praticado até por autores de tomo, consiste em definir o direito processual como direito **adjetivo**, ou como direito **formal**.

O primeiro, de impropriedade manifesta, legou-nos BENTHAM, de impropriedade manifesta. Tão impróprio é definir o arado como adjetivo da terra, o piano como adjetivo da música, quanto o processo como adjetivo do direito em função do qual ele atua. Instrumento não constitui **qualidade** da matéria que modela, mas ente ontologicamente distinto, embora a esta vinculado por um nexo de finalidade.

Se não é qualidade, também não será forma, conceito que pressupõe a mesma, e, no caso, inexistente, integração ontológica com a matéria. À toda evidência, processo não significa **forma** do direito material. Aqui, o erro provém da indevida aplicação aos dois ramos do direito das noções metafísicas de matéria e forma, como conceitos complementares. Definidas as normas fundamentais, reguladoras das relações jurídicas, como direito material, ao direito disciplinador do processo outra qualificação não restaria senão a formal. O paralelo se revela primário em seu simplismo sofisticado. O direito material há de regular as formas próprias que substanciam e especificam os atos jurídicos materiais, ao passo que o direito processual, como instrumento de definição daquele em concreto, há de disciplinar, também, as formas que substanciam e especificam os atos jurídicos processuais. Em suma, a antítese não é direito material – direito formal, e sim, direito material – direito **instrumental**. Isso porque instrumento, como ente “**a se**”, possui matéria e forma próprias, independentes da matéria e da forma da realidade jurídica, dita **material**, sobre a qual opera.

³⁶⁴ Ver, também, MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 154 a 269*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, tomo II, p. 250 e seguintes.

A ADEQUAÇÃO COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL E UNITÁRIO DO PROCESSO. – Instrumento é conceito relativo, que pressupõe um ou mais sujeitos-agentes, um objeto sobre o qual, mediante aquele, atua o agir, e uma finalidade que condiciona a ação.

Requisito fundamental para que o instrumento possa atingir e realizar seu objetivo há de ser, portanto, a **adequação**. Como são três os fatores a considerar, a adequação se apresenta sob **tríplice aspecto: subjetiva, objetiva e teleológica**.

Em primeiro lugar, cumpre que o instrumento se adapte ao sujeito que o maneja: o cinzel do Aleijadinho, forçosamente, não se identifica com um cinzel comum.

Em segundo, impõe-se que a adaptação se faça ao objeto: atuar sobre madeira ou sobre pedra exige instrumental diverso e adequado.

Em terceiro, urge que se considere o fim: trabalhar um bloco de granito para reduzi-lo a pedras de calçamento, ou para transformá-lo em obra de arte reclama de igual modo adequada variedade de instrumentos.

Assim também há de suceder com o processo para que possa cumprir a missão de definir e realizar o direito³⁶⁵.

Impõe-se, portanto, a construção de um processo justo, eficaz e provido das garantias essenciais que lhe são inerentes (juiz imparcial, contraditório, motivação, direito à prova, duração razoável, *etc.*), que seja suficientemente capaz de alcançar com Justiça a finalidade prometida pelo Estado³⁶⁶. Sua formação deve atender os valores próprios de cada sociedade, especialmente aqueles já constitucionalizados, assim como as técnicas, que podem ser empregadas em função desses valores. Por isso dizer que a estrutura do processo se alicerça no diálogo entre o valor segurança e o valor efetividade, correspondendo essa confrontação ao seu ponto de equilíbrio³⁶⁷.

³⁶⁵ LACERDA, Galeno. *O Código como sistema legal de adequação do processo*. Revista do Instituto de Advogados do Rio Grande do Sul comemorativa do cinquentenário, Porto Alegre, 1976, p. 161-170.

³⁶⁶ José Maria Rosa Tesheiner, porém, considera ilusória a idéia de que o processo poderia servir como instrumento de realização da justiça. Para o autor, seria apenas um instrumento de regulação da vida social. TESHEINER, José Maria Rosa. *Reflexões politicamente incorretas sobre direito e processo*. Revista *Ajuris*, ano XXXV, nº. 110, junho, 2008, p. 187-194.

³⁶⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Direito Material, Processo e Tutela Jurisdicional*. In *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdiciona na perspectiva das relações entre direito e processo*. Organizadores Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 306-307. Ver a respeito, o que

A adequação procedimental na tutela jurisdicional de urgência importa na verificação de certas premissas, a fim de ser delimitada a possibilidade de sua conformação, o que, como veremos, depende da própria natureza dessa modalidade de tutela jurisdicional, do direito material envolvido, das circunstâncias emergenciais do caso concreto e do equacionamento entre os valores da efetividade e da segurança.

Feitas essas colocações, passamos ao exame crítico da legislação para saber se o procedimento nela estabelecido mostra-se adequado para a tutela jurisdicional de urgência em suas modalidades instável e definitiva, bem como nos tribunais.

2.2.2 Tutela jurisdicional de urgência instável e a fungibilidade entre as técnicas cautelar e antecipatória.

Conforme anteriormente referido, a legislação brasileira consagrou procedimentos diversos para o emprego das técnicas cautelar e antecipatória. Para aquela, a via estabelecida seria a propositura de processo cautelar autônomo (preparatório ou incidental), vinculado ao chamado processo principal. Para esta, bastaria mero requerimento nos autos do processo principal.

diz DIDIER JR. Fredie. *Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br>>, acesso em 28 de setembro de 2007.

Após mais uma reforma do Código de Processo Civil, autorizou-se a concessão de medida cautelar no bojo do processo principal, tal como ocorreria no caso da antecipatória, ao dispor que “se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado” (CPC, art. 273, § 7º).

Discute-se se a *fungibilidade* somente poderia ser aplicada aos casos difíceis, sendo vedada para as hipóteses em que fosse clara a natureza da medida, pois isso equivaleria ao erro grosseiro, já que os procedimentos seriam diversos. Discute-se qual a consequência procedimental para o caso de deferimento de medida cautelar requerida sob a veste antecipatória. Discute-se, também, a possibilidade da chamada fungibilidade inversa – não consagrada expressamente no art. 273, § 7º, do Código de Processo Civil –, em que a medida de urgência antecipatória seria requerida sob a veste cautelar, inclusive de modo preparatório. Esses os problemas procedimentais a serem enfrentados para a prestação adequada da tutela jurisdicional de urgência instável.

2.2.2.1 Aplicabilidade: erro grosseiro, medidas típicas e atípicas.

A distinção procedimental adotada pelo legislador brasileiro teria sido fundamentada em posicionamento dogmático que afastaria as medidas cautelares das

antecipatórias, considerando que seriam modalidades bem diferentes. Essa opção, a toda evidência, não atenderia ao direito fundamental de prestação jurisdicional efetiva, justamente porque traria obstáculo desnecessário ao fiel cumprimento desse poder/dever do Estado.

Joel Dias Figueira Júnior assevera que o “*equivoco* capaz de agasalhar a aplicação do princípio da fungibilidade haveria de ser *escusável*”. Nesse sentido, “o chamado *erro grosseiro* ou *evidente* não comporta a incidência deste princípio, por revestir-se de caráter sempre excepcional, apropriado a corrigir distorções da ordem jurídica”. Afirma o autor que a regra do §7º do artigo 273 haveria de ser interpretada restritivamente³⁶⁸, pois o objeto da inovação legislativa seria o de aproveitar pedido incidental articulado equivocadamente pela parte, evitando seu indeferimento de plano, preservando, assim, a segurança do bem da vida litigioso ou a incolumidade do próprio processo. Restringiria, portanto, a aplicação da fungibilidade apenas aos casos em que as circunstâncias demonstrassem uma verdadeira “zona cinzenta”. Se o autor requeresse providência consistente em *arresto cautelar*, mediante pedido formulado via antecipação de tutela, o juiz, por que se trataria de manifesto e inescusável *erro grosseiro*, não deveria acolher a fungibilidade, devendo ordenar que o pedido fosse processado como cautelar incidental de arresto, em processo cautelar autônomo³⁶⁹.

³⁶⁸ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil. Suplemento de atualização*; Coordenação Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 17, p. 20.

³⁶⁹ *Idem*, p. 20-21.

Joaquim Felipe Spadoni remete a aplicação da fungibilidade da tutela de urgência à fungibilidade recursal, exatamente nos mesmos moldes previstos no artigo 810 do Código de Processo Civil de 1939. Sustenta que a fungibilidade “é derivada de uma ‘zona de penumbra’ existente nas leis sobre qual a medida adequada para o caso concreto, e não derivada da vontade ou subterfúgio daquele que pleiteia a medida incorreta”. Só poderia incidir, portanto, na presença de dúvida objetiva, ou seja, diante da dúvida sobre a natureza do pedido de urgência³⁷⁰. Afastaria, também, a aplicação do princípio para a obtenção de medidas cautelares típicas, pois o Código de Processo Civil teria claramente expressado as hipóteses de cabimento, os requisitos específicos exigidos e o procedimento que deveria ser adotado, razões que configurariam a inexistência de dúvida objetiva³⁷¹.

A doutrina que pretende aplicar os requisitos negativos da fungibilidade recursal na seara da fungibilidade entre as medidas de urgência, na realidade, não admitiria a fungibilidade entre as medidas típicas, pois, quando exemplifica o que seria erro grosseiro ou inexistência de dúvida objetiva, vem logo a hipótese do requerimento procedimentalmente inadequado de medida típica.

Araken de Assis vai mais além: escrevendo bem antes da reforma da Lei nº. 10.444 de maio de 2002, identifica o caráter residual e subsidiário das medidas de

³⁷⁰ SPADONI, Joaquim Felipe. *Fungibilidade das Tutelas de Urgência*. Revista de Processo. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 28, n. 110, abr./jun. 2003, p. 85.

³⁷¹ *Idem*, p. 85. No mesmo sentido, LOPES, João Batista. *Anotações sobre a reforma do CPC – (segunda fase)*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, Síntese, ano III, n. 17, mai./jun. 2002, p. 143.

urgência atípicas. Afirma o jurista que a redação atribuída ao artigo 798 do Código de Processo Civil caracterizaria a subsidiariedade, bem como, em alguns casos específicos, a lei atribuíra requisitos especiais para a concessão da medida – “prova literal da dívida líquida e certa”, conforme disposto sobre o arresto, artigo 814, I – que não poderiam ser suplantados pelos genéricos³⁷². O requerente de providência litisreguladora evitaria os requisitos especiais, optando pelas cláusulas gerais dos artigos 273 e 798, tornando morta a letra da lei, o regulamento das medidas típicas³⁷³.

Por outro lado, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, escrevendo à luz dessa nova disposição legal, admitiriam a fungibilidade entre as medidas de urgência, típicas ou atípicas:

Parece-nos todavia convincente o argumento de que, se a todo direito corresponde uma ação, a todo direito corresponde, também, e necessariamente, uma cautela. Ou seja, assegurar o direito de ação é o mesmo que assegurar o direito à eficácia da providência jurisdicional pleiteada, quando se demonstra que há o risco de esta ficar comprometida.

Não preenchidos os requisitos do tipo legal, mas demonstrados *fumus e periculum* – plausibilidade e risco de ineficácia da medida –, deve o magistrado conceder a medida inominada³⁷⁴.

Cândido Rangel Dinamarco afirma que “é regra processual surrada em direito processual que o juiz não está vinculado às qualificações jurídicas propostas pelo autor mas somente aos fatos narrados e ao pedido feito”. E segue o jurista, “o que

³⁷² ASSIS, Araken de. *Fungibilidade das Medidas Inominadas Cautelares e Satisfativas*. Revista de Processo. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 25, n. 100, out./dez., 2000, p. 48-51.

³⁷³ *Idem*, p. 49.

³⁷⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários à 2ª fase da Reforma do Código de Processo Civil Lei 10.352, de 26.12.2001 Lei 10.358, e 27.12.2001 Lei 10.444, de 07.05.2002*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 61.

importa é que os fatos narrados sejam capazes, segundo a ordem jurídica, de conduzir ao resultado que se postula”. Essa seria a base do princípio da substanciação da causa de pedir³⁷⁵.

Cabe ao juiz realizar a atividade jurisdicional sem se preocupar com o *nomen juris* ou o fundamento legal invocado pelo autor, pois goza de absoluta liberdade dentro dos limites fáticos aportados no processo, aplicando o direito sob o enquadramento que entender pertinente³⁷⁶.

Nos países da *common law*, o sistema concederia aos magistrados maiores poder e liberdade, uma vez que não existiriam, em princípio, medidas tipificadas para cada situação fática. O juiz teria o poder genérico de assegurar a função jurisdicional, concedendo a medida que entendesse mais apropriada às circunstâncias do caso concreto. Tratar-se-ia de um *poder geral de cautela (imperium iudicis)* de assegurar a correta função jurisdicional, com fundamento no *contempt of Court*³⁷⁷.

³⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*. 3. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 34-35.

³⁷⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Causa Petendi no Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 160-161.

³⁷⁷ Segundo Bedaque, as tutelas específicas seriam meramente exemplificativas: *arrest, attachment, garnishment, replevin, sequestration*. Não se comprometeria a possibilidade de concessão de cautelares atípicas (*preliminary injunction ou temporary restraining order*). Diz o autor que a noção desse amplo poder cautelar estaria justamente no *contempt of Court*, que autorizaria a utilizar qualquer meio para afastar óbices ao desenvolvimento normas da atividade jurisdicional. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 37-40. Ver, também, MONTESANO, Luigi. *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile (artt. 700-702 cod. proc. civ)*. Napoli: Jovene, 1955, p. 07 e seguintes. Sobre o instituto do *contempt of Court* no direito brasileiro, ver as considerações de ASSIS, Araken de. *O contempt of court no direito brasileiro*. Revista de Processo, nº. 111, ano 28, jul./set., 2003, 18-35.

Nos Estados Unidos, não obstante o referido poder geral, existem os denominados *State Writs*, que seriam empregados contra autoridades judiciária ou administrativa em diversas situações (tutelas imediatas dos direitos, quando relacionadas com atos do poder público). Como exemplos, citam-se a imposição de praticar “determinado ato (*mandamus*) ou um veto (*prohibition*), a anulação de processo ou decisão com liminar suspensiva (*certiorari*), a possibilidade de se garantir a liberdade de ir e vir (*habeas corpus*) ou impedir a usurpação de cargos, direitos ou privilégios políticos (*writ quo warrant*)”. Entre os particulares, o juiz poderia determinar proibições ou mandamentos, *prohibitory* e *madatory injuctions*³⁷⁸. Essas medidas teriam função eminentemente cautelar, pois concedidas com caráter provisório, após avaliação balanceada dos possíveis danos que poderiam ser causados às partes, se deferida ou não (*balance of convenience*)³⁷⁹.

Na Inglaterra, assim como nos Estados Unidos, o poder geral de cautela seria o mais amplo possível, restando caracterizada sua atipicidade nos *pre-trial remedies*. Tratar-se-ia de instituto de natureza pública, destinado a garantir a tutela jurisdicional. Nesse campo, a *função legislativa* do juiz seria a regra, pois a medida cautelar seria considerada uma solução de equidade, não se submetendo às regras do

³⁷⁸ FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela de Evidência fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 169-170.

³⁷⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 117-118.

direito estrito. Sua concessão estaria relacionada com critérios extralegais, como normas sociais e morais³⁸⁰.

Nos países que adotam o sistema da *civil law*, a tendência seria tipificar as modalidades de tutela de urgência mediante a previsão de situações que a comportassem. Interessa, por ora, a verificação de como alguns dos ordenamentos estrangeiros tratariam as medidas conservativas e antecipatórias.

No direito alemão, em que as cautelares foram inicialmente vinculadas à tutela executiva³⁸¹, além de medidas típicas como o arresto (parágrafos 917 e 918 e 930 a 932 do ZPO), haveria também medidas cautelares assecurativas (parágrafo 935 do ZPO) e medidas cautelares reguladoras (parágrafo 940 do ZPO), para a “manutenção da paz jurídica”. O legislador alemão, com as medidas cautelares reguladoras, admitiria a concessão de providência que viesse a ser análoga à consequência jurídica material final do processo, ou seja, medidas de caráter antecipatório³⁸².

Fritz Baur aduz que a medida cautelar deveria ser sempre um *minus e aliud* em face da consequência que decorreria do direito material; entretanto, essa regra usualmente seria quebrada exatamente nos casos em que a providência cautelar

³⁸⁰ *Idem.*

³⁸¹ DINI, Mario. *I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile: art. 700 a 702 cod. proc. civ.*. 4ª edição. Milano: Giuffrè, 1973, p. 57 e seguintes.

³⁸² BAUR, Fritz. *Estudo Sobre a Tutela Jurídica Mediante Medidas Cautelares*. Tradução: Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985, p. 67-88. Ver, também, HABSCHEID, Walter J. *Les Mesures Provisoires en Procédure civile: Droits Allemand et Suisse apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. II, p. 747-478.

identificar-se-ia com o resultado final do litígio, ou seja, da consequência jurídico-material. Por exemplo, cita o caso típico da condenação que estabelece pagamento em dinheiro nas hipóteses de alimentos ou decorrentes de atos ilícitos. Ressalva que, nesses casos, existiriam pressupostos mais rígidos, a saber: alegação concludente, demonstração plausível e ameaça à subsistência³⁸³.

Otto Teplitzky, por sua vez, dividiu em quatro modalidades as medidas de urgência: *Arrest* (arresto), que seria destinado a garantir execução por quantia certa (ZPO, §§ 916-934); *Sicherungsverfügung* (medida asseguradora), que resguardaria um prestação, sendo utilizada para todos os casos em que houvesse prestações não pecuniárias, como, por exemplo, a pretensão de entrega ou restituição de coisa (*Ansprüchen auf Herausgabe*), exibição de documento (*Volergung einer Urkunde*), obrigação de fazer (*Erwirkung von Handlungen*) ou não fazer (*Erwirkung einer Unterlassung*), obrigação de emitir vontade (*abgabe einer Willenserklärung*) (ZPO, §935); *Regelungsverfügung* (medida reguladora), destinada a regular situação ou estado provisório, como, por exemplo, o uso de mobília comum no caso de litígio de inquilinos ou para a representação da sociedade quando em litígios os seus sócios (ZPO, § 940); *Befriedigungsverfügung* (medida satisfativa), que seria aplicada satisfazer a pretensão do demandante, como, por exemplo, o adiantamento de certa quantia para a satisfação de uma necessidade, a restituição da coisa em si³⁸⁴.

Ferreira da Silva leciona que, no ordenamento português, a tutela conservativa e a antecipatória seriam tratadas como medidas cautelares, sendo que os requisitos para as medidas antecipatórias seriam os habituais em sede de jurisdição

³⁸³ *Idem*, p. 82-86.

³⁸⁴ TEPLITZKY, Otto. *Arrest und einstweilige Verfügung*. In *Juristische Schulung*, Heft 12, 1980 apud MIRANDA NETTO, Fernando Gama. *A Ponderação de Interesses na Tutela de Urgência Irreversível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 884.

cautelar: *periculum in mora e fumus boni iuris*³⁸⁵. Incluem-se no chamado procedimento cautelar comum as medidas conservativas (algumas típicas) e as satisfativas. Aqui, a ação cautelar seria acessória em relação à ação principal, de modo que a falta ou o insucesso desta afetaria a subsistência daquela³⁸⁶.

Na França, onde não existia regulamentação do poder geral de cautela e de medidas provisórias, restou, também, acolhida tal permissão. A estrutura francesa admitiria três modalidades de tutela provisória: a modalidade clássica da tutela cautelar que resguardaria a situação litigiosa – arresto, seqüestro, produção antecipada de provas, depósito de bens (*mesures d’attente*); a modalidade da técnica antecipatória que produziria resultados provisórios de satisfação imediata do direito do requerente (*mesures provisoires qui anticipent sur le jugement*); e a modalidade da técnica antecipatória que permitiria ao juiz, antes do trânsito em julgado da decisão, autorizar

³⁸⁵ SILVA, Carlos Miguel Ferreira da. *Providências antecipatórias no processo civil português*, n.º. 25 apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu*. Revista de Processo, ano 33, n.º. 157, março, 2008, p. 129-146. Assim o art. 381, n.º. 1, do Código de Processo Civil lusitano: “Sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer a providência, conservatória ou antecipatória, concretamente adequada a assegurar a efetividade do direito ameaçado”. Eduardo de Alvelar Lamy diz que, “pelo fato de possuir, simultaneamente, dentro do mesmo capítulo dedicado às providências cautelares, tanto medidas que asseguram como medidas que satisfazem, o CPC português não faz distinção entre as técnicas antecipatória e cautelar. Perde objeto, portanto, a discussão acerca da flexibilização de técnicas de urgência em um sistema processual que sequer chega a diferenciá-las, transformando-se esta numa questão apenas doutrinária”. LAMY, Eduardo de Avelar. *Flexibilização da tutela de urgência: a redução da forma na utilização das técnicas cautelar e antecipatória*. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2007, p. 61-62.

³⁸⁶ Art. 383, n.º. 1. O procedimento cautelar é sempre dependência da causa que tenha por fundamento o direito acautelado e pode ser instaurado como preliminar ou como incidente de ação declarativa ou executiva”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu*. Revista de Processo, ano 33, n.º. 157, março, 2008, p. 129-146.

providência executória, mesmo que pendente recurso (*mesures provisoires qui anticipent sur L'exécution*)³⁸⁷.

No direito francês, o instituto do *référé* atuaria no campo da sumarização do procedimento cognitivo (e não da cautelaridade), para realizar a tutela de urgência satisfativa. Inexistira, aqui, vinculação a um processo principal, não sendo possível, portanto, caracterizá-lo como acessório³⁸⁸. Aliás, existe a possibilidade de que a decisão tomada em cognição sumária prescindia do processo principal. Nesse ordenamento, caso as partes não manifestem interesse no prosseguimento do processo após a satisfação do direito do autor, via medida de urgência, a situação restaria estabilizada³⁸⁹.

O procedimento do *référé* não se faz como incidente no processo de conhecimento, nem como ação cautelar preparatória de futura ação principal. Instaura-se processo autônomo e sumário, cuja decisão pode ou não ser seguida de revisão em processo definitivo. Tem como características a autonomia do procedimento de urgência, a provisoriedade da decisão, e a ausência de coisa julgada³⁹⁰.

³⁸⁷ PERROT, Roger. *Les Mesures Provisoires en Droit Français apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. II, p. 474.

³⁸⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu*. Revista de Processo, ano 33, n.º. 157, março, 2008, p. 129-146.

³⁸⁹ EDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*. 4 edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 41-42.

³⁹⁰ VUITTON, Jaques; VUITTON, Xavier. *Lês referes*. Paris: Litec, 2003, n.º. 1.054 a 1.057, p. 204 *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu*. Revista de Processo, ano 33, n.º. 157, março, 2008, p. 129-146.

De um modo geral, o direito belga segue o padrão estabelecido no direito francês, prestando a tutela de urgência por meio de medidas provisórias (conservativas ou satisfativas), adotando a estrutura procedimental do *référé*. Destaca-se uma preocupação com o chamado balanceamento de interesses contrapostos, de modo que “a apreciação da urgência procede, destarte, de uma confrontação de dois prejuízos eventuais: o do autor, se a situação conserva-se como se acha, e do réu, se se acolher a demanda”³⁹¹.

Na Itália, o Código de Processo Civil estabelece o poder geral de cautela em seu artigo 700. Com fulcro nesse dispositivo, não obstante certas restrições, seriam concedidas medidas conservativas e antecipatórias, ou seja, aquelas que implicariam a satisfação provisória do direito do autor. Não se trataria, portanto, de uma nova tutela sumária de direito subjetivo e sim de regulamentação provisória da situação de direito material no que diria respeito aos seus efeitos, mas dotada de caráter cautelar, destinada a afastar os males do tempo (*periculum in mora*)³⁹².

O Código de Processo Civil italiano foi reformado em 2005, com alterações substanciais nessa matéria. Os *provvedimenti d’urgenza* tiveram sua função

³⁹¹ COMPERNOLLE, Jaques Van. *Introduction générale. Les mesures provisoires em droit belge, français et italien*. Bruxelles: Bruylant, 1998, p. 22 *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu*. Revista de Processo, ano 33, nº. 157, março, 2008, p. 129-146.

³⁹² DINI, Enrico A. & MAMMONE, Giovanni. *I provvedimenti d’urgenza*, p. 193 *apud* EDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*. 4 edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 53. No mesmo sentido, é a lição de TEPLIZKY, Otto. *Arrest und einstweilige Verfügung*. In *Juristische Schulung*, Heft 12, 1980 *apud* MIRANDA NETTO, Fernando Gama. *A Ponderação de Interesses na Tutela de Urgência Irreversível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 67-72.

antecipatória (ou satisfativa) expressamente reconhecida na legislação, desaparecendo seu caráter acessório em face de outro “processo de mérito”, uma vez que foi admitida ação sumária autônoma para esses casos (de natureza antecipatória), significando radical inovação procedimental³⁹³.

A distinção consagrada na legislação brasileira entre as medidas cautelar e antecipatória, embora dogmaticamente sustentável, não poderia levar à restrição da fungibilidade, justamente porque essas técnicas integrariam o gênero da tutela de urgência³⁹⁴, ou, mais especificadamente, a tutela de urgência instável, como visto anteriormente (*supra* 1.2.4.1). Não se poderia retroceder ao excessivo formalismo romano à época da *legis actiones*, que vai da fundação de Roma até 149 a.C., “em que qualquer desvio ou quebra de solenidade, por mínimos que fossem, um gesto que fosse olvidado, uma palavra omitida ou substituída davam lugar à anulação do processo, com a vedação de propositura de outro sobre o mesmo objeto: *quidquid fit contra legem nullum est*”³⁹⁵.

³⁹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu*. Revista de Processo, ano 33, nº. 157, março, 2008, p. 129-146.

³⁹⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Perfil Dogmático da Tutela de Urgência*. Revista Forense. Rio de Janeiro, Forense, v. 342, abr./mai./jun. 1998, p. 25-27. No mesmo sentido, em recente estudo comparatista, sustentando a visão unitária da tutela de urgência, THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu*. Revista de Processo, ano 33, nº. 157, março, 2008, p. 129-146

³⁹⁵ Moacyr Amaral dos Santos narra a seguinte passagem: “Conta GAIO (I., 4.11) que certa pessoa, agindo por causa de videiras cortadas, mencionara perante o magistrado a palavra *vites*, e não *arbor*, e somente e por isso perdera a ação, pois a Lei das Doze Tábuas, na qual esta se fundava, falava em árvores cortadas em geral. Será, talvez, simples anedota. Todavia, serve o exemplo para salientar como era rigoroso o formalismo de então”. SANTOS, MOACYR AMARAL. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, vol I, p. 38-39. Como muito bem apontou Alcides Munhoz da Cunha: “*arbor or vite*, eis a questão! Medida cautelar ou medida antecipatória, eis a questão que se repete!”. CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil. Do processo cautelar, arts. 796 a 812*; Coordenação Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 11, p. 56.

Com efeito, e aqui se encontraria o fundamento principal para a ampla fungibilidade entre as técnicas para a prestação da tutela de urgência instável, o jurisdicionado não poderia ser prejudicado por questões de ordem exclusivamente formal, principalmente em se tratando de situação emergencial, fosse ela típica ou atípica³⁹⁶. Deveria o magistrado examinar o pedido, independentemente do nome a ele empregado, desde que o fizesse respeitando os requisitos legais respectivos. Na verdade, nenhuma razão ontológica impediria que a parte formulasse apenas pedido de urgência, fundamentando as razões que entendesse suficientes para a respectiva tutela.

2.2.2.2 Medida cautelar requerida sob a veste antecipatória: a (des)necessidade do processo cautelar autônomo incidental

A legislação nacional andou bem ao consagrar genericamente a técnica antecipatória, tanto para os casos emergenciais (CPC, art. 273, I) quanto para a tutela da evidência (CPC, art. 273, II)³⁹⁷. Porém, não cumpriu seu papel ao designar diferentes

³⁹⁶ Assim se manifestou Alcides Munhoz da Cunha: “Desde logo cabe adiantar que a ideologia instrumentalista não se compadece com formalismos estéreis. As fórmulas *cautelar conservativa* e *cautelar antecipatória*, ou ainda, (que seja!) *medida cautelar* e *medida antecipatória*, não foram suficientemente assimiladas, compreendidas, distinguidas ou aproximadas pela doutrina e jurisprudência. Exatamente por isso as imprecisões conceituais não deveriam turbar a efetividade dessas tutelas de urgência; pois não se pode objetivamente considerar como *erro grosseiro* as questões que são objeto de divergências atuais na doutrina e na jurisprudência. Não obstante, a preocupação em demonstrar a adesão a essa ou aquela concepção tem motivado a negativa de tutela adequada às situações de urgência”. CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil. Do processo cautelar, arts. 796 a 812*; Coordenação Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 11, p. 335.

³⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 200-210.

procedimentos para a tutela jurisdicional de urgência, prejudicando o direito fundamental de participação, porque impôs restrições indevidas (ao menos omissivas) quanto ao acesso daquele que necessita dessa proteção.

Isso aconteceria naquela modalidade de tutela emergencial instável, quando a legislação (a) seria dúbia no que se refere ao procedimento a ser seguido na hipótese da parte requerer medida cautelar sob a veste antecipatória (CPC, art. 273, § 7º), (b) quando seria omissa quanto à possibilidade de fungibilidade inversa, ou seja, quando a parte requeresse medida antecipatória sob a veste cautelar, quando o faria de modo “preparatório” ou incidental. Examinaremos, agora, aquela hipótese.

Ovídio A. Baptista da Silva afirma que o deferimento da medida antecipatória como medida cautelar implicaria que se processasse “a ação cautelar incidental ao processo principal, assegurando-se ao demandando o contraditório, com produção de prova e sentença”³⁹⁸. Nesse sentido, também Márcio Louzada Carpena, entre outros³⁹⁹, assenta que o magistrado deveria ordenar o prosseguimento da pretensão acautelatória com base no Livro III do Código de Processo Civil, que regularia o processo cautelar (prazo diferenciado, dilação probatória destinada a comprovar os elementos específicos – *fumus e periculum* –, sentença, recurso próprio, *etc.*). Aduz que seria providencial a determinação de emenda à inicial para que o autor

³⁹⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil. Processo de Conhecimento*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. I, p. 135.

³⁹⁹ CAVALCANTE, Mantovanni Colares. *Os Novos Rumos da Jurisdição Cautelar*. Revista Dialética de Direito Processual Civil. São Paulo, Dialética, n. 1, p. 138, abr. 2003.

regularizasse o prosseguimento do feito (indicar valor da causa, realizar pedido de citação da parte adversa, *etc.*). Também deveria determinar que os autos fossem apartados e sua instrução devesse seguir as demais condições do processo cautelar autônomo⁴⁰⁰.

Contudo, a interpretação literal do já mencionado dispositivo legal levaria a crer que a medida cautelar deveria ser concedida, desde que preenchidos os respectivos requisitos, e processada nos próprios autos do processo principal⁴⁰¹. Arruda Alvim entende justamente assim. Assevera o jurista que se “resolverá o assunto tal como resolveria um pedido de antecipação, ou seja, nos próprios autos, no que difere do procedimento das medidas cautelares”⁴⁰².

Alerta-se sobre a manifesta opção do legislador, mormente porque nos próprios motivos do anteprojeto e do projeto os autores declararam a recepção da fungibilidade procedimental também para atender a economia processual, o que certamente não ocorreria com a instauração do processo cautelar autônomo⁴⁰³.

Aliás, a própria legislação já autorizava o emprego da técnica cautelar no processo de conhecimento e de execução, mas apenas em casos restritos e limitados,

⁴⁰⁰ CARPENA, Márcio Louzada. *Do Processo Cautelar Moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.10-11.

⁴⁰¹ Nesse sentido: VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Antecipação de Tutela de Acordo com a Lei 10.444/2002*. Revista Dialética de Direito Processual Civil. São Paulo, Dialética, n. 2, mai. 2003, p. 53-54.

⁴⁰² ALVIM, Arruda. *Notas Sobre a Disciplina da Antecipação da Tutela na Lei 10.444 de 7 de maio de 2002*. Revista de Processo. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 108, 2002, p. 107-108.

⁴⁰³ SPADONI, Joaquim Felipe. *Fungibilidade das Tutelas de Urgência*. Revista de Processo. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 28, n. 110, abr./jun. 2003, p. 85-86.

quais seriam, o mandado de segurança, a ação popular, a ação civil pública, as ações referentes à (in)constitucionalidade e as ações que tivessem por objeto a condenação ao cumprimento de obrigação de fazer e de não fazer.⁴⁰⁴ Também, o caso do arresto previsto no artigo 653 do diploma processual pátrio e, na revogada Lei de Falências (art. 12, § 4º), o seqüestro de livros, correspondência e bens do devedor⁴⁰⁵. Tem-se, ainda, outra manifestação dessa possibilidade naquela própria Reforma do Código de Processo Civil (Lei nº. 10.444/2002): o disposto no revogado artigo 588, II (correspondente ao art. 475-O, III, incluído pela Lei 11.232/2005), possibilitaria a realização de certos atos que pudessem resultar em graves danos ao executado (o levantamento de depósito em dinheiro e outros que importassem na alienação de domínio) desde que fosse efetuada a cautela por meio de caução idônea *requerida e prestada nos próprios autos da execução*⁴⁰⁶.

J. E. Carreira Alvim informa que seriam deferidas medidas de natureza cautelar no bojo do processo principal, a dispensar um novo processo cautelar, em face de sua simplicidade. São apresentados os seguintes exemplos: “requisição de documento comum em poder da outra parte, a suspensão temporária de uma licitação, a reserva de matrícula numa instituição de ensino, a inscrição de candidato em concurso, a proibição temporária de inscrição de um débito na Dívida Ativa, *etc*”. Haveria sincretismo processual ao permitir que o juiz deferisse medida cautelar no próprio

⁴⁰⁴ ASSIS, Arnaldo Camanho de. *Tutela Cautelar no Processo de Conhecimento*. Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Brasília, Editora do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, n. 69, mai./ago. 2002, p. 30.

⁴⁰⁵ SPADONI, Joaquim Felipe. *Fungibilidade das Tutelas de Urgência*. Revista de Processo. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 28, n. 110, abr./jun. 2003, p. 87.

⁴⁰⁶ ALVIM, J. J. Carreira. *Código de Processo Civil Reformado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 131.

processo principal sem precisasse remeter as partes para outro processo, “o que importa em sensível redução de tempo que é um dos maiores inimigos do processo” e, conseqüentemente, em maior simplicidade da prestação da tutela jurisdicional. A fungibilidade não significaria sincretismo processual, mas que se identificariam em diversos pontos⁴⁰⁷.

Defendendo posição intermediária, Joel Dias Figueira Júnior sustenta a solução no próprio processo principal, exceto em diversas situações arroladas em que não se aconselharia a concessão da tutela cautelar incidental. Essas situações referir-se-iam a determinadas possibilidades de que a fungibilidade viesse a causar prejuízos ou verdadeiro tumulto processual. Seriam elas:

a) quando se fizer imprescindível a produção de prova em audiência (a exemplo do que ocorre no processo cautelar em audiência de justificação); b) se não puder ser concedida sem a ouvida da parte contrária; c) se o juiz puder antever que, nada obstante a possibilidade de concessão da tutela cautelar *inaudita altera pars*, diante das particularidades do caso, o réu necessitará produzir contraprova (documental ou testemunhal), terminado por acarretar verdadeiro tumulto processual; d) quando os autos estiverem fora de cartório (v.g., com a parte contrária, perito etc.) e a espera colocar em xeque a efetividade da providência pleiteada; e) quando a fase instrutória estiver concluída ou em vias de conclusão; f) durante a fase decisória (autos conclusos para a prolação de sentença); g) após a publicação da sentença⁴⁰⁸.

Também em outras situações, onde a “auspiciosa fungibilidade dos pedidos significar complicações de ordem processual ou procedimental, capazes de ensejar

⁴⁰⁷ *Idem*, p. 131-132.

⁴⁰⁸ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil. Suplemento de atualização*; Coordenação Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 19-23.

tumultos ao trâmite regular do processo”, deveria o juiz determinar que o pedido cautelar fosse apartado e instruído em processo autônomo⁴⁰⁹.

O que se discute aqui não seria apenas uma forma procedimental, mas, sim, a própria autonomia do processo cautelar. Se prevalecesse a primeira corrente, mantém-se o processo cautelar, e todo o resto, na forma como está. Todavia, ao admitir que o juiz pudesse simplesmente deferir a medida cautelar requerida via antecipação de tutela a dispensar o processo cautelar, afrontar-se-ia diretamente sua autonomia funcional prevista em lei e entrar-se-ia em uma esfera muito mais complexa⁴¹⁰.

Mantendo a situação como antes, ou seja, se o juiz determinasse desentranhar o pedido e apensá-lo aos autos com nova numeração, ordenando a emenda à inicial para o fim de instrução do processo cautelar, com contraditório próprio, dilação probatória, sentença, recurso próprio, *etc.*, parece que permaneceria assegurado o direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa. Entretanto, as partes seriam oneradas em honorários sucumbenciais e despesas processuais, os servidores do Poder Judiciário seriam submetidos à elaboração de expedientes e a zelar pelo processamento do feito, enfim, aumentar-se-ia a burocracia e os já conhecidos problemas práticos ocasionados pelo acúmulo de serviço. Também, isso significaria mais trabalho para os magistrados que deveriam instruir outro feito e julgá-lo ao final, salvo se resolvessem, como usualmente ocorreria após a apreciação do pedido cautelar, suspender o processo

⁴⁰⁹ *Idem*, p. 23.

⁴¹⁰ Sobre essa polêmica, ver BUENO, Cassio Scarpinella; CARPENA, Márcio Louzada. *Diante das novas técnicas de obtenção de tutelas de urgência, ainda se mostra necessário um processo cautelar autônomo?* Revista Brasileira de direito Processual, ano 16, n.º. 36, jul./set., 2008, p. 187-190.

para julgamento conjunto com o principal. Isso sem falar no argumento ambientalista que observa o “consumo antiecológico de papel”⁴¹¹.

Em juízo sumário de ponderação entre os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa com o acúmulo de serviço e os demais inconvenientes burocráticos de qualquer processo, no caso o cautelar incidental, prevaleceriam as disposições constitucionais. Mesmo assim, importa analisar se a opção pela outra hipótese, a que defere o pedido nos autos do próprio processo principal a dispensar a instrução de outro autônomo, também asseguraria o contraditório e a ampla defesa, sendo que, salvo melhor juízo e outras situações ainda não visualizadas, seria a opção mais prática a perfectibilizar a efetividade da prestação jurisdicional.

Parece que esse problema tem solução. Não olvidamos mencionar o que ocorreria com as ações possessórias, uma das mais antigas, que seria processada normalmente, sendo ou não adiantado o bem da vida em questão. Se se pode antecipar, por que não se poderia acautelar? Na realidade, não se trataria de criação de um novo procedimento, mas apenas de seguir a mesma adaptação proposta para o processamento do pedido de antecipação de tutela. Nesse sentido, diga-se de passagem, o legislador deixou aberta a possibilidade de conformação do procedimento, cabendo ao julgador preencher o conceito geral de modo mais adequado ao caso concreto, conforme as peculiaridades fáticas e as exigências do direito material.

⁴¹¹ MARMELSTEIN, George. *O Fim do Processo Cautelar Inominado Incidental*. Disponível em: <<http://www.georgelimahpg.com.br>> Acesso em 02 out. 2003.

João Batista Lopes, ao tratar do procedimento de urgência vinculado à técnica antecipatória, afirma que o incidente não apresentaria maior complexidade. Após o requerimento da parte, o juiz deveria ouvir o réu antes de decidir, observando o princípio do contraditório. A medida poderia ser concedida *inaudita altera parte* somente em casos excepcionais, para evitar a frustração do próprio direito ou lesão irreparável⁴¹².

Teori Zavascki, no mesmo sentido, ratifica a observação do princípio constitucional do contraditório, exceto para os casos em que a demora decorrente da bilateralidade da audiência fosse incompatível com a urgência da medida pleiteada, ou se a cientificação do demandado possibilitasse, por si só, risco de dano ao direito. Nesses casos, a dispensa da manifestação do requerido se justificaria em razão de outro princípio constitucional: a garantia da efetividade da prestação jurisdicional⁴¹³.

Sugere o jurista que, como a lei não previu a ouvida do demandado, tampouco fixou prazo para sua realização, o melhor, para resguardar o contraditório,

⁴¹² LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 81-82. Em sentido contrário, Calmon de Passos sustentou a impossibilidade de concessão de medida antecipatória antes do contraditório, limitando sua incidência apenas nos casos em que o magistrado pudesse apreciar o mérito da causa de modo definitivo, ou seja, na sentença, quando seria “emprestado” efeito executivo ao julgado, independentemente da interposição de recurso e seu recebimento no duplo efeito (devolutivo e suspensivo). CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Da antecipação da tutela*. In *Reforma do Código de Processo Civil*. Coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 187-213. Ada Pellegrini Grinover, certa vez, também sustentou a impossibilidade de se conceder medida antecipatória sem a realização do contraditório, especialmente porque somente se alcançaria o requisito da “prova inequívoca” após o diálogo entre os litigantes. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Contraditório e “Prova Inequívoca” para fins de antecipação de tutela*. Revista da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia, ano 2001, nº. 08, p. 51-66.

⁴¹³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 5ª. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 118-120.

seria que se abandonasse “rigorismos formais, aceitando-se, por exemplo, que o requerido se manifeste por via de fax. É preferível sacrificar regras comuns da formalidade dos atos processuais a sacrificar os valores maiores insculpidos na Constituição”. Ainda, em nome do princípio da menor restrição possível, sustenta a viabilidade da realização da intimação do requerido pelos meios mais expeditos possíveis, inclusive a via telefônica, se assim determinasse a urgência⁴¹⁴.

Discute-se na doutrina o prazo para que o requerido manifestar-se acerca do pedido de antecipação de tutela. Sérgio Bermudes sugere o prazo de cinco dias (artigo 185 do CPC)⁴¹⁵, assim como João Batista Lopes⁴¹⁶. Teori Zavascki, por sua vez, sugere, por analogia, a aplicação do prazo de 72 horas fixado no artigo 2º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, para a ouvida da pessoa jurídica de direito público, em razão de pedido liminar antecipatório em mandados de segurança coletivos e ações civis públicas. De qualquer sorte, afirma que o prazo deveria ser compatível com a urgência da situação concreta, sendo recomendável que o juiz o fixasse com base no grau de complexidade da causa e à urgência em promover a medida⁴¹⁷.

Teori Zavascki⁴¹⁸ e João Lopes Batista⁴¹⁹ sustentam que, quando fosse necessária a comprovação da situação fática urgente indispensável à concessão da medida antecipatória, o juiz poderia deferir providências instrutórias, convocando,

⁴¹⁴ *Idem*, p. 119.

⁴¹⁵ BERMUDES, Sérgio. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 29.

⁴¹⁶ LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 83-85.

⁴¹⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 5ª. São Paulo: Saraiva, 2007, p.118-119.

⁴¹⁸ *Idem*, p. 120.

⁴¹⁹ LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 84-85.

inclusive, audiência de justificação prévia, como previsto na lei para outras hipóteses (artigo 804 do CPC – processo cautelar; artigo 928 do CPC – ações possessórias; artigo 1.050, § 1º do CPC - embargos de terceiro; Lei nº. 7.347, de 24.07.1985 – ação civil pública; e Lei nº 8.078, de 11.09.1990 – ações em defesa do consumidor). Nesse sentido, se a legislação permitisse instruir o pedido de antecipação sem ser necessária a instauração de processo próprio, parece plenamente viável que simples medida cautelar fosse apreciada e instruída também sem a necessidade de outro processo. Vale a máxima: “quem pode o mais, tem de poder o menos!”.

Ademais, não se poderia deixar de mencionar que o sistema processual vigente possibilitaria a produção de provas de ofício pelo magistrado, isto é, o juiz, em seu critério de ponderação e valorização dos direitos envolvidos na situação de urgência, poderia determinar o depoimento pessoal das partes (artigo 342 do CPC), a oitiva de testemunhas (artigo 418 do CPC), prova pericial – exame, vistoria ou avaliação – (artigos 420 e 437 do CPC), inspeções judiciais (artigo 440 do CPC), exibição de documentos ou coisas (artigo 355 do CPC), audiência prévia (artigo 804 do CPC), enfim, tudo o que se fizesse necessário para seu convencimento. Além disso, não se poderia esquecer a possibilidade de exigência de contracautela (artigo 804 do CPC), e do Poder Geral de Cautela (artigo 798 do CPC)⁴²⁰.

⁴²⁰ ALMEIDA, Jansen Fialho. *As medidas Cautelares e Antecipatórias na Tutela do Processo de Conhecimento e Seus Efeitos na Face da Lei nº 10.444, de 07.05.2002*. Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Brasília, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, n. 70, set./dez. 2002, p. 17. Mais sobre os poderes instrutórios do juiz, entre outros, THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Prova – Princípio da verdade real – Poderes do juiz – Ônus da prova e sua eventual inversão – Provas ilícitas – Prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA)*. Revista Brasileira e Direito de Família, ano I, nº. 03, out./dez., 1999, p. 05-23.

A decisão do magistrado deveria ser fundamentada, expondo seus motivos para o deferimento ou não da medida de urgência, sob pena de nulidade (artigo 93, IX da CF e artigos, 165, 273, §1º e 458, II do CPC).

Concedida a medida, com ou sem audiência de justificação, o prejudicado poderia utilizar-se do recurso próprio de agravo de instrumento, cabível à espécie, pois se trataria de decisão interlocutória, para ver reexaminada a questão, agora pelo órgão *ad quem*, em nome do princípio do duplo grau de jurisdição. Para o caso de agravo de instrumento, a lei determina que o agravante junte aos autos principais cópia de seu recurso, como condição de sua admissibilidade (artigo 526 do CPC), momento em que o magistrado poderia, se não o fez, examinar as razões do prejudicado e, se fosse o caso, reconsiderar sua decisão. Cabe, aqui, lembrar que a medida proferida não seria definitiva, isto é, poderia ser revogada ou modificada a qualquer tempo.

Cumprido dizer que seria comum a suspensão do processo cautelar após a concessão da medida liminar para que o juiz sentenciasse simultaneamente ao principal, não ocorrendo contraditório ou dilação probatória, mormente porque as provas que seriam produzidas na cautelar autônoma poderiam ser as mesmas da ação principal⁴²¹.

⁴²¹ ARMELIN, Donaldo. *A Tutela Jurisdicional Cautelar*. Revista da procuradoria Geral do Estado de São Paulo. n. 23, jun. 1985, p. 131.

Dada a devida vênia, acredita-se ser plenamente viável que o magistrado recebesse o pedido cautelar incidental (típico ou não) ao processo principal (de conhecimento ou de execução, esse último conforme dispõe o artigo 598 do Código de Processo Civil, ao prever a aplicação subsidiária das regras que regem o processo de conhecimento)⁴²² e o apreciasse nessa seara, deferindo-o ou não, conforme os requisitos específicos de cada medida, sendo dispensável que um simples pedido de cautela (medida litisreguladora) viesse a ensejar outro processo autônomo.

Conforme anteriormente exposto, ter-se-ia como medida salutar para garantir o contraditório, que o juiz determinasse a ouvida do requerido antes de conceder a medida cautelar, em prazo não superior a cinco dias (artigo 185 do CPC), podendo ser diminuído conforme o juízo de conveniência do magistrado em razão do grau de complexidade da causa e da urgência em promover a medida. A manifestação do réu poderia ser suprimida nos casos em que a urgência da situação ou a ciência do réu pudessem frustrar a efetividade da jurisdição.

A concessão da medida cautelar incidental ao processo principal obedeceria aos mesmos procedimentos referentes à instrução do pedido de antecipação de tutela, exceto que a medida cautelar poderia ser concedida de ofício (artigo 799 do CPC –

⁴²² ALMEIDA, Jansen Fialho. *As medidas Cautelares e Antecipatórias na Tutela do Processo de Conhecimento e Seus Efeitos na Face da Lei nº 10.444, de 07.05.2002*. Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Brasília, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, n. 70, set./dez. 2002.

Poder Cautelar Genérico) ao contrário do que ocorreria com a antecipação (artigo 273 do CPC), ao menos conforme a literalidade da lei⁴²³.

Para as medidas urgentes de maior complexidade, Eduardo Talamini sugere a “autuação apartada dos termos que documentem a efetivação da medida de urgência, para atenuar os transtornos ao procedimento relativo à tutela principal”. Ressalva o autor que “os autos próprios não corresponderiam, entretanto, a processo autônomo”⁴²⁴.

Dessas conclusões, cabe atender para um de seus reflexos: a possibilidade da “cumulação de pedidos cautelares e de conhecimento, que já vinha sendo flexibilizada pela jurisprudência e que, agora, com esse novo dispositivo, forçará novo exame de nossos manuais e apostilas”⁴²⁵.

Araken de Assis, tratando da cumulação entre ações cautelares, já identificou que “quaisquer que sejam as situações cautelandas, trazidas pelo autor à apreciação judicial, ainda que importem providências em princípio incompatíveis, tudo se presume irrelevante em virtude do estado de periclitación dos supostos direitos, objeto da demanda cautelar”⁴²⁶.

⁴²³ Não se poderia, porém, recusar essa possibilidade de modo peremptório, ou seja, seria possível admiti-la excepcionalmente.

⁴²⁴ TALAMINI, Eduardo. *Medidas Urgentes (“Cautelares” e “Antecipadas”): a Lei 10.444/2002 e o Início de Correção de rota para um Regime Jurídico Único*. Revista Dialética de Direito Processual Civil. São Paulo: Dialética, n. 2, p. 15-28, maio 2003, p. 27.

⁴²⁵ Nesse sentido: JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie & RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A Nova Reforma Processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 88-89.

⁴²⁶ ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações Cautelares*. In *Medidas Cautelares Estudos em Homenagem ao Prof. Ovídio A. Baptista da Silva*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 60.

Assim, não haveria como deixar de atentar para a possibilidade de cumulação de pedidos cautelares no processo de conhecimento ou de execução (por que não?), pois, em se tratando de situação de urgência, a cautela poderia ser concedida e processada nos autos do processo principal, independente do momento em que fosse requerida.

Certamente esse procedimento estaria em conformidade com a economia processual, sem, contudo, deixar de servir como instrumento para a efetiva, adequada e tempestiva tutela jurisdicional. As colocações aqui formuladas levariam em conta o paradigma vigente do formalismo-valorativo, buscando encontrar na técnica procedimental um caminho adequado para alcançar o destino da tutela jurisdicional efetiva. No caso da medida cautelar requerida incidentalmente, caberia ao julgador conformar o procedimento para a formação de sua convicção, respeitando as exigências concretas. Evidentemente, deveria levar em consideração o valor tutelado pelo direito material, prestando atenção à circunstância emergencial, a fim de assegurar a desejável realização do contraditório ou mesmo a produção de outras provas, caso possível.

Essa solução parece ideal, pelo menos enquanto não forem revisados o processo cautelar e sua utilização, momento oportuno para mudanças nas leis vigentes, adequando o gênero tutela de urgência ao contexto em que vivemos (sociedade de massas, era de tecnologia e da globalização), completamente diverso do que presenciaram Giuseppe Chiovenda e Piero Calamandrei. Diante da larga discussão em sede doutrinária, dos diversos entendimentos jurisprudenciais e da legislação positiva

em vigor, conclui-se que o procedimento a ser seguido, pelo menos por enquanto, deve ser uma opção da parte⁴²⁷. Se o requerente entender que o melhor é pleitear medida cautelar em processo autônomo, que assim o faça; se preferir, todavia, pleiteá-la incidentalmente ao processo ajuizado, não existe óbice.

Na verdade, seria mesmo aconselhável uma mudança de rota. Tratar-se-ia da reforma legislativa do Livro III do Código de Processo Civil, com o abandono da estrutura *autonomia formal/dependência principal* do *Processo Cautelar*. A teoria tripartite da atividade jurisdicional, com sua inclusão como *tertium genus* da atividade jurisdicional ao lado do Processo de Conhecimento e do Processo de Execução⁴²⁸, mostrar-se-ia de duvidosa aceitação científica. E pior, traria prejuízos ao sistema, obstaculizando a realização do direito fundamental de prestação da tutela jurisdicional.

Na doutrina italiana – que influenciou sobremaneira nossa legislação processual – travou-se debate quanto a essa classificação. De um lado, Calamandrei

⁴²⁷ Nesse sentido: ASSIS, Arnaldo Camanho de. *Tutela Cautelar no Processo de Conhecimento*. Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Brasília, Editora do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, n. 69, mai./ago. 2002, p. 30 e GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *A Segunda da Reforma do CPC – Lei nº 10.444/02*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Ano III, n. 18, jul./ago. 2002, p. 138-139.

⁴²⁸ Aparentemente, a opção do legislador não foi previamente debatida, pelo menos não se encontrou no material consultado reflexões nesse sentido. Aliás, considerando o ambiente ditatorial em que foi construído o sentido ideológico do Código de Processo Civil, é mesmo de se acreditar que a teoria tripartite caiu de pára-quadras no ordenamento pátrio.

negou a concepção da atividade cautelar como terceiro gênero do processo⁴²⁹. Por outro lado, Carnelutti⁴³⁰ e Liebman⁴³¹ foram expoentes que a defenderam.

Este notável jurista italiano afastava o processo cautelar do processo de conhecimento, por duas notas conceituais daquele: primeiro, por se encontrarem na mesma relação processual “uma pronuncia del giudice” e “um’attività di carattere materiale”; e, segundo, por haver mais do que julgamento, existindo ordem dirigida normalmente aos próprios órgãos auxiliares do Poder Judiciário, tal como ocorreria no seqüestro, no arresto, o que seria inviável no processo de conhecimento. Daí sua classificação como *tertium genus*, visto que seria mesmo uma atividade diversa do conhecimento e da execução⁴³².

Por outro lado, Calamandrei destacava que o critério diferenciador fundado na natureza da atividade possibilitaria a distinção entre a cognição e a execução, mas não autorizaria diferenciar as duas da cautelar. Afirmava, inclusive, que as atividades jurisdicionais não teriam caráter absoluto, ou seja, facilmente se verificaria a atividade de conhecimento em ação cautelar e em ação executória, bem como se verificaria esta

⁴²⁹ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares*. Tradução de Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000, p. 114-120.

⁴³⁰ “Il processo cautelare si introduce così, quale *tertium genus* di processo contenzioso, accanto al processo di cognizione e di esecuzione: è contenzioso, como il processo di cognizione e di esecuzione, poichè il suo presupposto (si può dire, per metafora, il suo contenuto) è la lite; è diverso dagli altri due perché il suo fine non è la composizione della lite como il suo effecto non è l’accertamento di un rapporto giuridico”. CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano, 1958, p. 355.

⁴³¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Tradução: Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. I, p. 216-220.

⁴³² SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar (Tutela de Urgência)*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 101-102.

atividade (executória) em ação cautelar ou de conhecimento. Há muito advertiu o jurista que a classificação tripartite seria irreal, pois calcada em critérios heterogêneos. Seria o mesmo que afirmar que “os seres humanos se dividem em homens, mulheres e europeus”.⁴³³

De fato, o critério *atividade jurisdicional* escolhido pelo legislador brasileiro para justificar o *Processo Cautelar* autônomo não convence. Ovídio Baptista da Silva destaca que a existência das duas atividades jurisdicionais no mesmo processo (conhecimento e execução) não poderia ser suficiente para classificá-lo como *tertium genus*, porque nas ações mandamentais – inseridas no processo de conhecimento – também ocorreria essa mesma atuação de conhecer e de executar (ou melhor, emitir ordem)⁴³⁴. Argumento, aliás, que se mostraria compatível com o espírito da reforma legislativa sobre a atividade de execução de sentença, que resolveu por bem unificar os procedimentos.

Além disso, sequer seria possível distinguir de modo absoluto o Processo de Conhecimento do Processo de Execução como se houvesse separação indissociável entre essas atividades, sendo mesmo desejável sua classificação apenas com base

⁴³³ CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Tradução Santiago Sents Melendo. Bueno Aires: EJE, 1986, vol. I, p. 220 *apud* ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 5ª. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 16.

⁴³⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar (Tutela de Urgência)*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 99-103.

naquela preponderante e, como destacado, não se verificaria uma atividade cautelar diversa das duas mencionadas⁴³⁵.

Ovídio Baptista da Silva sustenta que “o processo cautelar é um processo de conhecimento como qualquer outro, apenas com a diferença de ser um processo com lide *sumária*, no qual a cognição do juiz fica limitada a um juízo de probabilidade, e não de certeza”. Critica, então, a doutrina que equivocadamente equipara julgar ou decidir com produzir coisa julgada material, considerando isso um “erro imperdoável”⁴³⁶.

A toda evidência, poder-se-ia dizer que existem decisões baseadas em juízo de verossimilhança que seriam capazes de estabilizar o conflito, gerando ou não coisa julgada material. Isso, porém, não poderia levar à conclusão de que, em geral, as decisões em sede de urgência pudessem levar à estabilização do conflito⁴³⁷. Na verdade,

⁴³⁵ Barbosa Moreira destaca que a vigência da Lei nº. 11.232/2005 pode-se dizer que o processo de conhecimento prescinde de um posterior processo de execução, formalmente diferenciado. Porém, “lançará a barra longe demais quem concluir que a lei esteja abolindo a *execução* em si – coisa que com aquele de jeito algum se identifica”. Diz o autor que “Na medida em que, para prestar ao litigante dotado de razão a tutela integral a que faz jus, não bastar a sentença e for preciso levar a cabo atos jurisdicionais complementares, tendentes a modificar o mundo exterior, nessa medida haverá execução, sem que a essência do fenômeno se altere minimamente pelo eventual emprego de outro *nomen iuris*, por exemplo, o de *cumprimento* da sentença. Mudança de rótulo não influi no conteúdo da garrafa: colar a este uma etiqueta de *bordeaux* em absoluto transforma em vinho o refrigerante que ela porventura contenha, e vice-versa”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A nova definição de sentença (Lei nº. 11.232)*. Revista Dialética de Direito Processual, nº. 39, junho, 2006, p. 78-85.

⁴³⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar (Tutela de Urgência)*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 99-103.

⁴³⁷ Na maioria dos casos, por sua própria natureza, a tutela de urgência não poderia ser definitiva, pois o juiz decidiria apenas sobre seus requisitos (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), concedendo ou negando o pedido por meio “de um provimento sem valor de declaração, mas apenas de verificação, no caso concreto, da ocorrência dos pressupostos de fato estabelecidos pela lei para o exercício de seu poder cautelar”. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Tradução: Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. I, p. 217. Por outro lado, como já foi destacado anteriormente, é possível que exista urgência em sede de tutela preventiva, justificando uma medida (“satisfativa”) de caráter temporário, destinada a durar enquanto houver risco

como antes referido, esses provimentos seriam instáveis (provisórios ou temporários) por natureza, exceto naqueles casos especialíssimos em que a tutela urgente seria estável, como decisão final. Sobre o assunto, José Maria Rosa Tesheiner:

Para que se fale em coisa julgada material, é preciso que haja vedação de reexame, ainda que se possam oferecer novas provas ou melhor argumentação jurídica.

Não há princípio que, *a priori*, limite a coisa julgada material aos processos contenciosos de conhecimento. Na verdade, quando se diz que não produzem coisa julgada material as sentenças proferidas em processos cautelares, o que se está a dizer é que, em nosso direito, pode o juiz conceder cautela anteriormente denegada ou desconstituir a anteriormente concedida, com base em novas provas que lhe sejam oferecidas ou em argumentação jurídica anteriormente desconsiderada.

(...)

A doutrina é quase unânime no sentido de que a sentença cautelar não produz coisa julgada material, entendendo-se, pois, que o juiz, em face de novas provas que lhe sejam oferecidas, possa conceder cautelar anteriormente denegada ou cassar a anteriormente concedida. A essa conclusão conduz, por exemplo, o art. 807 do CPC: “As medidas cautelares (...) podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas”. Com apoio em Pontes de Miranda, sustenta Humberto Theodoro Júnior que, denegado o seqüestro preparatório, pode o juiz concedê-lo incidentalmente⁴³⁸.

Com efeito, a manutenção geral da autonomia do processo cautelar – dependente de um processo principal – impediria que se avançasse para a construção de um modelo único para a tutela de medidas urgentes instáveis. Aliás, a classificação tripartite adotada pelo Código de Processo Civil permaneceria a justificar o indevido afastamento entre as técnicas antecipatória e cautelar, e isso sem qualquer benefício. A estrutura do *processo cautelar* formalmente autônomo/dependente do principal mostrar-se-ia

de dano ou ato contrário ao direito. Ocorre que, mesmo nesses casos, a medida não seria “definitiva”, regulando provisoriamente a lide, exceto na hipótese de afastar de uma única vez o perigo de prejuízo ao direito.

⁴³⁸ TESHEINER, José Maria Rosa. *Eficácia da Sentença e Coisa Julgada no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 219-221.

desnecessária à tutela de urgência instável. Por isso, melhor seria classificá-lo como *procedimento de urgência*, independentemente de ser preparatório ou incidental.

2.2.2.3 Medida antecipatória requerida sob a veste cautelar: procedimento preparatório de urgência

Outro ponto polêmico residiria na aceitação, ou não, da fungibilidade na hipótese inversa, isto é, se poderia ser deferida medida antecipatória requerida sob a veste cautelar, fosse preparatória ou incidente. Tudo isso porque a lei não expressou claramente o limite da fungibilidade, omitindo-se a respeito. Novamente o legislador não cumpriu adequadamente com o direito fundamental de prestação, deixando dúvidas a respeito, causando descompasso doutrinário e possivelmente prejuízos aos jurisdicionados, considerando eventual interpretação em desconformidade com o objetivo primordial da tutela jurisdicional de urgência.

Arruda Alvim lidera os juristas que entendem ser inviável a chamada hipótese inversa, sendo a fungibilidade “via de uma mão só”. Afirma que a lei não autorizou esse procedimento, prevendo apenas uma forma de fungibilidade, no caso da parte requerer inadequadamente providência cautelar sob a veste de antecipação de tutela, nos próprios autos do processo principal e desde que preenchidos os respectivos requisitos. Fundamenta que a hipótese inversa importaria em conceder o mais tendo

sido pedido o menos⁴³⁹. Nessa linha, adverte que os requisitos para a concessão de provimento antecipatório necessitariam de grau maior de densidade do que os requisitos do provimento cautelar. Afirmo que seriam ontologicamente e fundamentalmente os mesmos, mas a verossimilhança necessária para a medida antecipatória importaria grau mais intenso, exigência maior de certeza sobre o direito do que o *fumus boni iuris*, da tutela cautelar⁴⁴⁰.

Compactuando com esse entendimento⁴⁴¹, Joel Dias Figueira Júnior não admitiria a hipótese inversa, sustentando que a suposta omissão legislativa foi proposital. Para ele, a inovação legal não serviria para confundir os institutos, tendo sentido apenas pragmático, voltado para a resolução de problemas forenses⁴⁴². Seria aplicada a fungibilidade apenas diante da inexistência de erro grosseiro. Nesses casos (v.g., a propositura de ação cautelar que pretendesse a antecipação dos efeitos da tutela), deveria o juiz indeferir a inicial, cabendo à parte formular novo pedido, dessa vez endereçado ao processo principal⁴⁴³.

⁴³⁹ ALVIM, Arruda. *Notas Sobre a Disciplina da Antecipação da Tutela na Lei 10.444 de 7 de maio de 2002*. Revista de Processo. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 108, 2002, p. 107-110.

⁴⁴⁰ *Idem*, p. 107-110.

⁴⁴¹ Também negam a possibilidade inversa VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Antecipação de Tutela de Acordo com a Lei 10.444/2002*. Revista Dialética de Direito Processual Civil. São Paulo, Dialética, n. 02, mai. 2003, p. 52-54. TRINDADE, Caio de Azevedo. *A Novíssima Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*. Repertório de Jurisprudência IOB. São Paulo, IOB Editora, n. 12, 2a. Quinzena de junho, 2002, p. 306.

⁴⁴² FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil. Suplemento de atualização*; Coordenação Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 20.

⁴⁴³ *Idem*, p. 20. Ricardo Raboneze chega a considerar verdadeiro retrocesso na evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial a disseminação da fungibilidade em casos patentes de antecipação de tutela. RABONEZE, Ricardo. *Antecipação da Tutela: As Modificações Introduzidas pela Lei nº 10.444/02*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Síntese, v. 3, n. 18, jul./ago. 2002, p. 135-136.

De outra banda, a corrente mais preocupada com a efetividade do processo e a instrumentalidade de suas formas do que com a preservação dogmática dos conceitos jurídicos, admitiria a chamada hipótese inversa, sendo a fungibilidade entre as medidas de urgência uma “via de mão dupla”. Vejamos o que diz Cândido Rangel Dinamarco sobre a questão:

O novo texto não deve ser lido somente como portador de uma autorização a conceder uma medida cautelar quando pedida antecipação de tutela. Também quando feito um pedido a título de medida cautelar, o juiz estará autorizado a conceder a medida a título de antecipação de tutela, se esse for seu entendimento e os pressupostos estiverem satisfeitos. Não há fungibilidade em uma só mão de direção. Em direito, se os bens são fungíveis isso significa que *tanto se pode substituir um por outro, como outro por um*⁴⁴⁴.

Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier respondem genericamente à questão da hipótese inversa. Para esses autores, “razões de ordem formal não devem obstar que a parte obtenha a seu favor provimento cujo sentido e função sejam o de gerar condições à plena eficácia da providência jurisdicional pleiteada ou a final”⁴⁴⁵.

Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior lembra bem que ambas as técnicas integrariam a um só gênero, o das tutelas de urgência e, caso o magistrado se limitasse ao rigor técnico classificatório, correr-se-ia o risco de indeferir medida de urgência somente por uma questão de ordem formal, prejudicando o litigante e

⁴⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*. 3. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 34-35.

⁴⁴⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários à 2ª fase da Reforma do Código de Processo Civil Lei 10.352, de 26.12.2001 Lei 10.358, e 27.12.2001 Lei 10.444, de 07.05.2002*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 61.

obstaculizando a efetividade do processo⁴⁴⁶. Com efeito, continua o jurista, a formulação de pedido de natureza antecipatória ou outro de natureza cautelar em desacordo com o procedimento eleito pela lei processual não passaria de mero equívoco formal ou procedimental:

A regulamentação separada da tutela antecipada não veio para o nosso Código com o propósito de restringir a tutela de urgência, mas para ampliá-la, de modo a proporcionar aos litigantes em geral a garantia de que nenhum risco de dano grave, seja ao processo seja ao direito material, se torne irremediável e, por conseguinte, se transforme em obstáculo ao gozo pleno e eficaz da tutela jurisdicional⁴⁴⁷.

Márcio Louzada Carpena afirma que “por via contrária lógica e pelo mesmo princípio teleológico, se mostra possível o deferimento de medida antecipatória, requerida equivocadamente como cautelar”⁴⁴⁸.

Poder-se-ia dizer que o legislador, ao consagrar a fungibilidade procedimental entre as técnicas de urgência, objetivou alcançar o princípio da economia processual. Caso fosse negada a chamada “via de mão dupla” ou hipótese inversa, qual seria a economia processual gerada? Apenas causaríamos mais transtornos ao litigante que esperava providência urgente, tudo em razão de questões formais.

A questão da chamada fungibilidade inversa divide-se em duas hipóteses:

(a) aquela em que parte requer, em processo cautelar autônomo, medida antecipatória,

⁴⁴⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. II, p. 741-743.

⁴⁴⁷ *Idem*, p. 742.

⁴⁴⁸ CARPENA, Márcio Louzada. *Do Processo Cautelar Moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 105-106.

mesmo já presente outro processo, dito principal, e (b) aquela em que a parte requer medida antecipatória, também em processo cautelar autônomo preparatório, mas de modo preparatório.

Na primeira, George Marmelstein sugere que, identificado o caráter satisfativo/antecipatório do requerimento, o magistrado recebesse a ação “cautelar” como mera petição, determinando sua juntada aos autos principais. Então, passasse a analisar os requisitos necessários para o deferimento da medida. Tal procedimento afastaria o formalismo de extinguir a ação cautelar incidental e, ao mesmo tempo, preservaria o princípio da racionalidade e da economia processual, pois não prosseguiria com o normal andamento do processo cautelar⁴⁴⁹. Posição essa que, conforme as premissas adotadas, aderimos.

E a outra hipótese? Aquela em que o requerente pleitearia medida satisfativa em caráter preparatório? A toda evidência, o legislador teria perdido excelente oportunidade de resolver um problema corrente no foro. Cândido Rangel Dinamarco lembra o que tem ocorrido com o emblemático caso da sustação de protesto. Essa medida tratar-se-ia de verdadeira antecipação, pois não garantiria o resultado do processo, e sim as pessoas e seu patrimônio. Contudo, essa demanda vem sendo ajuizada e deferida em caráter antecedente, sendo curiosa “a crença de que, rotulando

⁴⁴⁹ MARMELSTEIN, George. *O Fim do Processo Cautelar Inominado Incidental*. Disponível em: <<http://www.georgelimahpg.com.br>> Acesso em 02 out. 2003.

de cautelar o que cautelar não é, se possa chegar a resultados que seriam impossíveis se o rótulo fosse outro”⁴⁵⁰.

O autor sugere uma interpretação teleológica e sistemática do disposto no artigo 796 do Código de Processo Civil, que permitiria a propositura de ação cautelar preparatória para se chegar ao resultado imperativo da garantia constitucional do acesso à ordem jurídica justa. Essa interpretação seria o germe do chamado Regime Jurídico Único das Tutelas de Urgência⁴⁵¹.

No mesmo sentido, Eduardo Talamani justifica essa providência para os casos em que o autor, em razão da urgência, ainda não possuísse todos os elementos para instruir a demanda principal, mas tivesse os suficientes para comprovar o juízo de verossimilhança⁴⁵².

Flávio Cheim Jorge, Freddie Didier Jr. e Marcelo Abelha Rodrigues sustentam que, nesses casos, o magistrado pudesse receber a “ação cautelar preparatória” e apreciar o pedido liminar, com o cuidado de o fazer com base nos pressuposto da antecipação de tutela. Então, poderia determinar a conversão para o rito

⁴⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Regime Jurídico Das Medidas de Urgência*. Revista Jurídica. Porto Alegre, Notadez, ano 49, n. 286, ago. 2001, p. 13-14.

⁴⁵¹ *Idem*, p. 13-14.

⁴⁵² TALAMINI, Eduardo. *Medidas Urgentes (“Cautelares” e “Antecipadas”): a Lei 10.444/2002 e o Início de Correção de rota para um Regime Jurídico Único*. Revista Dialética de Direito Processual Civil. São Paulo: Dialética, n. 02, maio 2003, p. 15-28.

comum (ordinário ou sumário), intimando o autor para que promovesse as devidas adaptações⁴⁵³.

Nelson Nery Júnior defende que, se fosse o caso, o juiz deveria dar oportunidade ao autor para que adaptasse seu requerimento, inclusive para que pudesse comprovar a existência dos requisitos mais robustos, necessários para a antecipação de tutela⁴⁵⁴.

Egas Moniz de Aragão há muito já identificava o que realmente interessa, e não se trataria de questão de ordem formal, pois, “se a situação cautelanda está descrita, mediante dados que definem as situações de perigo e os interesses plausíveis, evidenciando necessidade de medida urgente, a demanda já se apresenta apta a merecer o exame dessa lide”⁴⁵⁵.

Defende-se, em verdade, um regime jurídico único que regulamentasse a tutela de urgência. Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco faz importante observação ao mencionar que a técnica antecipatória estaria regulamentada em apenas um artigo⁴⁵⁶, com dois incisos e sete parágrafos, enquanto a técnica cautelar (seu

⁴⁵³ Nesse sentido: JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie & RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A Nova Reforma Processual*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 92.

⁴⁵⁴ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 7. ed. atualizada até 07/07/03. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

⁴⁵⁵ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Medidas Cautelares Inominadas*. Revista de Direito Processual. Rio de Janeiro: Forense, n. 57, p. 33-90, 1º trimestre, 1988, p. 52-55.

⁴⁵⁶ Nesse ponto Cândido Rangel Dinamarco não considerou o disposto no artigo 461 do Código de Processo Civil, como regra que regulamenta a antecipação de tutela. Em *A Reforma da Reforma*. 3. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 90.

“irmão quase gêmeo”) estaria prevista em um Livro composto por 94 artigos e seus parágrafos, evidenciando a disparidade de tratamento, concluindo ser insuficiente a legislação destinada ao primeiro⁴⁵⁷. Sustenta, então, a aplicação subsidiária das disposições contidas no Livro III do Código de Processo Civil à técnica antecipatória⁴⁵⁸.

Eduardo Talamini assevera que a identificação entre as técnicas justificaria regulação unitária pelo Livro III do Código de Processo Civil, exceto nos aspectos em que as duas providências se diferenciariam. Em seus exemplos, “a regra que impõe a responsabilidade objetiva do requerente da providência cautelar (art.811) é aplicável à antecipação de tutela”. Ao contrário, como exemplos de medidas que não se aplicariam, ter-se-iam aquelas que se refeririam à autonomia formal do processo cautelar (artigos 801, 802, 803, 806 e 808, I do CPC)⁴⁵⁹. O disposto nos artigos que regulamentam a antecipação de tutela (artigos 273 e 461 do CPC) deveria valer para a tutela cautelar, desde que não existisse determinação expressa de norma específica já estabelecida. Seria o caso da multa prevista no artigo 461, § 4º do diploma de processo civil, que estabeleceria sua possibilidade, “inclusive em provimento não final, emitido em cognição sumária e em caráter de urgência (em síntese: as mesmas características do provimento cautelar)”⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Regime Jurídico Das Medidas de Urgência*. Revista Jurídica. Porto Alegre: Notadez, ano 49, n. 286, ago. 2001, p. 05-28.

⁴⁵⁸ *Idem*, p. 05-28.

⁴⁵⁹ TALAMINI, Eduardo. *Medidas Urgentes (“Cautelares” e “Antecipadas”): a Lei 10.444/2002 e o Início de Correção de rota para um Regime Jurídico Único*. Revista Dialética de Direito Processual Civil. São Paulo: Dialética, n. 02, maio 2003, , p. 15-28.

⁴⁶⁰ *Idem*, p. 26-27.

O legislador brasileiro, porém, ainda não se propôs a tal empresa, importando, pois, em interpretar o sistema processual positivo a fim de buscar ao máximo alcançar o valor efetividade e o valor segurança no que diz respeito à tutela jurisdicional de urgência. Nesse sentido, entende-se que o procedimento para a prestação dessa modalidade de tutela jurisdicional instável seria mais adequado com a aproximação de suas técnicas⁴⁶¹. Desse modo, o primeiro passo seria a mudança de rota, com o abandono do processo cautelar autônomo e dependente como *tertium genus*. Então, seria importante distinguir as providências de urgência “preparatórias” das incidentais, aproveitando a legislação sobre o processo cautelar no que coubesse.

Havendo demanda ajuizada, o pedido de urgência poderia ser formulado nos próprios autos (inclusive no momento da propositura), prosseguindo como mero incidente. Caberia ao julgar examinar a possibilidade de realização do contraditório diante das peculiaridades do caso concreto e do direito material envolvido, assim como a necessidade de dilação probatória. Proferida a decisão, caberia recurso, assegurando-se o contraditório no caso de sua postergação. Naqueles casos em que apenas os efeitos fáticos da medida de urgência seriam irreversíveis, competiria ao desfavorecido tomar a iniciativa a fim de discutir a inexistência do direito aparente tutelado e, conseqüentemente, a responsabilidade civil da parte adversa pelos danos eventualmente causados. Não o fazendo, restaria estabilizada a tutela jurisdicional de urgência.

⁴⁶¹ Trata-se de fungibilidade plena e irrestrita. “Plena, na medida em que autoriza a intertrocabilidade das tutelas de urgência nas duas vias; irrestrita, porque não conhece limites internos, estando apta a destrinchar a equipotência entre as providências antecipadas satisfativas e os provimentos cautelares típicos.” MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 270 a 331*. São Paulo: Memória Jurídica, 2006, tomo III, p. 74.

Inexistindo demanda ajuizada (tutela jurisdicional de urgência instável preparatória), o pedido poderia ser pleiteado em conformidade com as disposições do Código de Processo Civil referentes ao processo cautelar preparatório, seguindo-se como procedimento sumário de cognição limitada e provisória. Proposta a demanda “principal”, promover-se-ia o apensamento dos autos referentes ao procedimento de urgência, prosseguindo naquele (“principal”) com a prática de atos processuais. Excepcionalmente, para evitar tumulto processual, o procedimento de urgência poderia tramitar em autos apartados, mas sem aquela autonomia formal antes referida, dispensando o julgador de “sentenciar”, bem como todo o serviço burocrático que seria inerente ao processo cautelar autônomo. Essas nossas considerações de *lege ferenda* para a prestação da tutela jurisdicional de urgência instável, levando-se em conta, sempre, o confronto entre efetividade e segurança.

2.2.2.4 O problema da responsabilidade civil pelo cumprimento das medidas de urgência posteriormente não confirmadas em juízo de cognição exauriente

A tutela jurisdicional de urgência, por sua própria natureza, deveria atuar apenas para afastar o risco de lesão a direito, regulando de modo reversível o complexo fático e jurídico até a definição final do litígio ou enquanto houvesse receio de dano. Tratar-se-ia, no caso de posterior não confirmação do provimento emergencial, de assegurar a

possibilidade de “reversão” da situação fática sem danos à parte que suportou a medida, embora não se pudesse ignorar que as transformações no mundo dos fatos não ocorreriam do modo *tudo ou nada*, pois as inversões geralmente deixariam resquícios no mundo exterior⁴⁶².

No entanto, nem sempre isso é possível. Assim, se o cumprimento da medida de urgência causar dano (*stricto sensu*)⁴⁶³, questão relevante é a da responsabilidade civil do seu beneficiário quando, ao final, for demonstrada a inexistência do direito afirmado em juízo e antes tido por verossímil.

Conforme art. 811, do Código de Processo Civil, o requerente de medida cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar sua execução (ou melhor, seu cumprimento) se, entre outras hipóteses, a sentença no processo principal lhe for desfavorável⁴⁶⁴. Em outras palavras, segundo a concepção do legislador, o litigante que suportou a medida emergencial deve ser indenizado pela parte adversa (requerente) quando, após aprofundamento da cognição, o direito anteriormente considerado

⁴⁶² COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Antecipação de tutela: irreversibilidade, caução e responsabilidade objetiva*. Revista de Processo, nº. 115, ano 29, mai./jun., 2004, p. 55-73.

⁴⁶³ Segundo Tércio Chiavassa, “dano é qualquer diminuição nos bens jurídicos tutelados de uma pessoa física ou jurídica, aí compreendidos o corpo, a saúde, a honra, o nome e o próprio patrimônio financeiro. Compreende-se nesse conceito, portanto, qualquer diminuição, moral ou material, em que haja evidente discordância ou ausência do consentimento de seu titular”. CHIAVASSA, Tércio. *Tutelas de Urgência Cassadas: a recomposição do dano*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 73.

⁴⁶⁴ 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 previstos no 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.

verossímil não for confirmado em juízo final. Tratar-se-ia, pois, de responsabilidade objetiva (independente de culpa) por ato lícito, decorrente de lei.

Discutiu-se se esse dispositivo legal seria aplicável à técnica antecipatória, uma vez que a legislação não estabeleceu expressamente tal responsabilidade, mormente quando o art. 273, § 3º, do CPC, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994, não fazia referência ao então vigente art. 588, I, que disciplinava a execução provisória, especialmente a responsabilidade objetiva do exequente⁴⁶⁵. De um lado, sustentou-se que não, justamente porque não se poderia impor o dever de reparar eventuais prejuízos sem a respectiva previsão legal. Tratar-se-ia do respeito ao princípio da legalidade e do devido processo legal. Por outro, considerando a própria natureza e a fungibilidade entre as medidas cautelares e antecipatórias, seria aconselhável que o art. 811, do Código de Processo Civil, fosse interpretado de modo sistemático e integrado⁴⁶⁶.

Atualmente, o art. 273, § 3º, do CPC, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº. 10.444/2002, refere-se ao art. 588 do mesmo diploma processual, sem taxar os

⁴⁶⁵ Art. 273, § 3º. A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 855. (incluído pela Lei nº. 8.952/1994).

Art. 588. A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observados os seguintes princípios:

I – corre por conta e responsabilidade do credor, que prestará caução, obrigando-se a reparar os danos causados ao devedor.

⁴⁶⁶ Sobre o assunto, entre outros, BAGGIO, Lucas Pereira. *Fungibilidade entre as medidas cautelares e antecipadas no Processo Civil Brasileiro*. Disponível em <<http://www.tex.pro.br>> e <<http://www.abdpc.org.br>>, acesso em 10.10.2007; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Regime Jurídico Das Medidas de Urgência*. In Revista Jurídica. Porto Alegre: Notadez, ano 49, n. 286, p. 05-28, ago. 2001; TALAMINI, Eduardo. *Medidas Urgentes (“Cautelares” e “Antecipadas”): a Lei 10.444/2002 e o Início de correção de Rota para um Regime Jurídico Único*. In Revista Dialética de Direito Processual Civil. São Paulo, Dialética, n. 2, maio, 2003.

incisos correspondentes, com o que seria aplicável também seu inciso I, ao menos no que tange à responsabilidade objetiva⁴⁶⁷ (“corre por conta e responsabilidade do credor, que prestará caução, obrigando-se a reparar os danos causados ao devedor”). Nesse sentido, os danos advindos da concretização da medida antecipatória no plano social deveriam ser indenizados pelo requerente objetivamente.

Ocorre que o mencionado art. 588 foi revogado pela Lei nº. 11.232/2005, que modificou substancialmente a atividade executiva vinculada aos títulos executivos judiciais, mas não houve nova alteração no art. 273, § 3º, do CPC. Surgiria, então, o problema de falta de lei que justificasse a responsabilidade do requerente da medida antecipatória, já que, agora, não haveria menção expressa ao novel art. 475-O, I, do CPC, que dispôs sobre a responsabilidade objetiva daquele que promove execução provisória⁴⁶⁸.

No entanto, como anteriormente referido, as técnicas cautelares e antecipatórias fazem parte do mesmo gênero (*tutela jurisdicional de urgência instável*),

⁴⁶⁷ Art. 273, § 3º. A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A. (Redação dada pela Lei nº. 10.444/2002).

Art. 588. A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

I – corre por conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os prejuízos que o executado venha a sofrer. (Redação dada pela Lei nº. 10.444/2002). Revogado pela Lei nº. 11.232/2005.

⁴⁶⁸ Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido; (Incluído pela Lei nº. 11.232/2005).

sendo razoável sujeitá-las ao mesmo regime jurídico⁴⁶⁹. O problema central, a toda evidência, seria identificar se tal responsabilidade deveria ser sempre objetiva⁴⁷⁰.

O direito positivo italiano consagrou a responsabilidade civil subjetiva daquele que obteve medida cautelar (na verdade, de urgência) e causou danos à parte adversa, sem que, ao final, o direito afirmado fosse reconhecido em juízo. Imputar-se-ia responsabilidade ao requerente quando atuasse sem a prudência normal (*senza la normale prudenza*)⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco faz importante observação ao mencionar que a técnica antecipatória estaria regulamentada em apenas um artigo, com dois incisos e sete parágrafos, enquanto a técnica cautelar (seu “irmão quase gêmeo”) estaria prevista em um Livro composto por 94 artigos e seus parágrafos, evidenciando a disparidade de tratamento, concluindo ser insuficiente a legislação destinada à primeira. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Regime Jurídico Das Medidas de Urgência*. Revista Jurídica. Porto Alegre: Notadez, ano 49, n. 286, ago. 2001, p. 05-28.

⁴⁷⁰ Cassio Scarpinella Bueno não pensa assim. Para o autor, o “ponto não desperta qualquer polêmica em sede de doutrina e de jurisprudência”. BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 119-120. No entanto, como se verá, a questão não é singela tampouco pacífica. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhardt, embora reconheçam a aplicação da teoria da responsabilidade civil objetiva, lembram que a legislação deixou de atentar para a possibilidade do autor de ação cautelar sagrar-se vencedor na demanda principal, porém vencido naquela, pois o demandante poderia ter direito material, mas igualmente poderia não ter razão para pedir tutela cautelar, por inexistir situação perigosa. Os juristas afirmam que, nesses casos, a parte que suportou eventual dano em razão da “execução” da medida cautelar, para obter ressarcimento, deveria propor ação (autônoma) de ressarcimento, na qual teria de demonstrar não apenas o dano, mas também o dever de indenizar, ou seja, a inexistência de causa para a “execução” da tutela cautelar. Asseveram, ainda, que durante o tramitar do processo, as circunstâncias que teriam justificado o provimento acautelatório poderiam desaparecer, motivo que tornaria injustificada a respectiva medida, com o que sua manutenção indevida também poderia gerar o dever de reparar os danos correlatos. Dizem que, nessas hipóteses, em que se pergunta sobre a causa ou a justificativa da tutela cautelar, a responsabilidade dependeria de culpa, exigindo uma ação (autônoma) de ressarcimento. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar*. 3ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol IV, 2008, p. 190 seguintes. Não é nesse sentido - de interpretação legislativa - que se pretende tratar o assunto. Busca-se, aqui, identificar a correção dos fundamentos que justificam cada uma das teorias.

⁴⁷¹ **Art. 96. (Responsabilita' 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 d'ufficio, nella sentenza.

Il giudice che accerta l'inesistenza del diritto per cui e' 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 e' fatta a norma del comma precedente.

No direito processual positivo português, do mesmo modo, a responsabilidade civil do requerente de providência cautelar é subjetiva, sendo imprescindível para o dever de indenizar que a medida seja considerada injustificada e que aquele não tenha agido com a prudência normal (CPC, art. 390º, 1⁴⁷²).

A legislação processual da Argentina adotou um sistema misto quanto à responsabilidade do autor de medida cautelar: objetiva, no caso de “caducidade” pela falta de propositura da ação principal no prazo estabelecido, e, no que aqui nos interessa, subjetiva, quando for demonstrado que o requerente tenha abusado ou se excedido no direito que a lei outorga para obtê-la⁴⁷³.

Art. 96 (Responsabilidade agravada) – Se resulta que a parte sucumbente agiu ou resistiu em juízo com má-fé ou culpa grave, o juiz, a pedido da outra parte, além das despesas processuais, a condenará ao ressarcimento dos danos, que liquidará de ofício na sentença.

O juiz que declara a inexistência do direito pelo qual é executada uma tutela cautelar, ou o registro público da demanda judicial ou a inscrição da hipoteca judicial, então iniciada ou da execução forçada procedida, a pedido da parte que sofreu o dano, condenará o autor ou o credor que agiu sem a normal prudência ao ressarcimento dos danos. A liquidação dos danos é feita nos termos do parágrafo antecedente.

Tradução de CHIAVASSA, Tércio. *Tutelas de Urgência Cassadas: a recomposição do dano*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 234-235.

⁴⁷² **ARTIGO 390.º (Responsabilidade do requerente)**

1. Se a providência for considerada injustificada ou vier a caducar por facto imputável ao requerente, responde este pelos danos culposamente causados ao requerido, quando não tenha agido com a prudência normal.

⁴⁷³ **CADUCIDAD**

Art. 207. - Se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubieren ordenado y hecho efectivas antes del proceso, si tratándose de obligación exigible no se interpusiere la demanda dentro de los DIEZ (10) días siguientes al de su traba, aunque la otra parte hubiese deducido recurso. Las costas y los daños y perjuicios causados serán a cargo de quien hubiese obtenido la medida, y ésta no podrá proponerse nuevamente por la misma causa y como previa a la promoción del proceso; una vez iniciado éste, podrá ser nuevamente requerida si concurrieren los requisitos de su procedencia.

Las inhabiliciones y embargos se extinguirán a los CINCO (5) años de la fecha de su anotación en el Registro que corresponda, salvo que a petición de parte se reinscribieran antes del vencimiento del plazo, por orden del juez que entendió en el proceso.

RESPONSABILIDAD

Art. 208. - Salvo en el caso de los artículos 209, inciso 1, y 212, cuando se dispusiere levantar una medida cautelar por cualquier motivo que demuestre que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla, la resolución la condenará a pagar los daños y perjuicios si la otra parte la hubiere solicitado.

Sistema semelhante era adotado no Código de Processo Civil revogado, de 1939, em seus artigos 677 e 688⁴⁷⁴. O diploma vigente, por outro lado, foi influenciado pela solução encontrada na legislação alemã (ZPO, § 945⁴⁷⁵) e austríaca, consagrando a teoria da responsabilidade civil objetiva⁴⁷⁶.

La determinación del monto se sustanciará por el trámite de los incidentes o por juicio sumario, según que las circunstancias hicieren preferible uno u otro procedimiento a criterio del juez, cuya decisión sobre este punto será irrecurrible.

⁴⁷⁴ Art. 676. As medidas preventivas poderão consistir: I – no arresto de bens do devedor; II – no sequestro de coisa móvel ou imóvel; III – na busca e apreensão, inclusive de mercadorias em trânsito; IV – na prestação de cauções; V – na exibição de livro, coisa ou documento (arts. 216 a 222); VI – em vistorias, arbitramentos e inquirições ad perpetuam memoriam; VII – em obras de conservação em coisa litigiosa; VIII – na prestação de alimentos provisionais, no caso em que o devedor seja suspenso ou destituído do pátrio poder, e nos de destituição de tutores ou curadores, e de desquite, nulidade ou anulação de casamento; IX – no arrolamento e descrição de bens do casal e dos próprios de cada cônjuge, para servir de base a ulterior inventário, nos casos de desquite, nulidade ou anulação de casamento; X – na entrega de objetos ou bens de uso pessoal da mulher e dos filhos; na separação de corpos e no depósito dos filhos, nos casos de desquite, nulidade ou anulação de casamento.

Art. 677. Salvo as hipóteses dos ns. V, VI e VII, quando qualquer das medidas referidas no artigo anterior fôr ordenada como preparatória, a ação será proposta no prazo de trinta (30) dias, contados da efetivação da medida, sob pena de perder esta a eficácia e ficar o requerente obrigado a reparar os danos resultantes da execução.

Art. 688. A responsabilidade do vencido regular-se-á pelos arts. 63 e 64.

Parágrafo único. A parte que, maliciosamente ou por êrro grosseiro, promover medida preventiva, responderá também pelos prejuízos que causar.

Segundo Galeno Lacerda, o “Código de 1939 adotara um sistema misto quanto à responsabilidade do autor da medida cautelar: objetiva, na hipótese de decadência pelo não-ingresso da ação principal no prazo de trinta dias (art. 677), e subjetiva, sujeita a prova de malícia ou erro grosseiro, quando vencido (art. 688, parágrafo único). LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. VIII. t. I, p. 312.

⁴⁷⁵ § 945 **Schadensersatzpflicht**.

Erweist sich die Anordnung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung als von Anfang an ungerechtfertigt oder wird die angeordnete Maßregel auf Grund des § 926 Abs. 2 oder des § 942 Abs. 3 aufgehoben, so ist die Partei, welche die Anordnung erwirkt hat, verpflichtet, dem Gegner den Schaden zu ersetzen, der ihm aus der Vollziehung der angeordneten Maßregel oder dadurch entsteht, dass er Sicherheit leistet, um die Vollziehung abzuwenden oder die Aufhebung der Maßregel zu erwirken.

No vernáculo: § 945. Se o Decreto de arresto ou de medida cautelar resultarem injustificados desde o início, ou forem revogados, na forma dos §§ 926, inciso 2, e 942, inciso 3, a parte que os pediu terá de indenizar à outra os prejuízos que lhe houver causado em virtude da execução de tais medidas ou pela necessidade de prestar caução para evitar ou obter o arresto. Tradução de SILVA, Ovídio Baptista da. *Do Processo Cautelar*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 201.

⁴⁷⁶ É o que ensina Galeno Lacerda, apoiado em comentários de Lopes da Costa (Medidas preventivas, 2ª edição, 1958, p. 59-60 e 185-186). LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. VIII. t. I, p. 312-313.

Como se percebe, a resposta para o problema da responsabilidade civil do beneficiário da medida de urgência posteriormente não confirmada é relativa. Trata-se, primeiro, de uma escolha do legislador, e, ao final, de sua aplicação pelo juiz nos casos concretos ⁴⁷⁷.

Galeno Lacerda ensina que o dissídio entre as duas teorias, a subjetiva e a objetiva, estaria enraizado no direito romano. A tese subjetiva teria como fonte a *actio injuriarum*, fundada em ilícito subjetivo, mas inviabilizada praticamente pela extrema dificuldade de provar-se o dolo ou a culpa processual do litigante. Por isso o surgimento da teoria objetiva, que justificaria o ressarcimento do dano injusto sofrido pela parte adversa com base nos pressupostos da *action in factum* ⁴⁷⁸.

⁴⁷⁷ Nesse sentido, a leitura da obra de Tércio Chiavassa, oriunda de sua dissertação de mestrado, demonstra que a consagração legislativa de qualquer das modalidades de responsabilidade civil nesses casos não costuma estar alheia a críticas e dúvidas doutrinárias e nem sempre é aplicada literalmente pelos tribunais. CHIAVASSA, Tércio. *Tutelas de Urgência Cassadas: a recomposição do dano*. São Paulo: Quartier Latin, 2004. Interessante é a leitura de artigo em que Carnelutti comenta decisão do Tribunale Di Venezia, criticando a adoção, na Itália, da teoria da responsabilidade subjetiva de quem executa medida cautelar de seqüestro posteriormente revogada. CARNELUTTI, Francesco. *Sulla responsabilità per esecuzione del sequestro*. Rivista di Diritto Processuale Civile, CEDAM, ano 1925, vol. II, parte II, p. 185-205.

⁴⁷⁸ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. VIII, tomo I, p. 313.

O autor exalta a doutrina de Chiovenda⁴⁷⁹, sustentando o acerto do legislador ao adotá-la, posicionamento sintetizado no aforismo *cuius est commodum eius est incommodum*, ou *ubi commoda ibi incommoda*, e vinculado à idéia objetiva de ônus ou de risco processual, comum não apenas às ações cautelares, como à execução provisória da sentença. “Quem tem interesse, para sua conveniência (cômodo), em executar a cautelar ou a sentença provisória, suporta a inconveniência (incômodo) de indenizar o prejuízo causado, se decair da medida ou for vencido na ação”. Para Galeno, “nada mais certo e justo. (...) Ao réu, sem culpa, é que seria sumamente injusto arcar com o dano causado pelo autor”⁴⁸⁰.

Para Pontes de Miranda, o dever de recomposição dos danos é ideal de justiça, obrigando aquele que lesar a responder pelo previsível e pelo imprevisível. Afirma que o Código de Processo Civil brasileiro em vigor adotou a responsabilidade objetiva, na modalidade ato-fato jurídico, bastando, pois, o prejuízo. Para o autor, o dever de recomposição decorre da própria execução da medida, como efeito anexo da sentença favorável à parte adversa, considerando que

⁴⁷⁹ Em apertada síntese, Chiovenda sustentava que o processo não seria nada mais do que instrumento de realização do direito material. É conhecida sua lição, de que a finalidade do direito processual seria fazer atuar a norma que correspondesse à relação jurídica de direito material, que tivesse deixado de ser cumprida espontaneamente pelo réu, fazendo-a atuar no caso concreto. Afirmou que *il tempo necessario per la definizione della lite non deve andare a danno del diritto dell'attore; la sentenza che accoglie la domanda deve riconoscere il diritto come se ciò avvenisse nel momento stesso della domanda giudiziaria* (o tempo necessário para a definição da lide, não deve acarretar dano ao direito do autor; a sentença que acolhe a demanda deve reconhecer o direito como se o tivesse feito no mesmo momento da propositura da demanda judicial). Para o autor, *il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e precisamente quello ch'egli ha diritto di conseguire* (o processo deve dar, a quem tem um direito, todo e precisamente tudo aquilo que seja possível a ele conceder). Nesse contexto, em que o vencedor (autor ou réu) deveria sair *indenne dalla lite*, seria mesmo lógico e razoável concluir que caberia ao vencido arcar com as despesas processuais e também os danos que o processo tivesse causado à parte que se sujeitou à indevida medida de urgência, ainda que seu cumprimento (“execução”) tivesse sido legitimado por pronunciamento do próprio Poder Judiciário. Tratar-se-ia de hipótese de responsabilidade ontológica do processo, ou seja, de natureza exclusivamente processual, relacionada com o risco assumido pelo requerente, justamente porque o processo não poderia causar dano ao litigante que teria razão. Ver a exposição sistemática dessa doutrina, com as respectivas referências bibliográficas, em CHIAVASSA, Tércio. *Tutelas de Urgência Cassadas: a recomposição do dano*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 167-177.

⁴⁸⁰ *Idem*, p. 314. Em sentido similar, CHIAVASSA, Tércio. *Tutelas de Urgência Cassadas: a recomposição do dano*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 295-301.

a responsabilidade do art. 811 é de direito processual, e não de direito material. A indenização seria processada nos próprios autos, por meio da respectiva liquidação, considerando que haveria certeza quanto à responsabilidade, uma vez ocorrido o dano⁴⁸¹.

No Brasil, tendo em conta o regramento legal, não se discute muito acerca da correção da legislação. A doutrina majoritária simplesmente defende que o beneficiário da medida de urgência (cautelar ou antecipatória) deve responder objetivamente pelos prejuízos causados à parte adversa⁴⁸². Ovídio Baptista da Silva, por sua vez, sustenta posição diversa, já que, para o autor, a adoção dessa teoria em todos os casos seria mesmo uma homenagem indesejada ao racionalismo⁴⁸³.

Ao examinar o instituto da antecipação de tutela, Ovídio afirma que o legislador havia omitido propositadamente a referência ao inciso I do art. 588, afastando, desse modo, a responsabilidade civil objetiva daquele que “executasse” medida antecipatória. Diz que a Comissão de Reforma tinha como intuito declarado dar maior efetividade ao novo instrumento processual, evitando, portanto, impor barreiras ao seu emprego. No entanto, ela mesma acabou vencida pelo sistema e teve de estender o princípio da responsabilidade objetiva ao regime das medidas antecipatórias⁴⁸⁴.

⁴⁸¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª edição, revista e aumentada. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, tomo XII, 2003, p. 72 e seguintes.

⁴⁸² Ver, por todos, COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Antecipação de tutela: irreversibilidade, caução e responsabilidade objetiva*. Revista de Processo, nº. 115, ano 29, mai./jun., 2004, p. 55-73, com a bibliografia lá indicada. Ver, também, MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela Antecipada*. 2ª edição. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 622-623.

⁴⁸³ SILVA, Ovídio Baptista da. *Antecipação de Tutela e Responsabilidade Objetiva*. In *Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 195-215.

⁴⁸⁴ *Idem*.

O jurista aduz que o dever de indenizar daquele que promove execução provisória, desfeita em virtude de julgamento definitivo desfavorável, decorre do princípio da conservação do *status quo* e do princípio da sucumbência. Trata, pois, de examiná-los.

O princípio da conservação do *status quo* (ou da conservação fática) seria inteiramente válido e fundamentado em preceitos filosóficos hoje amplamente reconhecidos. Contudo, sua observação exagerada seria causa de um desequilíbrio profundo entre as posições de autor e réu submetidos ao procedimento ordinário, porquanto a manutenção das situações estabelecidas nem sempre seria capaz de assegurar igualdade às partes, especialmente as hipossuficientes.

Diz que esse desequilíbrio estrutural estaria relacionado com o racionalismo moderno, que suprimiria os juízos de verossimilhança, já que o procedimento ordinário (e isso seria seu defeito congênito) igualaria todos os litigantes no início da demanda, como se não tivessem direito, impondo ao interessado o ônus de provar que a situação fática existente seria contrária ao direito. A causa desse desequilíbrio estaria na contingência em que se encontraria o julgador de ter de preservar a situação fática, mesmo que estivesse convencido, desde logo, da verossimilhança da pretensão do autor.

Nesse sentido, a atribuição de responsabilidade objetiva ao demandante que promovesse o cumprimento de medida antecipatória seria uma espécie de punição àquele que buscasse tornar efetivo o seu direito antes de sua proclamação definitiva, qualquer que fosse o grau de verossimilhança existente, uma vez que presumiria sua má-fé.

Ovídio assevera que o sistema em vigor criou uma anomalia, decorrente da própria ideologia adotada, pois o “autor que se apressa a tornar efetivo o direito, que já merecera provisória aprovação judicial, deverá ressarcir os danos causados ao réu, quando resulte sucumbente. O réu, porém, que resistira sem qualquer direito, ficará isento de responsabilidade pelos danos”⁴⁸⁵.

Cria-se, portanto, este quadro. O autor, ao ajuizar a ação, supunha-se titular do direito. O provimento liminar, ou a própria sentença final, vieram a confirmar essa expectativa, ao reconhecer, ainda que provisoriamente, a legitimidade de sua pretensão. A sucumbência subsequente, no entanto, invalidará toda a situação precedente, acarretando-lhe o dever de indenizar. O demandado sucumbente, porém, que, por definição, agira durante todo o processo sem direito, causando prejuízos ao autor vitorioso – desfrutando, inversamente, de uma análoga proteção

⁴⁸⁵ Também Fritz Baur examinou essa questão. Concluiu, porém, que nesses casos haveria pretensão indenizatória a ser dirigida contra o réu. O autor formula um exemplo: A e B são concorrentes, sendo que este teria induzido os comerciantes varejistas a entregar a cada comprador o produto A, juntamente com este, uma amostra de propaganda do produto B. A, então, teria endereçado uma advertência aos varejistas. Em seguida, B promove postula em juízo tutela de urgência, para que A seja interdito de proceder à “admonitória”. A respectiva petição teria sido indeferida, tornando-se coisa julgada, com o argumento de que a conduta de B constitui concorrência desleal. Imagina que, ao final (o autor fala em processo principal), B tenha-se sagrado vencedor, pois a propaganda realizada não constituiria concorrência desleal, e a conduta de A fora caracterizada como interferência ilegítima na atividade profissional, organizada e exercida por B. Nesse exemplo, segundo o jurista alemão, B poderia reclamar indenização, pois com o indeferimento do seu pedido de urgência, os comerciantes varejistas teriam atendido à advertência de A, inviabilizando a distribuição legítima das amostras de propaganda. Tratar-se-ia de aplicação análoga do § 945 do ZPO. BAUR, Fritz. *Estudo Sobre a Tutela Jurídica Mediante Medidas Cautelares*. Tradução: Armino Edgar Laux. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985, p. 153-154.

provisória, que o manteve no gozo do *statu quo* ante –, não responderá pelas conseqüências danosas de sua conduta⁴⁸⁶.

Do princípio da sucumbência decorreria o dever do litigante vencido de arcar com todo o desembolso que o vencedor tivesse suportado, incluindo aí as custas processuais e os honorários de seu advogado. Esse princípio partiria da idéia de Chiovenda de que o processo não deveria resultar em prejuízo para quem tivesse razão. Conforme Ovídio, a justificativa para aplicação da responsabilidade objetiva quanto ao dever do vencido em arcar com os ônus sucumbenciais seria perfeitamente aceitável. No entanto, sua ampliação para obrigar o beneficiário de medida de urgente posteriormente não confirmada seria um inconveniente exagerado, pois não admitiria exceções.

O jurista destaca a doutrina de Chiovenda, base para a adoção da responsabilidade objetiva, considera que a atividade jurisdicional tem caráter meramente declaratório, fazendo atuar a vontade concreta de lei, não sendo capaz de criar direito. E volta a criticar o paradigma racionalista:

Para o racionalismo dos Séculos das Luzes, ainda tão presente e atuante em nossa doutrina – sendo o sistema jurídico produto de um legislador iluminado, cuja sabedoria e previdência, além de dispensar a atividade criadora de direito por parte do magistrado que o aplica, ainda seria dotado da suprema virtude capaz de dar ao preceito legal univocidade de sentido, de modo que a sentença seria certa, ou, ao contrário, errada, como qualquer problema matemático –, o sucumbente terá agido sempre injustificadamente, por ter recusado obediência a um preceito legal cuja transparência era tanta, que a ninguém seria lícito ignorá-lo.

(...)

⁴⁸⁶ SILVA, Ovídio Baptista da. *Antecipação de Tutela e Responsabilidade Objetiva. In Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 195-215.

Karl Engisch, aceitando, na recente revisão de seu pensamento, a existência de autêntica *discricionariedade* no ato jurisdicional, confirma a sábia lição de Calamandrei, ao distinguir as sentenças que declaram a “vontade da lei” e as “*decisões discricionárias*”, admitindo que o exercício do poder discricionário impõe que se tenha de “reconhecer valor igual a decisões diferentes, mesmo a decisões opostas” (*Introdução ao Pensamento Jurídico*, trad. Portuguesa da 8ª edição alemã, Lisboa, 1996, p. 249) (...).

Esta dimensão dialética, mas acima de tudo retórica, da ciência processual, esta realidade contingente sobre a qual operam os práticos forenses – que a doutrina moderna procurou em vão suprimir da experiência jurídica, na tentativa de transformar o Direito numa ciência tão demonstrativa quanto a Matemática –, é que volta a cobrar o lugar que de direito lhe cabe, ao reafirmar o sentido hermenêutico da ciência jurídica e sua irrenunciável dimensão retórica, enquanto ciência argumentativa. O que é surpreendente e, em certo sentido, alarmante, é o fato de ter-se a doutrina jurídica submetido tão docilmente à ilusão de sua própria cientificidade, a ponto de imaginar a jurisdição como demonstrativa, apenas clarificadora (declaratória) do sentido (unívoco) da lei⁴⁸⁷.

Para o autor, a generalização da responsabilidade objetiva ignoraria a “inelimável incerteza em que se encontram os litigantes, mesmo que os juristas práticos saibam e a Psicologia Forense confirme o fato de estarem, ambos os atores da cena judiciária, ao ter início a demanda, na honesta e sincera convicção de que irão demonstrar a legitimidade de sua posição jurídica, vindo a sagrarem-se vitoriosos”. Menciona, também, a possibilidade natural da incidência de outros fatos que poderiam ser cruciais para a resolução da demanda, como, por exemplo, a “*aplicação retroativa da jurisprudência*, na hipótese em que, favorável a um dos litigantes ao tempo do ajuizamento da ação, se tenha alterado no curso da causa, para acolher a pretensão do adversário”.

As ponderações de Ovídio, a toda evidência, mostram-se relevantes e capazes de justificar o debate a respeito da manutenção da legislação quanto ao ponto. Aliás, cumpre destacar que o sistema adotado no Brasil seria ainda mais rígido do que aquele consagrado na

⁴⁸⁷ SILVA, Ovídio Baptista da. *Antecipação de Tutela e Responsabilidade Objetiva. In Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 195-215.

legislação alemã, pois a disciplina da responsabilidade civil neste sistema partiria da distinção entre as medidas cautelares concedidas e depois revogadas por serem “consideradas a) *ilegítimas* ou, então, b) *injustificadas*. Estas duas situações, previstas no § 945 da ZPO alemã, provêm da distinção que os juristas medievais já faziam entre *arresto iníquo* e *arresto injusto*, conforme nos mostra a excelente lição de CONIGLIO, como pressuposto para o dever de indenizar”⁴⁸⁸.

No direito medieval, não obstante a tendência de qualificar como iníquo o arresto quando a sentença do processo principal fosse favorável ao arrestado e, portanto, houvesse a tendência de reconhecer o dever de indenizar, admitir-se-ia prova em contrário, que o arrestante poderia fazer para comprovar que a medida de urgência seria tão-somente injusta. Essa possibilidade teria sido preservada pelo direito alemão, que não tornaria o dever de indenizar um *efeito anexo* (como todo *efeito anexo*, inexorável) decorrente da sentença favorável à parte adversa, impondo a este litigante, o ônus de promover uma ação indenizatória separada, na qual o julgador haveria de se pronunciar sobre a responsabilidade por perdas e danos⁴⁸⁹.

⁴⁸⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar (Tutela de Urgência)*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 184-185.

⁴⁸⁹ *Idem*. Fritz Baur aduz que se tal medida (especificamente, arresto ou cautelar) foi concedida em desconformidade como direito material, o ato se revela injustificado desde o início, havendo responsabilidade em decorrência da pretensão derivada da situação de sacrifício. O autor lembra que a doutrina e a jurisprudência equiparam a falta de causa da medida de urgência (especificamente, do arresto) à falta de pretensão. Afirma, por seu turno, que somente haveria dever de indenizar se não fossem verificados os pressupostos processuais para a concessão daquela medida, ou seja, quando a pretensão ou a causa do arresto ou da medida cautelar não se achavam configuradas ao tempo de sua decretação. Nos outros casos, tratar-se-ia de uma intervenção tolerada, isso é, o litigante que sofreu os efeitos do provimento emergencial deveria tolerar o cumprimento da decisão judicial, inclusive quando houvesse interferência em seu patrimônio. BAUR, Fritz. *Estudo Sobre a Tutela Jurídica Mediante Medidas Cautelares*. Tradução: Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985, p. 137 e seguintes.

Tudo leva a crer que, não obstante o risco e o proveito daquele que “executa” medida de urgência (cautelar ou antecipatória), sua responsabilidade não poderia ser objetiva em todos os casos, sob pena de inibir a própria efetividade da tutela jurisdicional. Melhor seria adotar a fórmula aberta consagrada no direito italiano⁴⁹⁰. De um lado, haveria responsabilidade agravada da parte sucumbente que agiu ou resistiu de má-fé ou com culpa grave em juízo. De outro, haveria dever de indenizar daquele que requereu e cumpriu medida de urgência sem a normal prudência (*senza la normale prudenza*) quando o direito antes verossímil não fosse confirmado em posterior decisão final, sendo imprescindível lembrar que se trata de responsabilidade por ato lícito e aprovado pelo Poder Judiciário, ainda que de modo instável. Neste caso, para flexibilizar o problema, caberia ao seu beneficiário o ônus de demonstrar que sua conduta teria sido prudente e normal, ou seja, haveria uma presunção de falta de prudência, que, todavia, poderia ser elidida excepcionalmente.

O prejudicado deveria promover ação ressarcitória autônoma, demonstrando os danos suportados indevidamente. Ao réu (antes beneficiado pela medida de urgência) caberia, por sua vez, sustentar e comprovar que teria agido com a prudência normal, o que estaria relacionado com a existência dos pressupostos legais

⁴⁹⁰ Em sentido similar, SPERB, Fernando Augusto. *Tutela de Urgência – responsabilidade objetiva do autor da demanda*. Revista Genesis de Direito Processual Civil, n.º. 18, 2000, p. 658-677. Ver, também, SOUZA, Valternei Melo de. *A tutela de urgência e a responsabilidade objetiva: algumas reflexões*. In Visões Críticas do Processo Civil Brasileiro: uma homenagem ao Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 175-205. O autor chega a sustentar a inconstitucionalidade do dispositivo, o que, em princípio, não seria o caso, embora o argumento da disparidade entre as partes, já que haveria ofensa ao princípio da isonomia, e da própria barreira à efetividade da tutela jurisdicional, visto que a adoção da responsabilidade objetiva importaria em demasiado encargo ao autor que pretendesse fazer valer seu direito antes do pronunciamento definitivo. No entanto, como antes referido, o emprego dessa modalidade de responsabilidade civil resguarda, por seu turno, o valor segurança, que também aqui entra em tensão com o valor efetividade. Tratar-se-ia, portanto, de uma opção do legislador e, ao final, de sua aplicação no caso concreto.

para sua concessão na época e sua viabilidade e razoabilidade naquele caso específico, levando em conta as peculiaridades do receio de dano ao direito material em questão. Não se trata de ignorar o risco existente no processo. Pelo contrário, trata-se de levá-lo em consideração tanto para o autor quanto para o réu, buscando equilibrar a posição das partes durante o procedimento. Destaca-se que há, sempre, regulação provisória da lide caso a medida venha a ser concedida e “executada” ou não.

Por outro lado, não é essa a sistemática estabelecida na legislação processual em vigor, que, como referido, impôs a responsabilidade civil objetiva daquele que “executa” medida de urgência sem que seu direito seja reconhecido ao final, determinando a liquidação dos danos nos próprios autos (CPC, art. 475-O, II e art. 811, parágrafo único⁴⁹¹). O legislador comprometeu-se com o *valor segurança jurídica*, valor nada desprezível, diga-se de passagem. Nesse contexto, resta aplicar a legislação, exceto se houver razão suficiente e excepcional para excluí-la no caso concreto.

⁴⁹¹ Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)
(...)

II – fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

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

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar.

Em sentido diverso, porém, CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil. Do processo cautelar, arts. 796 a 812*; Coordenação Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 11, p. 766-769.

2.2.3 Tutela jurisdicional de urgência definitiva (estável) e a ausência de regulamentação legal

Diante da própria natureza da tutela jurisdicional de urgência, os respectivos provimentos judiciais não deveriam esgotar totalmente o litígio, pois não seria desejável que um pronunciamento emergencial resolvesse definitivamente o conflito.

O sistema processual civil em vigor, nesse contexto, não teria estabelecido procedimento específico para os casos excepcionais, em que fosse necessária a tutela jurisdicional de urgência. Pior do que isso. O legislador teria proibido o emprego da técnica antecipatória para a tutela urgente de situações irreversíveis, desprezando a necessidade dessa tutela emergencial quando houvesse perigo de irreversibilidade do provimento antecipado (CPC, art. 273, § 2º).

A doutrina debate a respeito do texto legal. De um lado, afirma-se que a irreversibilidade – como requisito negativo – diria respeito aos efeitos e não ao provimento antecipatório em si, pois este seria sempre reversível⁴⁹². De outro, sustenta-se que a proibição seria justamente de um provimento antecipatório definitivo, considerando a inaptidão da técnica

⁴⁹² Essa a doutrina majoritária, sustentada, entre outros, por BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Antecipação de Tutela: algumas questões controvertidas*. In *Temas de Direito Processual*: 8ª Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 81-83; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 4. ed. 2a. tiragem rev. e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1998; BERMUDEZ, Sérgio. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 29; ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 5ª. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 101-102.

antecipatória – prestada mediante cognição sumária emergencial – à estabilização da respectiva decisão por meio da coisa julgada material. Afirma-se que a satisfação irreversível do direito aparente de modo antecipado não poderia ser proibida, já que circunstância inerente à técnica antecipatória. Pensar o contrário seria impor desmedido óbice à prestação da tutela jurisdicional⁴⁹³. De nossa parte, considerando a divisão da tutela de urgência em duas modalidades, a saber, *definitiva* e *instável*, mostrar-se-ia correta esta última interpretação, ainda que por fundamentos diversos.

A legislação proibiria o emprego da técnica antecipatória para a tutela daquelas situações emergenciais que não guardariam qualquer relação de instrumentalidade com o processo, ou seja, naqueles casos em que o cumprimento da medida urgente esgotasse toda e qualquer discussão a respeito do direito reconhecido sumariamente. Nesses casos, seria imprestável a técnica antecipatória, justamente porque esta, aplicada à tutela de urgência, seria sempre provisória (ao menos no campo dos efeitos jurídicos). A impossibilidade de retorno ao *status quo ante* em razão do cumprimento da medida de urgência seria um dado com o qual o julgador deveria trabalhar, ponderando os interesses em disputa, os riscos de dano ao autor e ao réu, a prova produzida e a probabilidade de existência do direito invocado. A contingência da

⁴⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 240-258. Destaco que a doutrina francesa, debatendo a respeito da proibição do prejuízo na tutela de urgência (*jurisdiction des référés*), chegou à conclusão que o prejuízo estaria relacionado com uma decisão emergencial que inviabilizasse posterior decisão definitiva, ou seja, independeria da natureza irreversível dos efeitos decorrentes da respectiva providência, vinculando-se justamente ao esgotamento da questão no campo normativo. JESTAZ, Philippe. *L'urgence et les principes classiques du droit civil*. Paris: LGDJ, 1967, p. 56 e seguintes. Não se quer, com isso, dizer que não possa haver prejuízos irreparáveis na vida das pessoas. O conceito de prejuízo é dúbio, servindo ao processo nesse seu duplo sentido. Primeiro, quando se diz que tutela de urgência não poderia ser irreversível, se está diante da irreversibilidade do provimento, aceitando o conceito de prejuízo como pré-julgamento que exaure a tutela jurisdicional de urgência. Por outro lado, o que a justifica é a necessidade de se afastar o prejuízo naquele segundo contexto, do dano ao direito da parte.

irreversibilidade importaria em maior responsabilidade do juiz em sua investigação, maior precaução. Porém, jamais poderia consistir em um requisito negativo para a tutela jurisdicional de urgência definitiva. Em outras palavras, admite-se que a decisão de urgência possa prejudicar a própria decisão final, ou seja, admite-se que este pronunciamento corresponda ao provimento emergencial⁴⁹⁴.

Trata-se de tutelar o direito provável em detrimento do improvável. Como disse Tommaseo, “sacrificare l’improbabile al probabile, in questo consiste l’etica della giurisdizione d’urgenza”⁴⁹⁵. De qualquer sorte, já restou sedimentado em sede doutrinária – e os tribunais têm sido sensíveis no ponto – que a posituação legal (genérica e abstrata) não poderia mesmo solucionar todos os casos de modo adequado, pois seria simplista a solução de proibição do emprego da técnica antecipatória diante de perigo de irreversibilidade do provimento, na medida em que o requerente ficaria desprotegido, pois poderia sofrer os efeitos irreversíveis do tempo no caso de inércia (o chamado “risco inverso”). Nessas hipóteses excepcionais, prevaleceria a

⁴⁹⁴ Em sentido diverso, a doutrina francesa. JESTAZ, Philippe. *L’urgence et les principes classiques du droit civil*. Paris: LGDJ, 1967, p. 56 e seguintes. Marinoni lembra que, no Código de Processo Civil francês anterior (de 1806), o *référé* não poderia causar *préjudice au principal* (art. 809. *Les ordonnances sur référés ne feront aucun préjudice au principal*) sendo que essa norma foi interpretada no sentido de que a tutela provisória não poderia incidir de modo irreversível na esfera jurídica da parte. Essa interpretação também foi adotada na Itália, com o que foram negados provimentos de urgência que antecipassem os efeitos da sentença de mérito, conduzindo à satisfação integral da pretensão do requerente, como, por exemplo, a reintegração do trabalhador no emprego ou a restituição de um bem em ação de resolução por inadimplemento.

Destaca o autor que o novo Código de Processo Civil francês eliminou o equívoco, ao explicitar em seu art. 488, que “l’ordonnance de référé n’a pas au principal l’a autorité de la chose jugée”. Agora, interpreta-se a norma no sentido de que a tutela urgente não pode prejudicar a cognição exauriente do mérito; não pode vincular a cognição do juízo final; em síntese, não pode prejudicar a decisão da causa. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

⁴⁹⁵ TOMMASEO, Ferruccio. *Les mesures provisoires en procédure civile*. Milão. Colloquio internazionale, 1985, p. 304 *apud* SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. 7ª edição revista e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005, vol. I, p. 123.

tutela do provável, em razão da própria natureza das coisas. Vejamos o que disse Teori Zavascki a respeito:

Casos haverá, e esses certamente são casos extremos, em que o conflito entre segurança e efetividade é tão profundo que apenas um deles poderá sobreviver, já que a manutenção de um importará o sacrifício completo do outro. Não são incomuns, na Justiça Federal, pedidos para liberação de mercadorias perecíveis, retidas na alfândega para exame sanitário que, por alguma razão (greve dos servidos, por exemplo) não é realizado. Nesses casos, a concessão liminar da tutela pedida compromete irremediavelmente o direito à segurança jurídica a que faz jus o demandado (liberada e comercializada a mercadoria, fica irremediavelmente prejudicado o seu exame fitossanitário); mas o seu indeferimento torna letra morta o direito a efetividade do processo, porque, deteriorando-se o produto, inútil será sua posterior liberação. Em casos dessa natureza, um dos direitos fundamentais colidentes será sacrificado, não por vontade do juiz, mas pela própria natureza das coisas. *Ad impossibilia nemo tenetur*. (...) A decisão que tomar, em tais circunstâncias, representará, no plano dos fatos, mais que antecipação provisória: será concessão ou denegação da tutela em caráter definitivo⁴⁹⁶.

As disposições do Código de Processo Civil teriam deixado a desejar diante da constatação excepcional da tutela jurisdicional de urgência definitiva. Soa razoável admitir-se a existência de um típico *processo de urgência* para esses casos excepcionais, em que o provimento pleiteado esgotaria qualquer debate (fático ou jurídico) tão logo fosse cumprida a respectiva medida deferida (tutela jurisdicional de urgência definitiva ou como decisão final). Aqui, sim, “processo de conhecimento como qualquer outro, apenas com a diferença de ser um processo com lide *sumária*, no qual a cognição do juiz ficaria limitada a um juízo de probabilidade, e não de certeza”⁴⁹⁷.

⁴⁹⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 5ª. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 101-102.

⁴⁹⁷ Em sentido semelhante, SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar (Tutela de Urgência)*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 99-103.

Cumpre lembrar que, tendo em vista os estudos e os projetos de atualização do Código de Processo Civil, a cargo da Comissão de Reforma do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), foi elaborado esboço de reformulação legislativa para aproximar as medidas de urgência, com reestruturação do Livro III do Código de Processo Civil, contendo o seguinte dispositivo:

Art. 881-G. Nos processos que versem direito de caráter personalíssimo, deferida e cumprida a liminar com eficácia satisfativa, poderá o juiz proferir sentença de extinção do processo (art. 267) sem resolução do mérito.

§ 1º. Caso o autor requeira o prosseguimento do processo, e a parte ré seja pessoalmente citada e não apresente resposta, ou reconheça a procedência do pedido, a decisão concessiva da liminar produzirá efeito de coisa julgada (art. 467).

§ 2º. Caso a parte ré apresente resposta, o processo terá o rito comum⁴⁹⁸.

Responsável pela divulgação do esboço de anteprojeto, Athos Gusmão Carneiro justifica a inclusão dessa modalidade diferenciada de tutela jurisdicional de urgência, lembrando casos em que não há motivo lógico para o prosseguimento da atividade judicial após a concessão da liminar, “v.g., nos casos de autorização judicial para realização de transfusão de sangue contra a vontade de parentes do enfermo (v.g., por motivos religiosos), ou para realização de aborto a bem da preservação da vida da gestante. Feita a transfusão, efetivado o aborto, perdeu objeto o processo, ressalvadas eventuais outras pretensões a serem objeto de processo distinto”. Comenta caso ocorrido em Porto Alegre, em que “parentes de um morto obtiveram ordem judicial para possibilitar o sepultamento em jazigo já antes adquirido pelo extinto, assim afastando burocrático impedimento oposto pela administração do Cemitério; deferida que foi a ordem, nada mais a decidir”.

⁴⁹⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Tutela de Urgência. Medidas antecipatórias e cautelares. Esboço de reformulação legislativa*. Revista de Processo, São Paulo, ano 31, nº. 140, outubro, 2006, p. 72-85.

Lembra, também, “os levantamentos por ordem judicial de depósitos bancários ‘bloqueados’ quando do Plano Collor, autorizados em casos de grave risco a direitos personalíssimos dos depositantes, como a necessidade urgente de tratamento de saúde”. E observa que a sentença liminar não poderia produzir coisa julgada material, exceto se a parte ré fosse pessoalmente citada e não apresentasse resposta, ou reconhecesse a procedência do pedido.

Eduardo Melo de Mesquita afirma que a manutenção do estado de litigiosidade por períodos incompatíveis com a nova ordem constitucional, que determina a razoável duração do processo, afronta o princípio da proporcionalidade. Pergunta se é razoável manter-se em *stand by*, por longo tempo, o favorecido pela medida urgente, apenas (?) porque proferida decisão com base em cognição não exauriente. Pergunta se não seria mais compatível com a Constituição possibilitar ao réu deduzir ação principal em tempo razoável e, se omissa, admitir-se a possibilidade de tutela urgente satisfativa com força de coisa julgada⁴⁹⁹. E apresenta outra proposta de alteração legislativa:

Art. 273-A. A antecipação de tutela poderá ser requerida em procedimento antecedente ou na pendência do processo.

Art. 273-B. Aplicam-se ao procedimento antecedente, no que couber, as disposições do Livro III, Título único, Capítulo I deste Código.

§ 1º. Preclusa a decisão que apreciou o pedido de tutela antecipada, é facultado à parte interessada propor ação de conhecimento, no prazo de 60 (sessenta) dias.

§ 2º. Não intentada a ação, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida.

Art. 273-C. Preclusa a decisão que apreciou o pedido de tutela antecipada no curso do processo, é facultado à parte interessada requerer seu prosseguimento, no prazo de 30 (trinta) dias, objetivando o julgamento de mérito”.

⁴⁹⁹ MESQUITA, Eduardo Melo de. *O princípio da Proporcionalidade e as Tutelas de Urgência*. 1ª edição, 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006, p. 295-298.

Parágrafo único. Não pleiteado o prosseguimento do processo, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida.

Admite-se, na segunda proposta, a formação de coisa julgada com base em cognição sumária e juízo de verossimilhança, tornando-se estável em razão da própria natureza das coisas, com o que sequer se poderia cogitar de aplicação da técnica antecipatória, na medida em que não haveria antecipação, mas realização satisfativa e autônoma do direito da parte⁵⁰⁰. Admitir-se-ia, portanto, a resolução final do conflito por julgamento pautado pela verossimilhança.

Em qualquer dos casos, a decisão seria final. Nesse sentido, caberia ao magistrado conformar o procedimento, buscando assegurar ao máximo que a decisão fosse proferida de modo mais seguro possível, justamente porque a medida porventura concedida poderia acabar com toda a racionalidade de discussão posterior. Para tanto, o julgador deveria realizar a ponderação sobre a situação de urgência e as exigências do direito material, de modo a preservar, ainda que em prazo exíguo, a natureza dialética do processo, intimando a parte adversa para participar do diálogo por meios expeditos (v.g., ligação telefônica). Poderia, inclusive, determinar a produção emergencial de provas, enfim, tudo o quanto fosse necessário para qualificar o confronto entre os valores efetividade e segurança.

Diante das premissas adotadas, conclui-se que o legislador deveria estabelecer um procedimento para a tutela jurisdicional de urgência definitiva, regulando, dentro do possível, o

⁵⁰⁰ Em sentido semelhante, SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar (Tutela de Urgência)*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 99-103.

alcance dessa modalidade de tutela jurisdicional, a participação das partes, e a possibilidade de revisão de decisão, também em sede emergencial.

2.2.4 Exame crítico do ordenamento processual positivo estabelecido para a tutela jurisdicional de urgência nos tribunais

Com efeito, as principais premissas já foram firmadas. Mesmo assim, convém examinar, ainda que brevemente, a legislação procedimental da tutela de urgência nos tribunais⁵⁰¹. Reitera-se que tal pode ocorrer nas seguintes situações: (a) *originariamente*, (a.1) nos casos de sua competência originária, notadamente em ações rescisórias, em mandados de segurança e, excepcionalmente, na suspensão de segurança, e (a.2) nos processos em fase recursal; (b) *mediante recurso* interposto contra decisões concessivas ou denegatórias do pedido urgente por juiz ou tribunal *a quo*; e (c) mediante *ação direta*, em casos especiais⁵⁰².

⁵⁰¹ O problema, em verdade, poderia dar ensejo a outra dissertação. Aliás, há várias outras dissertações. Mesmo assim, dada a importância do assunto, deve ser trabalhado, ainda que brevemente. Ver, no ponto específico da urgência nos tribunais superiores, a dissertação de DIAS, Hadel Martins. A tutela de urgência em sede de recursos extraordinário e especial. Porto Alegre: Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul. Dissertação de Mestrado, 2006.

⁵⁰² ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 5ª. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 142.

2.2.4.1 Exame da tutela de urgência originariamente realizado nos tribunais

2.2.4.1.1 Nos casos de competência originária

O exame da tutela jurisdicional de urgência nos casos de competência originária dos tribunais ocorreria nas ações rescisórias, nos mandados de segurança e, excepcionalmente, na suspensão de segurança.

Quanto à tutela de urgência em sede de ação rescisória, destaca-se que a legislação autorizou a concessão de medidas de natureza cautelar ou antecipatória (CPC, art. 489⁵⁰³). Porém, nada disse a respeito do procedimento. Aqui, *mutatis mutandis*, considerando que se trataria de competência originária do tribunal, ter-se-ia como válida toda a argumentação exposta acima, fosse quanto à desnecessidade de um processo cautelar autônomo, fosse quanto à adaptação do procedimento, fosse, ainda, quanto à possibilidade de um procedimento preparatório excepcional. Evidentemente, as disposições da Lei de Organização Judiciária ou o regimento do tribunal teriam fundamental importância, já que, em geral, caberia a elas a regulação do procedimento, em especial quanto aos poderes do relator e ao recurso cabível contra suas decisões em matéria de urgência.

Inexistindo regulação, vejamos as ponderações de Teori Zavascki:

⁵⁰³ Art. 489. O ajuizamento da ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, ressalvada a concessão, caso imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela. (Redação dada pela Lei nº 11.280, de 2006).

Não havendo disciplina específica na Lei de Organização Judiciária ou no regimento interno do tribunal, o pedido deverá ser dirigido ao relator, que, após processá-lo, ouvindo a parte contrária e convocando audiência de justificação, se for o caso, o decidirá. Dessa decisão, poderá a parte prejudicada apresentar agravo (geralmente previsto como agravo regimental ou agravo) ao órgão competente para o julgamento da causa, no prazo estipulado pelo regimento interno ou, sendo ele omissivo, no prazo de cinco dias (CPC, art. 185). A recorribilidade dos atos do relator, neste como em outros casos em que decide isoladamente, é decorrente da natureza colegiada das decisões dos tribunais, não podendo ser afastada senão por lei expressa⁵⁰⁴.

A tutela mandamental estabelecida na legislação que disciplinou o mandado de segurança seria de extrema singeleza e de magnitude importância. Tratar-se-ia de um grande avanço do direito processual brasileiro em sua relação com o direito processual continental, em especial o italiano, que encontraria grandes dificuldades para a aceitação dessa modalidade de tutela jurisdicional. Aqui, aplicar-se-ia a técnica da cognição parcial, limitando os meios probatórios, já que seriam admitidas apenas as provas pré-constituídas para a tutela de direito líquido e certo⁵⁰⁵. Faltaria a essa legislação apenas a disciplina dos meios de efetivação da medida. Porém, tal não se mostraria inadequado, considerando, como veremos adiante, que em voga a atipicidade dos meios executivos.

No que tange ao pedido de suspensão de segurança, para o fim de suspender o cumprimento de medida de urgência proferida contra a Fazenda Pública (Lei nº. 8.437/92, art. 4º), tratar-se-ia de medida excepcional, sujeita aos requisitos da

⁵⁰⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 5ª. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 142.

⁵⁰⁵ Sobre o mandado de segurança, vale conferir DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Liminar em Mandado de Segurança: natureza jurídica e importância histórica. Uma tentativa de reenquadramento dogmático em face das últimas reformas processuais*. Revista da Ajuris, ano XXVI, nº. 80, Dezembro, 2000, p.177-191.

verossimilhança das alegações e do fundado receio de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. A legislação que regulamenta esse instrumento não disciplinou seu procedimento, não mencionando, por exemplo, a possibilidade de produção probatória. No entanto, em princípio, mesmo quando formulado perante os tribunais superiores, especialmente para demonstrar o risco de dano, nada obstaría que o requerente instrísse o pedido com documentos que julgasse pertinentes, tal como no mandado de segurança. Novamente a legislação poderia ter sido mais clara, mas não foi.

2.2.4.1.2 Nos processos em fase recursal

A situação de urgência poderia aparecer na pendência de julgamento do recurso, ainda de modo originário. Não haveria óbice legal quanto à propositura de ação cautelar perante o órgão competente para julgamento do recurso (CPC, art. 800). Quanto à técnica antecipatória, deixou a legislação de admitir expressamente sua viabilidade. Porém, e parece que não haveria maior discussão a respeito, admitir-se-ia pedido de antecipação de tutela formulado também perante o órgão competente para julgamento do recurso⁵⁰⁶.

⁵⁰⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 5ª. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 144-145.

2.2.4.2 Exame da tutela de urgência realizado nos tribunais mediante recurso

A doutrina menciona o problema da competência para a apreciação de pedidos de urgência após a sentença, durante o período entre a interposição da apelação e a subida do recurso ao tribunal. O mesmo ocorreria em sede de recurso especial e extraordinário. Na verdade, o problema maior apareceria quando o recurso ainda não foi admitido, pois após sua admissão, o órgão *a quo* não teria mais motivos para se manifestar a respeito, inclusive porque cumprida sua tarefa jurisdicional de cognição.

A apelação é processada em primeiro grau. Tão logo interposta, o juiz examina seus pressupostos de admissibilidade. Superada essa questão, declara os efeitos em que a recebe, determinando a intimação da parte adversa para apresentar contra-razões (CPC, art. 518). Não obstante a possibilidade de reexame dos pressupostos de admissibilidade após a resposta do apelado (CPC, art. 518, § 2º), percebe-se que o pedido de urgência poderia ser formulado na mesma petição de interposição do recurso. Contra a respectiva decisão caberia agravo de instrumento. A matéria urgente, portanto, chegaria ao Tribunal por essa via recursal. “ninguém duvidará, a esse respeito, que o ‘instrumento’ terá, rigorosamente, a mesma formação que teria uma ação cautelar endereçada ao Tribunal desde logo”⁵⁰⁷. Assim, antes de admitido o recurso, competiria ao julgador de primeiro grau o exame da matéria de urgência, usualmente

⁵⁰⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 93-95.

relacionada com a atribuição (ou não) de efeito suspensivo ao recurso. Após, a questão deslocar-se-ia para o Tribunal⁵⁰⁸.

Nas instâncias extraordinárias, bem que a solução legislativa poderia ter sido a mesma⁵⁰⁹. No entanto, interposto o recurso especial ou extraordinário, o recorrido será intimado para apresentar contra-razões. Somente após o decurso do prazo o Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal de origem fará o exame da admissibilidade recursal (CPC, art. 542, § 1º). Embora a previsão de agravo de instrumento contra a decisão que não admitisse o recurso especial ou extraordinário (CPC, art. 544), seria possível que o receio de dano se transformasse em realidade nesse período do processamento do recurso até o julgamento de admissibilidade. Consequentemente, medidas cautelares passaram a ser interpostas perante os tribunais superiores para atribuição de efeito suspensivo ao recurso interposto (ou mesmo ainda não interposto). Em resposta, vieram as seguintes Súmulas do Supremo Tribunal Federal:

Súmula 634

NÃO COMPETE AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONCEDER MEDIDA CAUTELAR PARA DAR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE AINDA NÃO FOI OBJETO DE JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NA ORIGEM

Súmula 635

CABE AO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE ORIGEM DECIDIR O PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO AINDA PENDENTE DO SEU JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE.

⁵⁰⁸ BEDAQUE, José dos Santos Bedaque. *Breves considerações sobre recursos e tutela cautelar. In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei nº. 9.756/89.* Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 377-396.

⁵⁰⁹ Sobre a sistemática dos recursos para os tribunais superiores, ver, entre outros, ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos.* 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 684 e seguintes. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 476 a 565.* 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. V, p. 565-624; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno.* 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a orientação majoritária seria semelhante à adotada pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo que excepcionalmente tenha sido admitido pedido de medida cautelar formulado diretamente ao Tribunal⁵¹⁰, quando ainda pendente o juízo de admissibilidade recursal na origem⁵¹¹.

A solução jurisprudencial encontrada, a toda evidência, não resolveria adequadamente o pedido de urgência. Primeiro, porque seria possível que a parte não pudesse esperar o processamento do recurso especial ou extraordinário até o juízo de admissibilidade e, conseqüentemente, a apreciação do pedido emergencial. Segundo, caso se admitisse que o Presidente ou Vice-Presidente pudesse examiná-lo tão logo interposto o recurso, ter-se-ia o problema da revisão de sua decisão. Agravo? Ação cautelar? Mandado de segurança? Mera petição ao Tribunal Superior?

Parece mesmo necessária uma mudança de rota. O primeiro problema seria o próprio juízo de admissibilidade no tribunal de origem. Ora, desnecessário tecer maiores comentários acerca do dever do Estado de prestar efetivamente a tutela jurisdicional⁵¹². Certo que a efetividade processual guardaria necessária relação com o tempo do processo, embora não fosse sinônimo de celeridade, tendo em vista que uma decisão rápida poderia ser injusta e inadequada. De qualquer forma, não haveria motivos para providências desnecessárias. O

⁵¹⁰ Por exemplo: STJ. Medida Cautelar nº. 2.887/ES. Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, julgamento em 14.08.2001, publicado em 02.09.2002 e Medida Cautelar nº. 4.552/RJ. Segunda Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, julgamento em 18.06.2002, publicado em 12.08.2002.

⁵¹¹ Nesse sentido, CALMON, Eliana. *Tutelas de urgência nos Tribunais*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, nova série, ano 3, nº. 6, jul./dez., 2000, p. 165-172 e ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 5ª. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 162-163.

⁵¹² Sobre o assunto, entre outros, MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

juízo de admissibilidade de recurso especial ou extraordinário, pelo tribunal de origem, seria exemplo de ato inútil no processo⁵¹³.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 542, parágrafo primeiro⁵¹⁴, impõe prévio juízo de admissibilidade, no tribunal local, nos recursos especial e extraordinário. O artigo 544 prevê agravo de instrumento para os tribunais superiores, da decisão que não admite o recurso. Seu parágrafo 2º dispensa o agravante de custas e despesas postais⁵¹⁵. Salta aos olhos a desnecessidade de juízo de admissibilidade no tribunal de origem. Observe-se: inadmitido o recurso, qualquer advogado interporia agravo contra essa decisão, o que sequer dependeria do pagamento de custas⁵¹⁶.

⁵¹³ Athos Gusmão Carneiro, porém, entende que “ante a generosidade com que a legislação brasileira propicia sucessivos recursos (e sucedâneos recursais...), a existência de prévios juízos de triagem afigura-se evidentemente necessária à própria eficácia do processo”, sendo mesmo “indispensável para impedir a automática remessa à instância extraordinária de uma pleora de irrisignações fadadas, mui provavelmente, ao insucesso”. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 97-100. A toda evidência, o cabimento e a interposição de elevado número de recursos aos tribunais superiores representa, mesmo, questão cultural, própria de nosso País, que deve ser devidamente encarada, e não mascarada, tal como ocorre com referido juízo de admissibilidade na origem. Aliás, a inclusão do requisito da repercussão geral para fins de conhecimento do recurso extraordinário é mesmo um indicativo dessa mudança cultural, isso, sim, indispensável para a efetividade do processo e da própria tutela jurisdicional. Ver, sobre o problema cultura, BAGGIO, Lucas Pereira. *Do Juízo de Admissibilidade no Tribunal de Origem: afronta à efetividade processual*. Disponível em <<http://www.tex.pro.br>>, acesso em 10.01.2008.

⁵¹⁴ Art. 542. Recebida a petição pela secretaria do tribunal, será intimado o recorrido, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista para apresentar contra-razões (redação conforme Lei 10.352, de 26.12.2001).

§ 1º Findo esse prazo, serão os autos conclusos para admissão ou não do recurso, no prazo de quinze (15) dias, em decisão fundamentada.

⁵¹⁵ Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento, no prazo de dez (10) dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso.

§ 2º. A petição de agravo será dirigida à presidência do tribunal de origem, não dependendo do pagamento de custas e despesas postais. O agravado será intimado, de imediato, para no prazo de dez (10) dias oferecer resposta, podendo instruí-la com as cópias das peças que entender conveniente. Em seguida, subirá o agravo ao tribunal superior, onde será processado na forma regimental (redação conforme Lei 10.352, de 26.12.2001).

⁵¹⁶ Importa ressaltar que atualmente o advogado é, muitas vezes, obrigado a recorrer de todas as decisões. Isso por força de contrato ou por força de lei (funcionários públicos).

O tempo desperdiçado entre a decisão de inadmissibilidade até que subisse o instrumento de agravo, momento em que realmente seria decidido sobre o conhecimento ou não do recurso, importaria, por estimativa, em um lapso temporal de ao menos cinco meses⁵¹⁷. Seriam muitos meses num já longo e moroso processo judicial. E com que finalidade? Os tribunais superiores não estariam vinculados à decisão proferida no tribunal de origem. Ainda que fosse admitido o recurso, o tribunal superior poderia não conhecê-lo, por falta de qualquer de seus requisitos⁵¹⁸.

O legislador se mostrou atento a essa perda de tempo, estabelecendo que o relator do agravo possa, desde que em conformidade com súmula ou jurisprudência dominante do próprio tribunal superior, conhecer do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial ou extraordinário. Se o agravo contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito, o relator pode determinar sua conversão, observando-se, daí em diante, o procedimento relativo ao recurso especial (CPC, art.544, § 3º⁵¹⁹) e ao extraordinário (CPC, art. 544, § 4º⁵²⁰).

⁵¹⁷ Vejamos: quando do protocolo do recurso especial ou extraordinário, é necessário que o recorrido seja intimado para apresentar contra-razões. Feito isso, são conclusos os autos. É natural, diante do já excessivo número de recursos para os tribunais superiores, que o julgamento sobre a admissibilidade leve certo tempo. Então, por hipótese, inadmitido o recurso, abre-se prazo para a interposição do agravo. Da mesma forma, o recorrido deve ser intimado para apresentar contra-razões. Só então é que os autos do instrumento de agravo serão remetidos ao STJ ou STF.

⁵¹⁸ Como exemplo: AGRAVO REGIMENTAL - PRESSUPOSTOS RECURSAIS DO RECURSO ESPECIAL - AUSÊNCIA - VINCULAÇÃO - STJ - DESNECESSIDADE - RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. **I - Como é cediço, a análise dos pressupostos recursais de admissibilidade do recurso especial, na origem, não vincula, em nenhuma hipótese, a mesma análise por esta Corte. Assim, desnecessário o retorno dos autos à origem para nova manifestação a respeito da admissibilidade do Recurso Especial.** II - Não se pode negar que houve efetivamente a entrega da prestação jurisdicional. Apenas, os dispositivos apontados como violados não se subsumiram a espécie. III - Agravo Regimental improvido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental em agravo de instrumento nº 312739/RS, 3ª Turma, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, julgado em 19/12/2000, DJ 05/03/2001. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 02 de março de 2005.

⁵¹⁹ Art. 544.

§ 3º. Poderá o relator, se o acórdão recorrido estiver em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, conhecer do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial; poderá ainda, se

Pergunta-se: não seria mais adequada a interposição dos recursos especial e extraordinário diretamente perante os tribunais superiores, tal como ocorreria com o agravo de instrumento em segunda instância⁵²¹? O recorrente seria obrigado a juntar a petição dos recursos no tribunal *a quo* e em primeiro grau (à semelhança do art. 526 do CPC), para facilitar o contraditório, evitando que o recorrido fosse obrigado a diligenciar junto aos tribunais superiores para buscar cópia do recurso. Sua instrução poderia obedecer às mesmas exigências estabelecidas para o agravo de instrumento (CPC, art. 525). A medida de urgência poderia ser pleiteada diretamente na petição recursal, cabendo já ao Ministro Relator apreciar o pedido, deferindo ou não a atribuição de efeito suspensivo ao recurso. A execução provisória (ou execução fundada em título provisório⁵²²), por sua vez, tramitaria nos autos do próprio processo original, exceto se houvesse problemas de manuseio, com o que o julgador poderia determinar a extração de determinadas peças processuais para tramitação em autos apartados. Desse modo, restaria superado o problema da competência para o julgamento do pedido de urgência, reduzindo consideravelmente o tempo do processo, com a retirada do procedimento de ato

o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito, determinar sua conversão, observando-se, daí em diante, o procedimento relativo ao recurso especial.

⁵²⁰ Art. 544.

§ 4º. O disposto no parágrafo anterior aplica-se também ao agravo de instrumento contra denegação de recurso extraordinário, salvo quando, na mesma causa, houver recurso especial admitido e que deva ser julgado em primeiro lugar.

⁵²¹ Galeno Lacerda, após refletir sobre o problema da competência para o julgamento de ação cautelar nessas fases intermediárias, sugere solução diferente. Diz que o pedido deveria ser formulado e decidido pelo juízo da causa, de primeiro grau. “As razões clamam óbvias: primeiro, porque ninguém melhor do que esse juiz para, rente aos fatos, avaliar a necessidade ou não da medida; segundo, porque, à altura em que se encontra o processo, a providência visa, em regra, a resguardar a execução, e esta se inclui por completo em sua competência”. LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. VIII. t. I, p. 209-210.

⁵²² Sobre a inadequação da expressão “execução provisória”, MARINONI, Luiz Guilherme. *Urgência diante dos recursos especial e extraordinário (medida cautelar e tutela antecipatória)*. Revista Jurídica, ano 55, nº. 360, outubro, 2007, p. 43-54.

processual inútil, liberando os respectivos julgadores para a prática de outros, mais importantes, em nome do princípio da eficiência da administração pública.

A solução referida serviria também ao problema da retenção nos tribunais de origem dos recursos especial e extraordinário interpostos contra decisão interlocutória (CPC, art. 542, § 3º⁵²³). Os recursos seriam interpostos diretamente nos tribunais superiores em caso de urgência, cabendo ao Ministro relator examinar o pedido emergencial. Inexistente a urgência, os autos poderiam ser remetidos à origem, tal como ocorreria com a conversão do agravo de instrumento em agravo retido (CPC, art. 527, II).

Enquanto a questão não for objeto de reforma legislativa, é preciso encontrar a melhor solução dentro das alternativas jurídicas, não sendo razoável desconsiderar as súmulas do Supremo Tribunal Federal. Assim, como regra, deverá a parte pleitear a medida de urgência perante o responsável pelo juízo de admissibilidade no tribunal de origem quando pendente seu exame; pedido a ser apreciado em regime emergencial. Contra essa decisão, fica a dúvida quanto à sua revisão (agravo, ação cautelar, mandado de segurança, petição). O que não pode ocorrer é o sacrifício de eventual direito da parte em razão de questões mais burocráticas do que propriamente de segurança jurisdicional. Aliás, parece ser justamente esse o caso. O conflito aqui não se estabelece entre efetividade e segurança, mas entre efetividade e burocracia, considerando a inutilidade prática do exame de admissibilidade recursal pelo tribunal de origem.

⁵²³ Art. 542. Recebida a petição pela secretaria do tribunal, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista, para apresentar contra-razões. (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001).

(...)§ 3º O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998).

Desse modo, e a questão também é válida para os casos de retenção dos recursos especial e extraordinários interpostos contra decisão interlocutória, são adotadas as conclusões da Ministra Eliana Calmon expostas em artigo escrito em 2000, quando essa matéria já era debatida há bastante tempo. Vejamos:

Pelo exposto, em relação às medidas cautelares, na pendência de recurso especial/extraordinário, conclui-se que:

a) a concessão de liminar, ou mesmo o recebimento da cautela, é prática extrema e restrita, visando salvar direito instantâneo, que perecerá se não acudido com urgência (*periculum in mora*), quando estiver tal direito respaldado em precedentes da Corte ou evidenciado em retalhos do bom direito (*fumus boni iuris*);

b) a parte não precisa exercitar-se com malabarismos processuais, dizendo que pretende dar efeito suspensivo aos recursos derradeiros, ou especular a natureza jurídica do ato do presidente ao admitir, inadmitir ou reter o recurso especial e/ou o extraordinário, bastando requerer a subida imediata do recurso;

c) há no tribunal, após certa liberalidade, a tendência de uma posição mais ortodoxa, próxima à do Supremo Tribunal Federal;

d) os jurisdicionados forçam, com grande número de ações cautelares, a outorga da tutela de urgência, independentemente dos meandros processuais e procedimentais, objetivando salvar ou resguardar os direitos instantâneos;

e) ao atribuir efeito suspensivo, com a liminar acautelatória, o imediato efeito é a subida do especial, com ou sem o juízo de admissibilidade; e

f) a urgência, capaz de levar à medida excepcional, é o fundado receio quanto à perda de utilidade do recurso⁵²⁴.

O que interessa seria a preservação da utilidade do recurso, afastando o receio de prejuízo, na medida em que recorrente não poderia sofrer danos enquanto aguardasse a decisão, especialmente quando poderia ser reconhecido seu direito⁵²⁵. Cabe aos Tribunais Superiores a

⁵²⁴ CALMON, Eliana. *Tutelas de urgência nos Tribunais*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, nova série, ano 3, n.º. 6, jul./dez., 2000, p. 165-172. Ver, ainda, as interessantes colocações a respeito do assunto formuladas por WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Agravos Retidos e de Instrumento*. Revista da ESMAPE, vol. 11, n.º. 23, jan./jun., 2006, p. 377-421.

⁵²⁵ Para um aprofundamento do problema, com o exame específico e pontual das hipóteses de urgência nos recursos especial e extraordinário, ver o recente estudo e Luiz Guilherme Marinoni, com a crítica das Súmulas do Supremo Tribunal Federal. Parte o autor justamente da premissa indicada no texto, de que o recorrente não possa sofrer danos enquanto espera a decisão dos recursos, que podem reconhecer seu direito. MARINONI, Luiz Guilherme. *Urgência diante dos recursos especial e extraordinário (medida cautelar e tutela antecipatória)*. Revista Jurídica,

sensibilidade a respeito do assunto. E cabe aos advogados a sensibilidade quanto à formulação dos respectivos pedidos. Mais uma vez, importa a colaboração entre os sujeitos do processo, para que, ao fim e ao cabo, seja qualificada a prestação da tutela jurisdicional, em especial em matéria de urgência⁵²⁶.

2.2.4.3 Exame da tutela de urgência em ação direta

Quanto à tutela de urgência em sede de ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, tem-se que a legislação disciplinou adequadamente a matéria. O procedimento foi estabelecido de modo a resguardar o contraditório – quando possível, admitindo-se a possibilidade de participação dos interessados e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato impugnado. Considerando a importância da jurisdição prestada nessa sede, reconheceu a necessidade de *quorum* qualificado para a concessão das medidas de urgência.

ano 55, nº. 360, outubro, 2007, p. 43-54. Ver, também, THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O recurso especial retido*. Genesis Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, nº. 23, jan./mar., 2002, p. 43-60.

⁵²⁶ Ao falar-se em colaboração, importa remeter o leitor ao estudo de ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo*. Revista AJURIS, ano XXX, nº. 90, julho, 2003. Ver, também, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, ao sustentar que o atendimento aos escopos do processo civil (finalidades jurídica, política e social) depende mesmo do comportamento ético de seus personagens, que devem atuar de modo solidário e leal, integrando aspectos técnicos e humanos (éticos) na interpretação das normas. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *A ética e os personagens do processo*. Revista Forense, vol. 358, ano 97, nov./dez., 2001, p. 347-352. E, ainda, Darci Ribeiro Guimarães, ao defender a boa-fé processual como sobreprincípio do ordenamento jurídico. RIBEIRO, Darci Guimarães. *O sobreprincípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo*. Genesis Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, nº. 32, abr./jun., 2004, p. 239-255.

Concedida a medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato. A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa. A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário. Também o Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo o Tribunal proceder ao julgamento da ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia⁵²⁷.

O que se disse até aqui demonstra suficientemente bem o problema técnico-procedimental da tutela de urgência, na medida em que a legislação, em determinados

⁵²⁷ Alguns assuntos peculiares ao tema das liminares nas ações de controle concentrado mostram-se relevantes, tais como a natureza dessas medidas (cautelares ou antecipatórias), sua eficácia executiva, os alcances dos efeitos vinculantes (*ex nunc* e *erga omnes*), o próprio cumprimento das liminares, os efeitos de sua revogação, entre outros temas. Em outra oportunidade, pretende-se discorrer sobre esses e outros assuntos. Aqui, porém, por limitações evidentes, e para não ampliar demasiadamente o tema da tutela jurisdicional de urgência e as exigências do direito material, remete-se o leitor à obra de ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 59-76. Ver, também, MONTEIRO NETO, Nelson. *Ação Direta de Inconstitucionalidade, Medida Cautelar e Julgamento de Recurso Extraordinário*. Revista Dialética de Direito Processual, n.º. 50, maio, 2007, p.72-75; DONOSO, Denis. *Aspectos Processuais do Controle Concentrado de Constitucionalidade. Coisa Julgada, Objeto, Legitimidade, Efeitos da Medida Cautelar. Aproximação dos Sistemas de Controle Difuso e Concentrado*. Revista Dialética de Direito Processual, n.º. 60, março, 2008, p. 09-27.

momentos, não se mostra adequada aos direitos fundamentais de participação no procedimento e, conseqüentemente, de prestação, ao restar omissa em pontos importantes. Cabe, então, ao juiz promover a realização dessa tarefa, voltando sempre seus olhos para a questão urgente, avaliando-a mediante a técnica da cognição sumária e oportunizando o contraditório dentro do possível, bem como a produção emergencial de provas, se for o caso. Tudo para proferir decisão o mais segura possível, em especial quanto às necessidades do direito material e da própria circunstância fática urgente.

CAPÍTULO III

TUTELA JURISDICIONAL DE URGÊNCIA E AS EXIGÊNCIAS DO DIREITO MATERIAL

3.1. A INFLUÊNCIA DO DIREITO MATERIAL SOBRE A ATIVIDADE COGNITIVA DO JUIZ NA TUTELA JURISDICIONAL DE URGÊNCIA

3.1.1 Objeto da cognição na tutela jurisdicional de urgência.

A tutela jurisdicional de urgência não dispensa a realização das duas atividades jurisdicionais elementares: conhecer e, se for o caso, executar. Para fins de controle, convém separar em dois momentos a prestação dessa modalidade de tutela jurisdicional. Nesse capítulo, será examinada a influência do direito material sobre a atividade cognitiva e sobre a atividade executiva, ou seja, será estudado de que modo as exigências do direito material atuam sobre (a)

os requisitos (positivos e negativos) necessários para a tutela emergencial do direito aparente e (b) influenciam o meio processual empregado para a efetivação da respectiva medida.

Na atividade cognitiva, o controle se daria pelo sistema da persuasão racional, vinculado, pois, ao exame crítico dos fundamentos decisórios, sua lógica, coerência e congruência quanto à relação entre a prova produzida sobre as alegações fáticas e a conseqüente qualificação jurídica, inclusive quanto à eventual ponderação de interesses que seria desenvolvida nos casos excepcionais de irreversibilidade da tutela urgente e quando haveria confronto entre direitos fundamentais. Na atividade executiva, por sua vez, a discussão recairia sobre o emprego dos meios processuais destinados ao cumprimento daquele provimento. Tratar-se-ia de investigação sobre a proporcionalidade na relação de causalidade entre o meio (técnica processual) e o fim (efetivação da medida de urgência), em busca da tutela jurisdicional de urgência justa, prestada por meio idôneo, impondo ao desfavorecido a menor restrição possível.

Afirma-se, portanto, que a decisão de urgência possui dois momentos distintos: o reconhecimento da necessidade urgente de tutela jurisdicional do direito provável e a escolha do meio adequado para tanto. Não se quer, aqui, sustentar uma lógica unicamente formal na decisão do julgador, justamente porque se admite que a sua construção seja gradual, invariavelmente interligada, na medida em que o julgador acaba por *balancear* todos os interesses envolvidos (direito material, direito processual, provas, fatos relevantes, efeitos, meios, *etc.*). Agora, considerando a natureza diversa daquelas atividades, justifica-se seu exame em separado para fins do respectivo controle.

A toda evidência, decorreriam de sua própria natureza ao menos dois requisitos indispensáveis para seu acolhimento pelo julgador: a verossimilhança do direito alegado e a existência de situação de urgência, vinculada ao *periculum in mora*⁵²⁸. A primeira exigência, mais do que pressuposto legal, seria proveniente de uma circunstância aceita em nossa contemporaneidade, na medida em que não haveria lógica na proteção daquele que sequer aparentasse ter razão, muitas vezes por meio de providências que atingiriam consideravelmente a esfera jurídica do adversário⁵²⁹. A segunda exigência seria mesmo a nota essencial dessa modalidade de tutela jurisdicional que, consoante antes referido, encontraria amparo no imperativo constitucional da inafastabilidade do controle do Poder Judiciário de lesão ou ameaça de lesão a direito, e seria destinada a afastar receio de dano irreparável ou de difícil reparação aos meios processuais instrumentais ou ao direito material em si. Desse modo foram consagrados na legislação brasileira os dispositivos gerais que regulamentam a concessão das técnicas antecipatória e cautelar:

Técnica antecipatória:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que,

⁵²⁸ Já dizia Chiovenda que em face de um temor de um dano jurídico, isto é, a iminência de possível dano a um direito ou a um possível direito, autorizava-se o julgador a determinar certas medidas provisórias ou conservadoras, desde que observada a existência de urgência e, *summamaria cognitio*, a possibilidade do direito da parte. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, vol. I, 1965, p. 275.

⁵²⁹ Para o povo germânico do começo da Idade Média, após a invasão da Europa ocidental, todo descumprimento da obrigação representava uma ofensa à pessoa do credor, justificando sua reação, para reparar o seu direito violado por meio do emprego da força e independentemente de qualquer autorização judicial ou mesmo administrativa. Somente mais tarde foram colocados limites legais a essa atividade, sendo que a penhora por parte do credor só seria lícita se autorizada pelo juiz. Esta autorização dependia essencialmente da regularidade formal do pedido, ou seja, não era concedida com base nas provas apresentadas. Com a realização da penhora, o devedor poderia impugnar sua legitimidade e provocar, dessa forma, um julgamento *a posteriori*, o que ocasionava, eventualmente, pesadas multas ao credor que não fosse capaz de justificar-se. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Título Executivo*. In *Elementos para uma nova teoria geral do processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 351-360. Ver, também, LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. Com notas de atualização do Professor Joaquim Munhoz de Mello. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 1986, p. 09-15.

existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

(...)

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

Técnica cautelar:

Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

O juiz, além de examinar a aparência do direito daquele que pede tutela e a existência da situação emergencial que justificaria seu pronto atendimento, deveria investigar a respeito dos efeitos de sua decisão, justamente por causa da agressão à esfera jurídica da parte desfavorecida. Em síntese, poder-se-ia dizer que integrariam o objeto da cognição a (a) urgência da situação, (b) a aparência do direito das partes (tanto do autor quanto do réu) e (c) os efeitos (fáticos e jurídicos) do provimento urgente.

No preenchimento do conceito jurídico indeterminado de urgência, o conhecer vincular-se-ia ao receio de dano (*lato sensu* considerado). Percebe-se que não se trataria propriamente da reconstrução do passado, porque a tutela de urgência poderia voltar-se para um evento futuro, ou seja, buscaria evitar a ocorrência, a manutenção ou o agravamento de conduta danosa, independente de sua natureza sancionatória ou preventiva⁵³⁰. Para tanto, seria preciso

⁵³⁰ Sobre a relação da atividade do julgador com a investigação do passado, clássico o estudo de CALAMANDREI, Piero. *El juez y el historiador. In Estudios sobre el proceso civil*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Lavallo, 1961, p. 107-130. O autor traça um paralelo entre essas atividades, afirmando que tanto o objeto como objetivo de um e do outro seriam semelhantes. Destacando, porém, algumas diferenças, como a menor liberdade do juiz, os limites processuais. Mesmo assim, concluiu que a indagação do juiz é sempre, em si, um juízo

examinar o passado e o presente, investigando a necessidade de uma providência emergencial, observando, inclusive, a extensão de seus efeitos para o futuro⁵³¹.

Competiria ao juiz a análise do direito invocado. Se o direito não fosse aparente, inviável sua tutela urgente em detrimento da parte adversa. Em alguns casos, a questão crucial seria predominantemente de direito⁵³², não havendo justificativa para investigação específica a respeito das alegações fáticas trazidas no pedido urgente (v.g., demandas que versem sobre a ilegalidade da legislação que instituiu determinado tributo, ou aquelas em que se discutiria a aplicação de certo benefício legal a determinada categoria de servidores, ou aquelas em que se discutiria pura e simplesmente a validade da capitalização de juros sobre os contratos bancários ou aqueles firmados no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação, etc.). Porém, em muitos outros casos, a questão fática possuiria alta relevância para a solução do problema, impondo-se ao julgador o dever de averiguar, ainda que em cognição sumária, a verossimilhança das alegações fáticas e a correspondente qualificação jurídica para concluir a respeito da tutela emergencial do direito aparente⁵³³.

histórico. Ver, também, posterior estudo de TARUFFO, Michele. *Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche*. Revista di Diritto Processuale, vol. 22, 1967, p. 438-465. Neste, o autor destaca que a aproximação entre o juiz e o historiador não poderia resolver o problema da justificação racional dos juízos de fato. Em matéria de urgência, como se percebe, o julgador deve investigar o passado, mas deve fazê-lo com os olhos voltados para o futuro, para evitar o dano, tanto ao autor quanto ao réu. Por isso, mesmo no plano da investigação dos fatos, deve ponderar as consequências de sua decisão quanto ao futuro.

⁵³¹ Sobre o assunto, MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 228-232.

⁵³² Sobre a distinção entre questão de direito, questão de fato e as questões mistas, ou seja, sobre a categoria tricotômica ver, KNIJNIK, Danilo. *O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 162 e seguintes. Ver, também, interessante artigo de PINTAÚDE, Gabriel. *Controle e verificação do juízo de fato no julgamento singular, no apelacional e no revisional*. Revista de Processo, ano 32, nº. 149, julho, 2007, p.71-78.

⁵³³ “Assim, se o juiz considera que os fatos tal como afirmados e representados pelas partes, mesmo que por hipótese fossem verdadeiros, não seriam idôneos para produzir os efeitos jurídicos pretendidos, é inútil perder tempo em verificar se aquela afirmação corresponde ou não à verdade. O juízo sobre a relevância da prova

O julgador também não poderia ignorar os efeitos (fáticos e/ou jurídicos) da medida de urgência, justamente porque se trataria, em geral, de providência instável (provisória ou temporária), que não poderia consolidar uma situação fática irreversível.

No exame de todos os referidos elementos (verificação da urgência, a aparência do direito invocado e efeitos da medida respectiva), em regra, importa sobremaneira as circunstâncias fáticas que permeiam a demanda. Por isso, nossa investigação desloca-se, agora, para o campo do direito probatório e, depois, especificamente, para a influência do direito material sobre a atividade cognitiva na aplicação dos referidos dispositivos legais, ou seja, na verificação dos pressupostos para a tutela de urgência.

considera, de antemão, a valoração jurídica que se poderia inferir do êxito da prova proposta: tende a evitar, como dissera Galileu, entrar “em uma disputa não muito mais relevante que insignificante”. Frustra *probatur quod probatum non relevat* (em vão se prova o que, uma vez provado, não tem relevância). Salienta, por fim, Calamandrei que, na linguagem forense, em vez de provas relevantes, fala-se em análogo sentido, em provas “pertinentes”, “concernentes”, “concludentes”, expressões que, em substância, querem significar a mesma coisa, enquanto partindo da hipótese de que os fatos deduzidos sejam provados, tendem a estabelecer, mediante antecipada subsunção dos fatos à norma, se há um nexo de causa e efeito entre esses fatos e as conseqüências jurídicas que a parte pretende extrair deles.” CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Tutela Antecipada*. 5ª edição. Curitiba: Juruá, 2006, p. 66-67. Sobre o assunto, ver, também, MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela Antecipada*. 2ª edição. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 101-104.

3.1.1.1 Breves considerações sobre o direito probatório no processo civil contemporâneo

O estudo do direito probatório não seria dos mais populares. Costuma-se dizer que essa “marginalização doutrinária” decorreria de seu caráter refratário a enfoques exclusivamente jurídicos, bem como com sua usual identificação com o subjetivismo⁵³⁴. Nada impressionante em uma tradição positivista, em que os fatos configurariam apenas uma premissa menor no silogismo lógico-formal. Vejamos a advertência de Danilo Knijnik:

A propósito, como está assente, durante largo tempo em que dominou o positivismo jurídico, fato e direito, no contexto da decisão jurídica, eram vistos a partir de um enfoque estático, imóvel. A idéia de “subsunção”, largamente dominante, apoiada no silogismo puro, como modelo não apenas *descritivo*, mas *explicativo* da aplicação do direito, pressupunha, efetivamente, a **heterogeneidade** e a **independência** dessas duas questões. **Heterogeneidade**, porque uma (a questão de fato) não poderia confundir com outra (questão de direito); e a **independência**, porque ambas poderiam ser, não apenas isoladas, como, sobretudo, examinadas isoladamente, **cada qual com o seu instrumental próprio**. Assim, numa estrutura tipicamente silogística, o Juiz deveria estabelecer a norma aplicável ao caso concreto e, numa operação separada e distinta, o fato controvertido, procedendo, em seguida, à subsunção do fato à norma. Conseqüência: **ao direito probatório, assim, só restava a função quase que extrajurídica, de introduzir o fato no silogismo judiciário**, uma função, por certo, marginal.

(...)

Enquanto se considerou válido o esquema subsuntivo, com a separação ingênua e radical do fato e do direito, compreende-se que a avaliação do fato tenha sido, realmente, terra incógnita, de pouco interesse para o jurista. Afinal, o direito ou o jurista não tinham maiores responsabilidades no que era concernente ao fático, considerado como marginal e independente de uma abordagem eminentemente jurídica: a atenção dos juristas, por óbvio, estava voltada para o direito legislado ou para as questões legais. Daí que, nesse contexto, o máximo a que se poderia atingir – e já não teria sido pouco – fora a regulamentação da forma probatória, ou seja, do processo legal de aquisição da prova, mas não o estabelecimento de modelos jurídicos de constatação e a

⁵³⁴ KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 03-06.

análise do próprio conteúdo do raciocínio judicial, levando em consideração essa influência recíproca⁵³⁵.

Esse modelo de teoria do direito foi superado e criticá-lo significaria “arrombar portas abertas”⁵³⁶. Mesmo assim, o abandono do modelo positivista influenciaria diretamente o campo do direito probatório, razão pela qual convém discorrer sobre alguns pontos importantes para fixar certas premissas.

3.1.1.1.1 A superação do modelo essencialmente demonstrativo da prova, o retorno ao modelo predominantemente argumentativo e o sistema da persuasão racional

Costuma-se tratar esse assunto partindo do exame da racionalidade operada no direito medieval. Estuda-se a passagem do *ordo judicarius* isonômico para o *processus* assimétrico, evidenciando os diferentes modelos probatórios (respectivamente, argumentativo e demonstrativo), para promover a aproximação da lógica dialética medieval com a imposição democrática de participação das partes no processo civil constitucional, afastando-se o pensamento apodítico⁵³⁷.

⁵³⁵ *Idem*, *Os Standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*. Revista Forense, vol. 303, 2001 (separata).

⁵³⁶ *Ibidem*, citando a expressão de Coing.

⁵³⁷ Nesse sentido, na escola gaúcha do processo civil, ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *A garantia do contraditório*. In *Do formalismo no processo civil*. 2ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2003, KNIJNIK, Danilo. *Os Standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*. Revista Forense, vol. 303, 2001 (separata), ZANETI JÚNIOR, Hermes, *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, MITIDIERO, Daniel. *A lógica da prova no ordo judicarius medieval e no processus assimétrico moderno: uma aproximação*. In *Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. KNIJNIK, Danilo (coordenador). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Parte-se de revelador estudo de Nicola Picardi⁵³⁸ sobre o pensamento jurídico na Idade Média, quando o *iudicium* servia-se da dialética, abrindo espaço para um discurso argumentativo e para a lógica do provável. A atividade processual tinha um senso extra-estatal⁵³⁹, visto que nem mesmo o Papa estaria autorizado a modificá-la. A prática e o costume eram observados, o que implicava em uma colaboração da praxe com a doutrina⁵⁴⁰. A lógica da prova era trabalhada mediante um modelo persuasivo, sendo “fruto de uma perspectiva problemática, tópica, argumentativa”⁵⁴¹, aceitando-se a contingência das probabilidades. Nesse contexto, naturalmente, evidenciava-se a importância fundamental do contraditório na construção do próprio *ius*, compreendendo-se o juízo como ato de três pessoas (*iudicium est actus ad minus trium personarum: actoris, rei, iudicis*)⁵⁴². Assim Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

No processo comum europeu, cujo esteio era precisamente o contraditório, revelava o princípio sentido totalmente distinto daquele hoje dominante no cenário jurídico processo, fartamente influenciado pelas idéias expressas na retórica e na tópica aristotélica, era concebido e pensado como *ars dissedendi* e *ars oponendi et respondendi*, exigindo de maneira intrínseca uma paritária e recíproca regulamentação do diálogo judiciário. Dado que nas matérias objeto de disputa somente se poderia recorrer à probabilidade, a dialética se apresentava, nesse contexto, como ciência que *ex probabilibus procedit*, a impor o recurso ao silogismo dialético. Na lógica do provável,

⁵³⁸ PICARDI, Nicola. *Processo Civile (Diritto Moderno)*. In *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1987, vol. XXXVI.

⁵³⁹ Destaca-se que a expressão extra-estatal não poderia conduzir à afirmação de que o processo não possuiria caráter público, já que formado pela praxe dos tribunais e pela doutrina. “O direito processual civil é que é, por assim dizer, extra-estatal; não os juízos e tribunais que o aplicam”. Ver, nesse sentido, MITIDIERO, Daniel. *A lógica da prova no ordo iudicarius medieval e no processus assimétrico moderno: uma aproximação*. In *Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. KNIJNIK, Danilo (coordenador). Porto Alegre: Livraria do Advogado 2007, p. 72.

⁵⁴⁰ GIULIANI, Alessandro. *L'ordo iudicarius medioevale*. Revista di Diritto Processuale, ano 43, n.º. 3, abril/junho, 1988, p. 598-614.

⁵⁴¹ KNIJNIK, Danilo. *O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 72.

⁵⁴² MITIDIERO, Daniel. *A lógica da prova no ordo iudicarius medieval e no processus assimétrico moderno: uma aproximação*. In *Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. KNIJNIK, Danilo (coordenador). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 73.

implicada em tal concepção, a investigação da verdade não é o resultado de uma razão individual, mas do esforço combinado das partes, revelando-se implícita uma atitude de tolerância em relação aos “pontos de vista” do outro e o caráter de sociabilidade do saber. A dialética, lógica da opinião e do provável, intermedeia o certamente verdadeiro (raciocínio apodítico) e o certamente falso (raciocínio sofisticado). No seu âmbito, incluem-se os procedimentos não demonstrativos, mas argumentativos, enquanto pressupõem o diálogo, a colaboração das partes numa situação controvertida, como no processo. Em semelhante ambiente cultural, o contraditório representa o único método e instrumento para a investigação dialética da verdade provável, aceito e imposto pela prática judiciária à margem da autoridade estatal, decorrente apenas da elaboração doutrinária, sem qualquer assento em regra escrita⁵⁴³.

A mudança de perspectiva teria ocorrido com a introdução no direito da lógica de Pierre de la Ramée (ou Petrus Ramus), filósofo Francês que criticou severamente a obra de Aristóteles, sustentando que apenas métodos demonstrativos, lógicos e racionais poderiam comprovar a validade científica do conhecimento, tal como a matemática⁵⁴⁴. Nesses termos, o *iudicium* não poderia ser considerado uma ciência. Aliás, assim se manifestou Sigismondo Scaccia, jurista italiano da época: “*iurisprudentia non est scientia*”, pois “*scientia non est eorum quae permanentia non sunt*”, ao afirmar que não se poderia mesmo aplicar a lógica do verdadeiro-falso ao processo, uma vez que se estaria no âmbito em que as coisas não permanecem as mesmas, prevalecendo a lógica da dialética e do razoável⁵⁴⁵.

⁵⁴³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *A garantia do contraditório. In Do formalismo no processo civil*. 2ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 229.

⁵⁴⁴ Nicola Picardi ilustra a questão da mudança de perspectiva – do *iudicium* para o *processus* com o confronto das idéias de dois autores da época, o italiano Sigismondo Scaccia e o alemão Johannes Althusius. Aquele vinculado à lógica do *iudicium* e este à lógica do *processus*. PICARDI, Nicola. *Processo Civile (Diritto Moderno)*. In *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1987, vol. XXXVI. Vale lembrar que Pierre de Lá Ramée dedicou sua tese de graduação ao estudo crítico da doutrina de Aristóteles, sedo sugestivo o título do trabalho: “Tudo o que Aristóteles escreveu é falso” (1536). A crítica à velha lógica atingiu seu topo com a publicação de *Aristotelicae Animadversiones* (1543). ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Efetividade e processo do conhecimento. In Do formalismo no processo civil*. 2ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁵⁴⁵ PICARDI, Nicola. *Processo Civile (Diritto Moderno)*. In *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1987, vol. XXXVI, p. 107-108.

Por outro lado, Johannes Althusius (Giovanni Althusio), jurista alemão, fundamentou seus estudos na lógica ramista, estruturando de modo panorâmico e esquemático o *processus*. Seu método consistiria na disposição ordenada da matéria de modo rigoroso, para promover a passagem gradual dos princípios gerais e universais para aquelas particulares, um método dedutivo, portanto. Althusius racionalizou o processo por meio desse método geométrico, dividindo o seu critério de justiça (*dicaeocritica*) em elementos (*partio in membra*) e subdividindo-o em duas espécies: (*divisio in species*): *personae* e *questio*. *Personae*: *index* e litigantes. *Questio*: *l'actio* e *l'exceptio*, *ordo et forma quaestionis tractandae*. Pela primeira vez falou-se tecnicamente em *processus*⁵⁴⁶. A lógica ramista repercutiu no estudo do direito, em geral, e no processo, em particular, justamente por causa de sua “validade científica”⁵⁴⁷.

Além da questão metodológica, como fenômeno cultural, o direito não poderia deixar de ser influenciado pelo ambiente histórico que se sucedeu com os ideais de unidade e de soberania nacional decorrentes da consolidação do Estado na Idade Moderna. Picardi afirma que nesse quadro maturou um evento traumático na história do direito processual continental: a apropriação pelo príncipe do *ordo judicarius*⁵⁴⁸, quando o soberano tomou para si o monopólio da legislação em matéria processual. Buscava-se “domesticar” o direito, tornando-o tão certo quanto o resultado de uma equação algébrica. A lógica ramista imposta ao processo, de modo muito útil a essa estrutura política, culminou com a “concentração de todo poder no Estado,

⁵⁴⁶ *Idem*, p. 108.

⁵⁴⁷ Destaca-se o fenômeno das *lites immortales* existentes no processo comum como um fator prejudicial à lógica dialética. Trata-se da duração excessiva dos processos em razão do abuso da tradição dialética por meio do mecanismo das questões incidentais, que comportavam a ramificação do processo. Além disso, menciona-se também o abuso da argumentação, transformando muitas vezes a dialética em estéril jogo de palavras. *Ibidem*, p. 109- 113.

⁵⁴⁸ *Idem*, p. 105.

notadamente, em um primeiro momento, na figura do Rei, tornando uma ciência técnica, despolitizando os seus autores”⁵⁴⁹. É conhecida a manifestação de Montesquieu ao dizer que os juízes de uma nação não são “mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor”⁵⁵⁰. Essa tendência metodológica depois foi incrementada pelo iluminismo e pelo verdadeiro terremoto da Revolução Francesa⁵⁵¹.

O raciocínio dialético cedeu espaço ao pensamento apodítico, construído com base em premissas necessárias e absolutas, decorrentes da lógica formal – rigorosa e dedutiva. Nascia, pois, o pensamento sistemático de molde fechado, em que os juristas passavam a trabalhar essencialmente com conceitos do mundo jurídico, estipulando princípios gerais para,

⁵⁴⁹ MITIDIÉRO, Daniel. *A lógica da prova no ordo judiciarius medieval e no processus assimétrico moderno: uma aproximação*. In *Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. KNIJNIK, Danilo (coordenador). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 81.

⁵⁵⁰ Sobre a preocupação do Estado Liberal-Clássico com a liberdade dos cidadãos e o papel do juiz, vale transcrever as palavras de Luiz Guilherme Marinoni: “Como se sabe, o Estado liberal clássico, diante de sua finalidade principal de garantir a liberdade dos cidadãos, foi marcado por uma rígida delimitação dos seus poderes de intervenção na esfera jurídica privada. A lei não deveria tomar em consideração as diferentes posições sociais, pois o fim era dar tratamento igual às pessoas apenas no sentido formal. A lei deveria ser ao mesmo tempo, “clarividente e cega”. Esse tratamento igualitário é que garantiria a liberdade dos indivíduos.

É claro que essa intenção teve repercussão sobre o Estado-Juiz, uma vez que de nada adiantaria “formatar” a atividade do legislador e permitir ao juiz interpretar a lei em face da realidade social. Dizia Montesquieu, então, que o julgamento deveria ser apenas um “texto exato da lei”, pois de outra maneira constituiria “uma opinião particular do juiz” e, dessa forma, “viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos nela assumidos”.

Essa idéia, bem refletida nos escritos de Montesquieu, espelha uma ideologia que liga a liberdade política à certeza do direito. A segurança psicológica do indivíduo – ou sua liberdade política – estaria na certeza de que o julgamento apenas afirmaria o que está contido na lei. Ou melhor, acreditava-se que, não havendo diferença entre o julgamento e a lei, estaria assegurada a liberdade política.

Não foi por outro motivo que Montesquieu definiu o juiz como a *bouche de la loi* (a boca da lei). Ainda que admitindo que a lei pudesse ser, em certos casos, muito rigorosa, conclui Montesquieu, no seu célebre *Do espírito das leis*, que os juízes de uma nação não são “mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor”. MARINONI, Luiz Guilherme, *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 35-37.

⁵⁵¹ PICARDI, Nicola. *Processo Civile (Diritto Moderno)*. In *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1987, vol. XXXVI, p. 110-117. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Efetividade e processo do conhecimento*. In *Do formalismo no processo civil*. 2ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 252-253.

então, subsumir deles uma série de conseqüências irrefutáveis⁵⁵². Nesse sistema fechado buscava-se a certeza jurídica por meio de redes conceituais complexas e completas: buscava-se o sentido único da lei⁵⁵³.

No campo do direito probatório, as idéias do certo e do errado justificaram o abandono da lógica do provável, sendo reduzido o papel do contraditório, erguendo-se o juiz ao vértice dessa relação processual, como representante burocrata do Estado, desregulando a isonomia entre os sujeitos processuais (por isso *processus* assimétrico⁵⁵⁴). A prova deixou de ser examinada sob o ângulo argumentativo, da persuasão, passando a vigorar o chamado modelo demonstrativo⁵⁵⁵.

Com o avanço das idéias positivistas e com a aceitação do modelo subsuntivista, desenvolveu-se o dogma do mundo jurídico, independente e autônomo do mundo dos fatos. Nele, a pesquisa sobre os fatos, antes concebida naquela tradição dialética e pluralista, passou a ser visualizada em sua totalidade absoluta, na sua verdade total e objetiva, desprezando-se a

⁵⁵² Sobre o assunto, por todos, CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3ª edição. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 28-38.

⁵⁵³ MITIDIERO, Daniel. *A lógica da prova no ordo judiciarius medieval e no processus assimétrico moderno: uma aproximação*. In *Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. KNIJNIK, Danilo (coordenador). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁵⁵⁴ ZANETI JÚNIOR, Hermes, *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 95.

⁵⁵⁵ Sobre o assunto, vale destacar que esses termos (modelo demonstrativo ou modelo persuasivo) possuem mesmo relevância como esclarecimento didático das tendências da concepção da prova, pois não existem em formas puras, não se apresentando de modo antinômico, pois os institutos de direito probatório deslocam-se de acordo com suas necessidades; ora pendem para uma dimensão demonstrativa, ora para uma persuasiva. “A título de exemplo, a regulação do procedimento probatório pendente para o demonstrativo; o controle do juízo de fato e da fundamentação pendente para o persuasivo”. KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 10-11. Mesmo assim, mostra-se importante o exame desses pólos, em especial quanto à valoração da prova pelo julgador, uma vez que, mesmo nesse campo, a herança racionalista impôs a adoção do modelo demonstrativo, o qual, agora, em nosso universo constitucional, parece não ser o mais adequado.

relatividade que lhe era imanente, a possibilidade de erro e de equívoco⁵⁵⁶. O conceito moderno de probabilidade afastou-se daquele empregado na Idade Média, quando estava ligado ao consenso, ao contingente; nessa fase, a probabilidade (*id quod plerumque accidit*) vinculou-se ao estatístico, ao matemático⁵⁵⁷.

Esse modelo essencialmente demonstrativo não poderia vingar no atual estágio do direito processual civil, pelo menos quanto à valoração da prova pelo julgador, pois dimensionaria de modo inadequado a relação entre os fatos e o direito, bem como ignoraria a contingência da falibilidade humana⁵⁵⁸. Não se poderia conceber contemporaneamente a busca pelo sentido único da lei. Embora extensa, vale transcrever a lição de Ovídio Baptista da Silva:

Encontramo-nos, portanto, ante uma questão decisiva, ligada à natureza, ou os limites, da cognição judicial em geral, bem como ante um problema crucial, relativo à própria natureza da função jurisdicional. Em última análise, a questão fere um dos pressupostos mais caros à doutrina processual, qual seja o entendimento de que o juiz, ao proferir a sentença, esteja a revelar a “vontade da lei”.

Aqueles que têm experiência prática, que convivem com a atividade forense, sabem que essa infável “vontade da lei” não passa de uma doce miragem. Para o processo, a verdade deve representar, no máximo, o primeiro estágio na formação do juízo jurisdicional. Antes de preocupar-se com a imaginada “vontade da lei”, o que interessa ao processo será sempre o “significado” da norma, ou o significado dos fatos, a ser determinado pelo intérprete, enquanto julgador.

É uma graça divina que a lei não tenha uma vontade, mas inúmeras vontades, a serem descobertas pelo intérprete, para expressá-las na sentença, segundo as suas circunstâncias históricas e as exigências políticas e sociais de seu tempo, de modo a harmonizar o texto, que é a imperfeita expressão gráfica da norma, com as expectativas humanas existentes no momento em que o julgador a deva aplicar.

A lei que porventura tivesse uma única vontade – historicamente inalterável –, que foi o sonho acalentado pelo Iluminismo europeu, é a lei do tirano, que imagina ter produzido o milagre de um texto divinamente perfeito, dado ao julgador, como a expressão de “sua” vontade.

⁵⁵⁶ KNIJNIK, Danilo. *Os Standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*. Revista Forense, vol. 303, 2001 (separata).

⁵⁵⁷ GIULIANI, Alessandro. *L'ordo iudiciarius medioevale*. Revista di Diritto Processuale, ano 43, n.º 3, abril/junho, 1988, p. 598-614.

⁵⁵⁸ *Idem*.

Como advertiu GOLDSCHMIDT, quem figura na relação processual, como parte, não pode considerar seus direitos como realmente existentes. Sua submissão ao crivo do julgamento transforma-os em simples *expectativas*. Este é o fenômeno que ainda resistimos a assimilar, para compreender que os direitos que se tornam litigiosos enfraquecem-se e perdem a tranqüila solidez que os protege enquanto direitos materiais, pacificamente aceitos e observados no convívio social.

Os que pressupõem que a lei tenha sentido *unívoco* sustentam-se na idéia de que a “sua” leitura do texto seja a “única” “correta”, sendo todas as demais arbitrárias criações do intérprete. Esta seria realmente a justiça absoluta, incompatível com um regime político que se diz democrático.

LUÍS RECASENS SICHES, para mostrar a ligação entre o movimento em favor da codificação no século XIX e os regimes políticos absolutos, recorda que também Justiniano proibira que seus códigos fossem interpretados, exigência expressa em algumas de suas Constituições, que declaravam que a obra legislativa desse imperador era perfeita, razão pela qual a função do julgador haveria de ficar limitada a simplesmente revelar a norma contida no texto, em função praticamente mecânica (*Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, 1980, Editorial Porrúa, México, p. 190).

A tolerância, porém, é um pressuposto básico dos regimes democráticos, tolerância inicialmente concebida como forma de superar as lutas religiosas, depois generalizadas como tolerância política, racial e até mesmo ética, pilar sobre o qual foi construído o mundo moderno. É o princípio de tolerância com o “outro”, com suas convicções políticas, éticas e religiosas, que anula a pretensão, de resto ingênua, de que a lei possa ter sentido *unívoco*. Se considerarmos a distinção entre “verdade” e “significado”, veremos que a própria natureza da linguagem determina uma essencial “plurivocidade” de sentido (PAUL RICOEUR, *Anuario di ermeneutica giuridica*, CEDAM, 1996, p. 91).

É justamente a busca do “sentido” da norma que impede que sua suposta “verdade” congele-se no tempo, impedindo que o julgador possa, através dessa plurivocidade de sentido, atribuir ao texto o sentido compatível com as circunstâncias sociais no momento de sua aplicação, fazendo a justiça nos casos individuais.

Encontramo-nos, realmente, no ponto de ruptura entre o ideal do Iluminismo, em sua pretensão de domar o azar inerente à vida humana, obtendo a máxima segurança através do Direito, e as novas realidades sociais e políticas que nos obrigam, com a força das potências históricas que as produziram, a abandonar essa perigosa ilusão. Teremos de regressar ao ponto em que o Direito, longe de ter a sonhada virtude de expressar-se através de uma linguagem *unívoca*, como pretenderam os filósofos liberais do século XVII, era aceito como essencialmente *problemático*, incapaz de admitir o raciocínio dedutivo, próprio da matemática. Não importa que gostemos ou não desta nova contingência. A superação do *dogmatismo*, que é a expressão mais visível de nosso *paradigma*, é uma imposição das novas realidades históricas.

A essencial *problematicidade* do Direito, que o aproxima inexoravelmente do “caso”, dando azo à sua criação jurisprudencial, aparece hoje com tal evidência que nos faz duvidar de que, dois séculos antes, filósofos da grandeza de um LEIBNIZ e jurista da competência e erudição de um SAVIGNY, pudessem concebê-lo sob a forma de uma proposição radicalmente *dogmática*.

O abandono da ilusão de que o raciocínio jurídico alcance a univocidade do pensamento matemático não nos fará reféns das arbitrariedades temidas pelo pensamento conservador, porquanto não se deve confundir *discricionariedade* com *arbitrariedade*. O juiz – na verdade sempre teve e continuará tendo, queiramos ou não – uma margem de distinção dentro de cujos limites, porém, permanecerá sujeito ao princípio da *razoabilidade*, sem que o campo da juridicidade seja ultrapassado. Como observa THEODOR WIEHWG, “no que se refere à *dialógia*, como forma lógica”

(*Tópica e jurisprudência*, original alemão de 1953, Departamento da Imprensa Oficial, Brasília, 1979, p. 105).

A prática do direito, na instância judiciária, utiliza-se essencialmente da *retórica*, pela natureza da “relação vital do intérprete com o texto”. É necessário aceitar a “ambigüidade retórica” como ideal positivo para compreensão das ciências do espírito (HANS-GEORG GADAMER, *Verdad y método*, 4ª edição alemã, 1975, Salamanca, Espanha, 1988, p. 403). A “aceitabilidade racional”, expressa pelo *verossímil* do pensamento clássico, deve tomar o lugar da racionalidade linear da epistemologia das ciências empíricas.

Escreve AULIS AARNIO: “La aceptabilidad racional, em tanto principio regulativo de la dogmática jurídica, juega el mismo *papel* que la verdad em las ciencias empíricas. Así como las investigaciones empíricas tratan de aproximarse a la verdad, el objeto de la dogmática jurídica es maximizar la aceptabilidad racional... Esto no significa la aceptación de algún tipo de ‘teoría electoral de la verdad’... Primero, la teoría de la aceptabilidad racional no se refiere en absoluto a la dicotomía verdadero/falso. Por el contrario, las posiciones normativas no pertenecen al ámbito de la verdad. Puede haber más de una posición normativa ‘verdadera’ en la sociedad, según el punto de partida que se adopte. Justamente en esta concepción reside el núcleo de la crítica con respecto a las teorías de la única respuesta correcta. El rechazo de una única respuesta correcta es una consecuencia directa de la tesis del relativismo axiológico... Desde el punto de vista del manejo sensato de nuestros asuntos comunes es necesario, pero también suficiente, lograr un consenso representativo sobre el sistema de valores que se encuentran en la base del orden jurídico. Este es el núcleo de la concepción occidental de democracia. Ciertamente la democracia no significa tratar de lograr resultados verdaderos. El objetivo es la creación de una base aceptable de acción desde el punto de vista de la comunidad. Por ello, el relativismo moderado no es más que una parte de la exigencia de la democracia. Expresa un ideal del manejo de los asuntos sociales; su objetivo es producir resultados apoyados por aquellas personas razonables que representan los valores adoptados e aceptados em general por la sociedad”. (*Lo racional como razoable*, original inglês de 1987, tradução de 1991, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 286-287).

Este modo de pensar o Direito Processual, este padrão epistemológico e a necessidade, cada vez mais visível, que a civilização moderna tornou inevitável, de tratamento dos litígios com base na *aparência* e na plausibilidade do direito, em última análise, o direito enquanto “significado”, como critério de justiça para o caso concreto, são os grandes responsáveis pela decadência do procedimento ordinário, com sua pretenciosa aspiração a alcançar a verdade, tendo no juiz a figura de um operador neutro e impassível perante as injustiças, em última análise, um juiz irresponsável. (MAURO CAPPELLETTI, *Júzes irresponsáveis?* Original de 1988, Giuffrè, Milão, tradução brasileira, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1989, pp. 90 e segs.).

Esse padrão epistemológico suprime a Hermenêutica, na suposição de que a missão do julgador seja a simples descoberta da “vontade da lei”, para proclamá-la na sentença, como se a norma tivesse sempre o “significado” que lhe atribuíra o legislador, mesmo que as circunstâncias históricas e os padrões de moralidade sejam outros, inteiramente diversos daqueles observados ao tempo da edição da lei.

Obscurece-se, em última análise, a distinção entre a faculdade de “pensar” e a faculdade de “conhecer” (Kant), entre “verdade” e “significado” (HANNAH ARENDT, *La vida del espíritu*, publicação póstuma reunindo ensaio e conferência, edição original inglesa de 1971, tradução de 1984, Centro de Estudios

Constitucionales, Madrid, p. 75), esquecendo-se igualmente que, para o Direito, o que realmente interessa não é a “verdade”, mas o “significado”⁵⁵⁹.

Vê-se, pois, que a teoria do mundo jurídico alheio ao mundo dos fatos seria mesmo questionável⁵⁶⁰, pois sua adoção daria ensejo à aplicação da lógica da subsunção em todos os casos, ignorando a relação dinâmica entre os fatos e a construção do direito, consoante já restou assentado nos estudos de interpretação jurídica sobre o *círculo hermenêutico* e a *pré-compreensão*⁵⁶¹. A aplicação do direito envolveria uma atividade altamente dinâmica, em que se circularia da pré-compreensão dos fatos brutos narrados pelo demandante às suas conseqüências jurídicas, retornando novamente aos fatos com a versão trazida pelo requerido, voltando-se novamente às conseqüências jurídicas e assim sucessivamente até sua conformação com a decisão, que poderia ser objeto de recurso, redimensionando a discussão⁵⁶². Evidentemente, com

⁵⁵⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. 7ª edição revista e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005, vol. I, p. 08-10.

⁵⁶⁰ TESHEINER, Jose Maria Rosa e BAGGIO, Lucas Pereira. *Nulidades no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 05-39.

⁵⁶¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 282-297 e p. 391-398.

⁵⁶² Sobre o assunto, veja-se a lição de Arthur Kaufmann: “tomaremos como ponto de partida o seguinte caso de direito penal tratado pelo *Bundesgerichtshof*. A matéria facta parece muito simples. Um homem atirou ácido clorídico à cara de uma empregada de caixa, arrancando-lhe, em seguida, o dinheiro. A questão jurídica decisiva e a de saber se o ácido clorídico é uma *arma* no sentido do roubo qualificado (§ 250 StGB; a referência ‘ou qualquer outro instrumento ou meio’ só fio acrescentado à lei após a publicação da decisão do BGH; pelos vistos, o legislador considerou a decisão do BGH muito leviana). Se se encarar, de acordo com a concepção positivista original, a interpretação da letra da lei e o apuramento da matéria de fato como actos separados, não se chegará longe. O ácido clorídico não é, nem nos termos estritos da letra da lei, nem segundo o sentido possível da palavra (que já é demasiado analógico), um arma. Por outro lado, o apuramento da matéria de facto sem referência a uma norma não conduz à questão de saber se o ácido clorídico é uma arma. Só se será confrontado com esta questão, se se ‘pré-compreender’ o acontecimento como um possível caso de roubo qualificado. Se se ‘pré-compreender’ o caso diferentemente, porventura como tentativa de homicídio, não importa saber se o ácido clorídico é uma *arma*. Vemos que sem pré-compreensões razoáveis nunca se chega aos problemas jurídicos relevantes. Também é fácil de identificar, aqui, o *círculo* do processo de compreensão: só quando eu sei o que é roubo qualificado, posso entender o caso concreto como um caso de roubo qualificado; todavia, não posso saber o que é roubo qualificado sem uma análise correcta do caso concreto. A configuração de uma norma legal ‘*tipo legal*’ (*interpretação*) acontece perante o caso; a configuração do caso como uma ‘*correlação de factos*’ (*construção*) acontece perante a norma legal – e esta configuração é sempre um acto criativo, que precede a subsunção (se bem que, nos casos ‘claros’ configuração e subsunção pareçam reduzir-se a um só acto).

o afastamento da lógica dialética sequer se poderia cogitar dessa atividade dinâmica e circular. Ao contrário, defendia-se irrestritamente a artificial tese da incidência automática da norma⁵⁶³.

Contemporaneamente, não seria sustentável a existência do mundo jurídico alheio e paralelo ao mundo dos fatos. Pensar o contrário seria ignorar a influência axiológica que permeia a interpretação jurídica contemporânea⁵⁶⁴, o papel da tópica retórica na busca pela solução justa para o caso concreto, a relevância dos conceitos jurídicos indeterminados e, ainda, a presença positiva cada vez maior de cláusulas gerais⁵⁶⁵. Fato, valor e norma: elementos que devem ser conjugados de modo integrativo.

Caso e norma são somente a ‘matéria-prima’ do processo metodológico, não sendo, sequer, possível, fazê-los corresponder enquanto não forem trabalhados, por se situarem em planos categóricos diferentes. A norma pertence ao dever-ser definido de forma abstracta-geral, o caso, com os inúmeros factos, ao ser amorfo, não estruturado. A correspondência entre ambos só se torna possível após norma e caso terem sido, respectivamente, enriquecidos com empirismo e normatividade, de tal maneira que se ‘correspondam’, devendo tal correspondência ser fundamentada argumentativamente.” KAUFMANN, Arthur. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Tradução de Marcos Kell e Manuel Seca de Oliveira. Revisão científica e coordenação de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 190-191.

⁵⁶³ Não se endossa, portanto, a clássica lição de PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, tomo I, p. 03 e seguintes.

⁵⁶⁴ Fala-se dos princípios que, embora de modo menos forte do que as regras, possuem força normativa. É fora de dúvida que a aplicação dos princípios não obedece a regra da subsunção. Estas normas não prevêm uma conduta típica ou mesmo atribuem conseqüências jurídicas quando ocorridos determinados fatos. Os princípios são normas finalísticas, que estabelecem um estado de coisas cuja promoção é gradual e depende dos efeitos decorrentes da adoção de comportamentos a ela necessários. Como diz Humberto Ávila, “não são as normas jurídicas que determinam, em absoluto, quais são os elementos que deverão ser privilegiados em detrimento de outros, mas os aplicadores, diante do caso concreto. Ver ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª Edição, revista. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 60-61 e 167. Não se percebe, no caso dos princípios, a lógica da sanção. Sem razão, portanto, as considerações de MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 20, nota 17-A.

⁵⁶⁵ Lembra-se, também, que a própria legislação tratou de deixar em aberto uma série de conceitos a serem discutidos no caso concreto, afastando-se da lógica substancial da subsunção. Veja-se, ilustrativamente, o tratamento legal dispensado para a configuração de certos conceitos fundamentais, como o conceito de erro (C.C., art. 138 e seguintes), dolo (C.C., art. 145 e seguintes), coação (C.C., art. 151), estado de perigo (C.C., art. 156), lesão (C.C., art. 157) ou fraude a credores (C.C., art. 158 e 159), indispensáveis para a anulação do negócio jurídico (C.C., art. 171, II). Especificamente, por exemplo, como identificar o erro sem analisar todo o ambiente cultural em que se encontra a vítima? Como identificar o fundado temor de dano iminente e considerável à pessoa do paciente, à sua família ou aos seus bens para configurar a coação sem se aventurar no mundo dos fatos, analisando-se os aspectos atinentes ao caso concreto? Percebe-se que a lógica formal da subsunção não explica de forma adequada o fenômeno jurídico contemporâneo.

Nesse contexto, a idéia da busca pela verdade absoluta no processo estaria ultrapassada, porque destoaria da realidade. Michele Taruffo destaca que a verdade a ser buscada deveria ser uma *verdade relativa*, como todas as verdades⁵⁶⁶. Antonio Carrata ressalta que o próprio objeto da prova não poderia ser o fato alegado, mas a afirmação de que determinada situação teria ocorrido dessa ou daquela forma, ou seja, o objeto da prova seria a afirmação, o relato dos fatos ocorridos no passado que justificariam a pertinência do direito invocado⁵⁶⁷. Evidentemente, ninguém defende que não seja desejável que no processo a verificação dessas afirmações se dê do modo mais fiel possível. Porém, é inegável a relatividade da própria visão de mundo, com o que o esforço para se chegar o mais próximo possível daquela meta inalcançável seria, pois, um dever de honestidade⁵⁶⁸. Somente como ilustração, transcreve-se clássica passagem de Calamandrei:

A querela entre os advogados e a verdade é tão antiga quanto a que existe entre o diabo e a água benta. E, entre as facéias costumeiras que circulam sobre a mentira profissional dos advogados, ouve-se fazer seriamente essa espécie de raciocínio: - Em todo o processo há dois advogados, um que diz branco e outro que diz preto. Verdadeiros, os dois não podem ser, já que sustentam teses contrárias; logo, um deles sustenta a mentira. Isso autorizaria a considerar que cinquenta por cento dos advogados são uns mentirosos; mas, como o mesmo advogado que tem razão numa causa não tem na outra, isso quer dizer que não há um só que não esteja disposto a sustentar no momento oportuno causas infundadas, ou seja, ora um ora outro, todos são mentirosos.

Esse raciocínio ignora que a verdade tem três dimensões e que ela poderá mostrar-se diferente a quem a observar de diferentes ângulos visuais.

No processo, os dois advogados, embora sustentando teses opostas, podem estar, e quase sempre estão, de boa-fé, pois cada um representa a verdade como a vê, colocando-se no lugar de seu cliente.

Numa galeria de Londres há um famoso quadro do pintor Champaigne, em que o cardeal Richelieu é retratado em três poses diferentes: no centro da tela é visto de frente, nos dois lados é retratado de perfil, olhando para a figura central. O modelo é um só, mas na tela parecem conversar três

⁵⁶⁶ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 08 e seguintes.

⁵⁶⁷ CARRATA, Antonio. *Funzione dimostrativa della prova*. Riv. Dir. Proc. Milano: CEDAM, ano LVI, nº. 1, 2001, p. 73-74.

⁵⁶⁸ CALAMANDREI, Piero. *Verità e verosimiglianza nel processo civile*. Rivista di diritto, vol. X, parte I, Cedam, Padova, 1955, p. 164-166.

peças diferentes, a tal ponto é diferente a expressão cortante das duas meias faces laterais e, mais ainda, o caráter tranqüilo que resulta, no retrato central, o da síntese dos dois perfis.

Assim é no processo. Os advogados indagam a verdade de perfil, cada um aguçando o olhar para seu lado; somente o juiz, que está sentado no centro a encara, sereno, de frente.

(...)

Ponham dois pintores diante de uma mesma paisagem, um ao lado do outro, cada um com seu cavalete, e voltem uma hora depois para ver o que cada um traçou em sua tela. Verão duas paisagens absolutamente diferentes, a ponto de parecer impossível que o modelo tenha sido o mesmo. Dis-se-ia, nesse caso, que um dos dois traiu a verdade?⁵⁶⁹

A desnecessidade de se encontrar a verdade absoluta poderia, então, justificar uma atividade descompromissada do juízo a respeito dessa investigação? Poder-se-ia dizer, inclusive, que haveria excessivo subjetivismo nessa atividade judicial a ponto de considerá-la discricionária? A resposta obviamente seria negativa às duas questões.

Dispõe o art. 131 do Código de Processo Civil, que o “juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Não obstante a existência de outros sistemas de apreciação da prova⁵⁷⁰, a legislação em vigor adotou o sistema da persuasão racional, em que o julgador não estaria absolutamente livre para valorar o material probatório constante nos autos. Deveria, em verdade, fundamentar a valoração da prova, obedecendo às regras lógicas e à experiência comum, sendo considerada

⁵⁶⁹ *Idem, Eles, os juízes vistos por um advogado*. Tradução de Eduardo Brandão. 1ª Edição, 5ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 121-128.

⁵⁷⁰ Sobre o assunto, ver POZZA, Pedro. *Sistemas de apreciação da prova*. In *Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. KNIJNIK, Danilo (coordenador). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 219-243.

ilegítima a convicção formada exclusivamente em uma intuição pessoal, incapaz de ser justificada racionalmente⁵⁷¹.

A atividade valorativa do julgador, portanto, não seria livre, sendo controlável por meio da avaliação a respeito dos fundamentos que o levaram a atribuir a uma prova determinado valor e não outro⁵⁷². Nesse sentido, também não seria discricionária, na medida em que se sustenta a pretensão de correção. Em voga, portanto, o modelo predominantemente argumentativo, ao menos quanto à valoração da prova pelo julgador.

3.1.1.1.2 Direito material e direito probatório: a teoria dos modelos de constatação e a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova

Fixadas aquelas premissas, cumpre lembrar que as relações de direito material influenciam sobremaneira o campo do direito processual. Não é diferente no âmbito do direito probatório. Em outras palavras, entende-se que o direito material atua diretamente sobre o direito probatório, influenciando o grau necessário ao seu reconhecimento em juízo e a própria distribuição do ônus da prova.

⁵⁷¹ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005, vol. I, p. 332-334.

⁵⁷² ALVARO DE OLIVERA, Carlos Alberto. *Problemas atuais da livre apreciação da prova*. In *Prova Cível*. Organizador. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 37.

Nesse contexto, convém destacar a obra de Danilo Knijnik “A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário”, por sua originalidade a respeito da teoria dos modelos de constatação, avançando doutrinariamente no estudo deste ramo do processo, mormente porque não deixou de atender às exigências daquele campo (direito material)⁵⁷³.

Inicialmente, o autor trata de separar os planos (ou fases) da atividade probatória. Diz que, em questão preliminar, o julgador deveria exercer o juízo de *admissibilidade* da prova; então, deveria *valorar* aquelas produzidas; e, depois, *fundamentar* a decisão. Examinar-se-ia a pertinência da prova (juízo de admissibilidade, questão de direito passível de reexame em Recurso Especial), para, no plano do livre convencimento, valorar aquelas admitidas (juízo de valoração, questão mista, podendo suscitar questões passíveis de Recurso Especial), e, finalmente, apresentar o discurso justificativo da decisão (juízo decisório, questão de fato, insuscetível de revisão em Recurso Especial)⁵⁷⁴.

⁵⁷³ Disse-o Cândido Rangel Dinamarco ao prefaciá-la: “Os modelos de constatação. Eis a riqueza da tese. Permitiu-se Danilo ir além dos padrões usuais da doutrina brasileira, ao discorrer sobre probabilidade e certeza, sobre o risco de errar e sobre os graus de probabilidade diferenciados entre a prova direta e a prova indiciária – tudo, na tentativa de encontrar uma razoável linha de equilíbrio entre o que se convencionou chamar de verdade objetiva e as margens do subjetivismo inerentes ao princípio do livre convencimento judicial. Discorre sobre o conceito jurídico indeterminado da dúvida razoável, examina precedentes brasileiros e da Suprema Corte norte-americana, particularmente em matéria criminal, para a partir daí construir suas próprias conclusões e debruçar sobre o casuísmo da prática e dos problemas profissionais a resolver. O maior dos méritos de todo trabalho é a busca incessante da segurança nos juízos de fato a serem feitos por juízes de todas as especialidades, associada à preocupação pela coerência – não só coerência de suas próprias colocações, como também coerência entre os julgados dos tribunais, a qual é, embora o diga ele com outras palavras, um fator de confiabilidade e de legitimidade social e política do próprio Poder Judiciário.

Com toda essa densidade, a obra de Danilo Knijnik está destinada a provocar um verdadeiro impacto na doutrina e no espírito dos estudiosos, com o grande mérito que é a glória dos pensadores sérios e obcecados, a saber, com o grande mérito de procurar dar passos adiante sem se conformar passivamente com o state of the art. Tenho por isso a certeza de que essa obra se inscreverá na história do processo civil (...). DINAMARCO, Cândido Rangel. Prefácio da obra de KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. VII-VIII.

⁵⁷⁴ Para maior aprofundamento da tese, ver KNIJNIK, Danilo. *O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Ver, também, PINTAÚDE, Gabriel. *Controle e*

Feito isso, o jurista questiona o “mito” de que a prova indireta seria um *minus* em relação à prova direta. Diz que tal compreensão seria equivocada, pois haveria situações que somente poderiam ser comprovadas por meio de indícios. Além disso, afirma que nenhuma prova seria puramente direta, pois, de um modo ou de outro, toda e qualquer prova seria sempre indireta em alguma medida, sendo que a diferença estaria apenas no grau. Assevera que não haveria distinção ontológica entre tais provas, sendo que ambas poderiam formar a livre convicção do juiz. A diferença estaria no objeto: enquanto a prova direta investigaria o *factum probandum*, a indireta (ou indiciária) relacionar-se-ia diretamente com fato menor, incidental, usualmente ligado a outro fato que dele se inferiria. Nesta, exigir-se-ia mais do julgador para a formação do convencimento, justamente porque seu processo mostrar-se-ia mais complexo, havendo maior probabilidade de erro. Por tal motivo, sustenta a necessidade de formulação de uma teoria baseada em modelos de constatação (*standards*). Diz que o julgador deveria apresentar às partes, de modo preliminar, aquele pertinente ao caso concreto, oportunizando o debate sobre a matéria por meio do contraditório⁵⁷⁵.

Considerando que essa discussão não seria novidade na *common law*, o jurista sustenta sua tese em farta doutrina e jurisprudência ligadas a essa tradição e, no que interessa primordialmente ao nosso estudo, destaca que o próprio direito material influenciaria no grau necessário para a convicção judicial, ou seja, seria a razão para diferentes *standards* de prova.

Vejamos:

verificação do juízo de fato no julgamento singular, no apelacional e no revisional. Revista de Processo, ano 32, n.º 149, julho, 2007, p.71-78.

⁵⁷⁵ KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 25-31.

Na linguagem da Constituição brasileira, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, havendo, portanto, verdadeira presunção de inocência. Assim, no caso específico da privação da liberdade, o legislador constitucional preferiu um erro a outro – a absolvição de culpados, ao invés da condenação de inocentes; da mesma forma, o erro em processos não-penais que impliquem a privação de importantes valores pessoais ou morais, se bem que não tão deletério quanto o erro da condenação de um inocente, há de exigir um grau de certeza superior àquele normalmente exigido para resolver questões puramente econômicas, porque, quanto ao último, é indiferente que o erro patrimonial recaia sobre um ou outro ponto de vista social.

Deste modo, tais regras devem ser entendidas como definidoras do nível de erro aceitável, cujo risco é inevitável. Em síntese, o direito material e os valores consagrados no ordenamento é que vão ditar o *grau de certeza* necessário e, via de consequência, o modelo de constatação a ser adotado pelo julgador, enquanto questão jurídica prévia à valoração.

É indubitável que a certeza exigida para julgar-se uma indenização por acidente de trânsito não pode e não deve ser a mesma para que se decreta a perda do pátrio poder, que, a sua vez, não pode e não deve ser igual para que se prive alguém da liberdade, que, por fim, não pode ser a mesma quando se trate de condenar alguém criminalmente com base em indícios. Quanto mais grave o efeito do erro judiciário, maior deve ser o cuidado. Assim, os modelos de constatação têm uma função simbólica, com consequências práticas, não apenas evitando erros judiciais, mas realçando ao julgador a importância de sua decisão, conforme a natureza da causa (...)⁵⁷⁶.

Apresenta, então, os modelos de constatação: (a) para os casos normais do processo civil (v.g., questões meramente patrimoniais) o modelo seria o da *preponderância de provas*; (b) para os casos especiais do processo civil (v.g., destituição do pátrio poder, anulação de testamento, improbidade administrativa – quando as demandas possam redundar em processos penais ou que tenham até um caráter penal) o modelo seria o da *prova clara e convincente*; (c) para o processo penal o modelo seria o da *prova acima da dúvida razoável*; e, ainda, (d) nos casos de processo penal em que a condenação vincular-se-ia à prova indiciária o modelo seria aquele da *razoável excludente de qualquer hipótese de inocência*⁵⁷⁷.

⁵⁷⁶ *Idem*, p. 44-45.

⁵⁷⁷ *Ibidem*, p. 37-45.

Danilo Knijnik admite a impossibilidade de se atribuir uma escala matemática a qualquer um dos modelos de constatação, considerando, pois sua relatividade. Porém, afirma que isso não poderia retirar o valor da construção, nem seria suficiente para jogá-la no campo da literatura. Nesse sentido, diz que seria próprio da natureza humana fazer as respectivas distinções: (a) que seria provável que algo tivesse ocorrido (preponderância das provas), (b) que seria altamente provável que algo tivesse ocorrido (prova clara e convincente), (c) que seria quase certo que algo tivesse ocorrido (prova acima da dúvida razoável), e (d) que seria praticamente impossível que algo não tivesse ocorrido (razoável excludente de qualquer hipótese de inocência)⁵⁷⁸. O autor passa a examinar os modelos de constatação diante de provas indiciárias para, depois de fixar suas premissas, aplicar a teoria no âmbito do direito penal, do direito tributário e em alguns casos cíveis especiais.

A tese, resumida sem a riqueza dos detalhes e tampouco abrangida em sua totalidade, apresenta ao debate a teoria dos modelos de constatação e, sem dúvida, serve para demonstrar a necessidade de admitir o direito como um problema, que deve ser resolvido em conformidade com as peculiaridades do caso concreto. No contexto do nosso estudo, o trabalho de Danilo Knijnik possui grande relevância, pois, independentemente da adesão a sua doutrina, comprova que a formação do convencimento judicial deve ser adequada aos valores tutelados no plano do direito material, ou seja, que os interesses em jogo influenciam (ou devem influenciar) o próprio grau de exigência quanto ao reconhecimento da realidade fática trazida aos autos do processo.

⁵⁷⁸ *Ibidem*, p. 43.

Luiz Guilherme Marinoni, embora rejeite o estabelecimento de graus na convicção do juiz, destaca que situações próprias do direito material poderiam autorizar excepcionalmente julgamentos com base na convicção por verossimilhança e a redução das exigências de prova.

Vejamos:

Como o juiz deve se convencer de algo que está no plano do direito material, não há como exigir uma convicção *uniforme* para todas as situações de direito substancial. Em alguns casos, como os de lesões pré-natais, de seguro e relativos a atividades perigosas, a redução das exigências de prova ou de convicção de certeza é justificada pela própria estrutura e natureza dessas situações. Por isso, diante delas é admitida a convicção de verossimilhança. Tais situações têm particularidades próprias, *suficientes para demonstrar que a exigência de prova plena seria contrária ao próprio desejo do direito material. Nelas o próprio direito material não se concilia com a aplicação da regra do ônus da prova*⁵⁷⁹.

O autor salienta que o julgamento com base em convicção de verossimilhança seria apenas uma das maneiras para atender o direito material diante da fria regra do ônus da prova, destacando que sua inversão seria outra forma de adequar a convicção do juiz às particularidades do direito material⁵⁸⁰.

Cumprir referir, agora, a chamada teoria dinâmica do ônus probatório. Teoria perigosa, que deveria ser empregada com prudência, mas inegavelmente legítima no ordenamento constitucional brasileiro, especialmente quando a aplicação estática do art. 333, incisos I e II, do Código de Processo Civil, se revelasse em desconformidade com a Constituição Federal. Poder-se-ia falar em dinamização quando se tornasse inacessível à parte onerada diligenciar no cumprimento da produção probatória, ou seja, diante da *probatio diabolica*,

⁵⁷⁹ *Idem*, p. 270-271.

⁵⁸⁰ *Ibidem*, p. 270-271.

“estando o litigante estaticamente não-onerado em posição privilegiada quanto ao episódio controvertido, seja por deter conhecimento especial, seja por deter as provas relevantes”⁵⁸¹. Nesses casos, a aplicação estática do ônus da prova causaria afronta à garantia da ordem jurídica justa e à isonomia entre os litigantes⁵⁸².

Consoante lição de Alfredo Buzaid, Ministro da Justiça responsável pela elaboração do nosso Código de Processo Civil em vigor, a distribuição do ônus probatório, tal como positivada no art. 333⁵⁸³ do Código de Processo Civil, procurou justamente estabelecer critérios de igualdade entre os litigantes⁵⁸⁴. Essa regra possuiria uma dupla dimensão⁵⁸⁵. De modo objetivo, tratar-se-ia de regra de julgamento, destinada a servir como tábua de salvação para o julgador em caso de dúvida, levando à sucumbência aquele que não se teria desincumbido de seu ônus de provar. De modo subjetivo, tratar-se-ia de regra de estruturação e organização das atividades probatórias dos litigantes, dirigindo seu agir em razão de suas necessidades nesse campo⁵⁸⁶.

⁵⁸¹ KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 188.

⁵⁸² CARPES, Arthur Thompsen. *A distribuição dinâmica do ônus da prova no formalismo-valorativo*. AJURIS, ano XXXIII, nº. 104, dezembro, 2006, p. 9-18.

⁵⁸³ Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

⁵⁸⁴ BUZOID, Alfredo. *Do ônus da prova*. Justitia, ano XXV, vol. 40, 1º trimestre, 1963, p. 07-26.

⁵⁸⁵ AZÁRIO, Márcia Pereira. *Dinamicização da distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul. Dissertação de Mestrado, 2006. Ver, também, PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da Prova no Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 131 e seguintes.

⁵⁸⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Julgamento e ônus da prova*. In *Temas de Direito Processual: Segunda Série*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1988, p.73-82. BUZOID, Alfredo. *Do ônus da prova*. Justitia, ano XXV, vol. 40, 1º trimestre, 1963, p. 07-26.

A igualdade entre as partes que se procurava assegurar com a distribuição prévia do ônus probatório passou a ser questionada, pois em certas situações a observância estrita da regra ocasionaria verdadeira barreira ao reconhecimento do direito em juízo, mormente em razão de enormes dificuldades relacionadas com os instrumentais da prova⁵⁸⁷. A doutrina costuma referir a hipótese de indenização por erro médico, em que a comprovação do agir culposo do profissional da medicina, como elemento indispensável para a configuração do dever de indenizar, seria difícil para aquele que esteve anestesiado durante o procedimento cirúrgico. Por outro lado, o médico possuiria toda a documentação correspondente ao histórico do ato cirúrgico, tendo todos os elementos técnicos para demonstrar que agira dentro da técnica⁵⁸⁸.

Nesse sentido, a dinamização daquele modelo estático previsto na lei, diante das peculiaridades do direito material, serviria para balancear as dificuldades de prova para uma das

⁵⁸⁷ Por todos, AZÁRIO, Márcia Pereira. *Dinamicização da distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul. Dissertação de Mestrado, 2006. Vale destacar que “do ponto de vista do sistema probatório, o problema do acesso das partes à justiça coloca-se como sendo o direito que elas têm em relação às provas: estes direitos podem ser classificados em duas categorias gerais, das quais a primeira respeita ao direito das partes à prova (como expressão do direito de ação e a defesa); e a segunda está relacionada ao direito de participar na formação e na administração das provas (como expressão do princípio do contraditório)”. MICHELI, Gia Antonio; TARUFFO, Michele. *A Prova*. Revista de Processo, ano IV, nº. 16, out./dez., 1979, p. 155-168.

⁵⁸⁸ Dentre os vários precedentes destacados por Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior cumpre referir o julgamento da Apelação Cível nº. 597083534 pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por sua 1ª Câmara Cível, com voto condutor da lavra do Desembargador Armínio José Abreu Lima da Rosa, em que o relator analisou a questão com propriedade: “Não se ignora a dificuldade de obtenção de prova, sempre que a ação se funda em erro médico. Um arraigado, e equivocado, conceito de ética médica serve a obstaculizar a elucidação dos fatos, levando, no mais das vezes, à improcedência das demandas que visem à responsabilização de profissionais dessa área. Não por outra razão, em doutrina, com alguns reflexos jurisprudenciais, tem-se trazido a esta seara a denominada Teoria da Carga Dinâmica da prova, que outra coisa não consiste senão em nítida aplicação do princípio da boa-fé no campo probatório. Ou seja, deve provar quem tem melhores condições para tal. É a logicamente insustentável, que aquele dotado de melhores condições de demonstrar os fatos, deixe de fazê-lo, agarrando-se em formais distribuições do ônus de demonstração. O processo moderno não mais compactua com táticas ou espertezas procedimentais e busca, cada vez mais, a verdade.

Pois é na área da responsabilidade médica, em que o profissional da medicina tem, evidentemente, maiores (senão a única) possibilidades de demonstração dos fatos, que a referida concepção probatória encontra campo largo à sua incidência. Como consequência prática, inverte-se o ônus probatório. O médico é quem deve demonstrar a regularidade da sua atuação.” DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 90, vol. 788, junho, 2001, p. 92-107.

partes, garantindo justamente o equilíbrio entre os litigantes, porque imporia ao adverso – que possuiria todo o instrumental – o ônus de comprovação a respeito de determinadas circunstâncias fáticas⁵⁸⁹. Tratar-se-ia, em última análise, da aplicação do princípio da boa-fé no campo do direito probatório, germe de uma visão cooperativa do processo, ao deslocar o ônus da prova para aquele que possuiria as melhores condições, qualificando o diálogo e, conseqüentemente, a própria decisão⁵⁹⁰.

Não foi por outra razão que, para a facilitação da defesa dos direitos do consumidor em juízo, o legislador consagrou a possibilidade de inversão do ônus probatório, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência (CDC, art. 6º, VIII)⁵⁹¹. Destaca-se, ainda, que a legislação protetiva acolheu a teoria da responsabilidade objetiva pelo fato do produto ou do serviço (CDC, art. 12 e seguintes), impondo ao fornecedor *lato sensu* considerado (CDC, art. 3º), para se eximir da responsabilidade, a prova de que inexistia defeito no produto ou no serviço colocado no mercado (CDC, art. 12, § 3º, II e art. 14, § 3º, I).

⁵⁸⁹ CARPES, Arthur Thompsen. *A distribuição dinâmica do ônus da prova no formalismo-valorativo*. AJURIS, ano XXXIII, n.º 104, dezembro, 2006, p. 9-18. Ver, também, com destaque ao caráter público do processo e aos anseios sociais por efetividade real na prestação da tutela jurisdicional, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Ônus da Prova*. Revista Jurídica Consulex, ano IX, n.º 200, 15 de maio de 2005, p. 38-42.

⁵⁹⁰ Sobre a cooperação em geral, ver ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo*. Revista AJURIS, ano XXX, n.º 90, julho, 2003; DIDIER JUNIOR, Fredie. *O Princípio da Cooperação: uma apresentação*. Revista de Processo, n.º 127, ano 30, setembro de 2005, p.75-79. Sobre os reflexos da cooperação no âmbito probatório, ver AZÁRIO, Márcia Pereira. *Dinamicização da distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul. Dissertação de Mestrado, 2006.

⁵⁹¹ Ver, entre outros, SANTOS, Ernani Fidelis dos. *O ônus da prova no Código do Consumidor*. Revista do Direito do Consumidor, n.º 47, ano 12, julho-setembro, 2003, p. 269-279, FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 128-130.

A toda evidência, a aplicação da teoria dinâmica da prova vai ao encontro do escopo processual da prestação jurisdicional justa, e não se limitaria aos casos previamente estabelecidos na legislação, pois impossível ao legislador antever todas as situações em que o direito material – para ser concretizado efetivamente – viesse a exigí-la. Aliás, doutrina e jurisprudência já admitiriam seu emprego para além dos casos do direito do consumidor e da responsabilidade civil do profissional, como sói ocorrer, por exemplo, quando discutidos negócios jurídicos bancários⁵⁹², questões coletivas (v.g., direito ambiental⁵⁹³), responsabilidade dos sócios-gerentes no âmbito do direito tributário⁵⁹⁴, etc.

Em síntese, o direito material influenciaria toda a dinâmica do direito probatório, constatação evidente e óbvia, mas que não costuma ser destacada pela doutrina, talvez porque acomodada a pensar o processo – e, por conseguinte, a prova – como instituição neutra e

⁵⁹² Ilustrativamente, os seguintes julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, disponíveis em <<http://www.tj.rs.gov.br>>, acesso em 12.01.2008: Apelação Cível Nº 70010636504, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Julgado em 19/05/2005, e Apelação Cível Nº 70006513477, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 15/12/2004).

⁵⁹³ Assim o art. 10, § 1º, do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual: “Sem prejuízo do disposto no art. 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe à parte que detiver os melhores conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade na sua demonstração”. Disponível em <<http://www.direitoprocessual.org.br>>, acesso em 15.02.2008. SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. *A inversão do ônus da prova na reparação do dano ambiental difuso. In Aspectos Processuais do Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 18-43, ABELHA, Marcelo. Breves considerações sobre a prova nas demandas coletivas ambientais. *In Aspectos Processuais do Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 146-200.

⁵⁹⁴ EMBARGOS INFRINGENTES. DIREITO TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE DE SÓCIO-GERENTE. ART. 135, III, DO CTN. OFERECIMENTO À TRIBUTAÇÃO DE VALOR INFERIOR AO PRATICADO. CONTRARIEDADE À LEI. Age contra a lei, e por isso responsabiliza-se, administrador que, comprovadamente, oferece à tributação valor de operações de venda menor do que efetivamente praticado. É o caso do empresário que, realizando venda a prazo com utilização de capital próprio, exclui do valor tributado o que entende serem custos do financiamento. Encargo de provar o recurso a instituição financeira é do contribuinte, e não do Fisco, quanto mais não fosse porque quem, pelas circunstâncias, está em melhores condições de produção da prova. Teoria das cargas processuais dinâmicas. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS POR MAIORIA. (Embargos Infringentes Nº 70007802127, Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Janyr Dall'Agnol Júnior, Julgado em 04/06/2004).

indiferente aos valores protegidos juridicamente e às peculiaridades do caso concreto⁵⁹⁵. Porém, o paradigma vigente do formalismo-valorativo reclamaria justamente atenção a esses valores, que desaguariam no processo, permeando toda a atividade jurisdicional e atuando sobre os parâmetros inerentes à convicção do julgador. No âmbito do direito probatório, essa influência seria verificada no parâmetro indispensável para o reconhecimento do direito afirmado em juízo e na distribuição (dinâmica ou estática) do ônus da prova.

3.1.1.2 A (in)existência de modelos de constatação diferentes nas técnicas da tutela jurisdicional de urgência instável (cautelar e antecipatória).

Cumpra, agora, investigar a conformação dos requisitos legais dispostos no art. 273, I e no art. 798, do Código de Processo Civil com a inexistência de uniformidade nas relações de direito material e as infinitas possibilidades de urgência que poderiam decorrer na vida de relações. Vale destacar que o legislador ignorou a possibilidade de tutela jurisdicional definitiva, deixando de estabelecer, por conseguinte, requisitos para sua concessão, por isso que o ponto trata da tutela jurisdicional de urgência instável.

Com efeito, a doutrina usualmente se fixa nos conceitos de *fumus boni iuris* e de “prova inequívoca” da verossimilhança. O primeiro seria indispensável para a técnica cautelar; e

⁵⁹⁵ Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 227.

o segundo, para a técnica antecipatória. Em geral, além de criticar a expressão do *caput* do art. 273, conclui-se que a legislação teria imposto requisito mais robusto para esta técnica (ao exigir *prova inequívoca!*), o que, poder-se-ia dizer, seria uma espécie de modelo de constatação⁵⁹⁶.

Apenas para ilustrar, Humberto Theodoro Junior:

(...)

Outra grande distinção entre as medidas cotejadas está no terreno das provas. Para obter medida neutra, de caráter puro, é suficiente o *fumus boni iuris*, mera aparência do bom direito. Admite-se a concessão de medida da espécie até mesmo em situação de dúvida, sob o velho pretexto de que é preferível prevenir do que remediar.

No entanto, para alcançar a antecipação de tutela, a parte terá, obrigatoriamente, de produzir “prova inequívoca”. Haverá de apoiar-se em prova preexistente, que, todavia, não precisa de ser necessariamente documental. Terá, no entanto, ser clara, evidente, portadora de grau de convencimento tal que a seu respeito não se possa levantar dúvida razoável.

É inequívoca, em outros termos, a prova capaz, no momento processual, de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca a tutela antecipada, caso pudesse ser a causa julgada desde logo. (...)

Além da “prova inequívoca”, o requerente terá de apresentar ao juiz uma versão verossímil do quadro justificador de sua pretensão. Assim, a “*verossimilhança da alegação*” corresponde ao juízo de convencimento a ser feito em toda a conjuntura fática invocada pela parte que pretende a antecipação de tutela, não apenas quanto à existência de seu direito subjetivo material, mas também, e principalmente, no relativo ao perigo de dano e sua irreparabilidade, bem como ao abuso dos atos de defesa e a de procrastinação praticados pelo réu.

Exige-se, em outros termos, que os fundamentos da pretensão à tutela antecipada sejam *relevantes* e apoiados em prova *idônea*. Realmente, o perigo de dano e a temeridade da defesa não podem ser objeto de juízos de convencimento absoluto. Apenas por probabilidade são apreciáveis fatos dessa espécie. Mas, a lei não se contenta com a simples probabilidade, já que, na situação do art. 273 do CPC, reclama a *verossimilhança* a seu respeito, a qual somente se configurará quando a *prova* apontar para uma “probabilidade muito grande de que sejam verdadeiras as alegações do litigante”⁵⁹⁷.

A legislação teria consagrado modelos de constatação diferentes para a técnica cautelar e para a antecipatória. Opção justificável, porque, em geral, aquela possuiria menor

⁵⁹⁶ KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 46-48.

⁵⁹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. II, p. 792-793.

intensidade, pois se referiria à garantia de meios processuais instrumentais, enquanto que esta se relacionaria diretamente com a tutela pretendida ao final, como um verdadeiro adiantamento, e, portanto, com efeitos de maior proporção, deslocando para o desfavorecido o ônus de suportar o tempo do processo⁵⁹⁸. Assim, poder-se-ia dizer que a legislação teria promovido distinção de graus entre as duas técnicas da tutela de urgência instável, mormente em razão do emprego da expressão “prova inequívoca”⁵⁹⁹.

Ocorre, porém, que o critério adotado para essa conclusão só seria válido em todos os casos quando contrapostas medidas cautelares e medidas antecipatórias na mesma demanda. Daí, sim, aquela atingiria de modo mais “ameno” a esfera do adversário do que esta. Contudo, não seria errado dizer que certas providências cautelares poderiam gerar na esfera jurídica da parte adversa maiores restrições do que inúmeras providências antecipatórias. Por exemplo, havendo discussão sobre a posse ou a propriedade, autoriza o legislador o seqüestro de bem imóvel em razão de fundado receio de rixa (CPC, art. 822, I). Imagine-se que nesse imóvel fosse desenvolvida atividade empresarial que possibilitaria o sustento do possuidor e de sua família. Nesse caso, a medida cautelar de seqüestro poderia causar ao desfavorecido graves restrições, inclusive quanto a sua empresa. Por outro lado, não possuiria grandes ou graves proporções a providência que anteciparia efeitos da tutela preventiva pleiteada em ação declaratória de inexistência de dívida de modo a impor ao “falso” credor ordem de abstenção (efeito mandamental), proibindo-o de promover a inscrição do nome do pretense devedor em cadastro de inadimplentes. A validade do critério acima referido somente poderia ser verificável, em

⁵⁹⁸ CARPENA, Márcio Louzada. *Do Processo Cautelar Moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 105-106.

⁵⁹⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Antecipação de Tutela*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 27-28.

absoluto, diante do caso concreto. Em outras palavras, embora a maioria das situações pudesse ser enquadrada no modelo de constatação proposto na lei, somente no caso concreto seria possível identificar sua correspondência, e isso porque a urgência não poderia ser dissociada dos valores nele envolvidos.

Propaga-se, também, que maior deveria ser o grau de convicção do julgador a respeito do direito da parte quando impetrado mandado de segurança, considerando que a respectiva tutela de urgência estaria vinculada a direito líquido e certo, o qual somente poderia ser demonstrado pela prova documental acostada à petição inicial, salvo na excepcional hipótese do art. 6º, parágrafo único da Lei nº. 1.533/1951. Daí que a força do “fundamento relevante” (Lei nº. 1.533/1951, art. 7º, II) no expedito e típico mandado de segurança, deveria ser mais intensa do que a prova inequívoca, que, por sua vez, seria mais intensa do que o *fumus boni iuris*⁶⁰⁰.

Ora, considerando a generalização da lei e inexistência de uniformidade nas situações da vida e do direito material, o apontamento processual *a priori* de modelos de constatação para as técnicas da tutela jurisdicional de urgência não diz muito⁶⁰¹. Na verdade, a concepção do direito como um problema importaria sempre no exame das peculiaridades do caso concreto. Em outras palavras, o que realmente influenciaria no “grau” suficiente para o convencimento do julgador seriam as exigências fáticas (urgência), o direito material que se pretende tutelar e os efeitos da medida porventura deferida, aspectos diretamente relacionados

⁶⁰⁰ Ver, sobre o assunto, BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 36-37.

⁶⁰¹ *Idem*, p. 34-36.

com a margem de risco aceitável nos casos de julgamentos proferidos mediante cognição sumária. Vale transcrever as ponderações de Cassio Scarpinella Bueno:

Dados esses confrontos, seria possível tecer um gráfico de intensidade de convencimento do magistrado. O *fumus boni iuris* representa um grau menos intenso de convencimento do que a “prova inequívoca da verossimilhança da alegação”, que, por sua vez, é menos intensa do que o “fundamento relevante” do mandado de segurança. Isso está certo. Mas está certo no papel, porque não funciona na prática. Na prática, não é possível ligar à mente do magistrado que analisa uma petição inicial de ação cautelar, de ação com pedido de tutela antecipada ou de mandado de segurança, uns tantos conectores para que seja medido o grau ou intensidade de convencimento que ele forma a partir do que é narrado e/ou do documentado pelo autor. A questão, na realidade, tem de ser resolvida de modo mais fácil. Ou bem o magistrado se convence suficientemente de que o requerente tem algum direito já demonstrado (nem que seja retoricamente), e defere a providência jurisdicional de urgência, ou não se convence, e indefere o pleito de urgência. É evidente que, no processo de convencimento do magistrado, mesmo no exercício da tutela de urgência, a existência de elementos *seguros, concretos*, de prova (documentos, por exemplo), pode ser decisiva, mas isso é questão que não pode, por si mesma, apequenar o instituto, mormente quando se opta por partir de uma premissa de processo de resultados, desejado pela Constituição (art. 5º, XXXV)⁶⁰².

Nesse contexto, não conviria contrapor as expressões *relevante fundamento*, *prova inequívoca* e *fumus boni iuris*, como se houvesse significados diversos. Não parece saudável, também, ingressar na discussão a respeito do conceito de “prova inequívoca”, justamente porque conceitos não resolveriam por si só os problemas do foro, ainda mais quando se pretendesse dar a um texto ilógico algum significado. Aliás, juízo não se confundiria com a prova. Por isso seria adequado falar em juízo/convicção de verossimilhança, e não em prova de verossimilhança. A prova existiria para convencer o julgador de alguma coisa⁶⁰³.

⁶⁰² *Ibidem*, p. 36 e seguintes.

⁶⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 208-209.

3.1.2 A influência do direito material sobre o reconhecimento em juízo dos requisitos indispensáveis à tutela de urgência

Já restou suficientemente assentado que, como não poderia deixar de ser, o direito material influencia o arcabouço processual como um todo, atuando na investigação fática. Como consequência desta afirmação, mostra-se lógico e razoável especular que o direito material influenciaria a própria qualificação jurídica dos fatos. Isso ocorreria tanto na tutela jurisdicional de urgência quanto na tutela jurisdicional convencional. Naquela, o direito material atuaria sobre os requisitos indispensáveis para sua concessão e, inclusive, sobre os meios processuais (técnicas) de sua efetivação. Nesta, atuaria sobre os requisitos necessários para o reconhecimento definitivo do direito em juízo e, também, sobre os meios processuais de sua efetivação.

O desenvolvimento desse estudo passa pela investigação a respeito da influência do direito material sobre os requisitos necessários à tutela jurisdicional de urgência, o que se pretende fazer levando em conta as características peculiares dessa modalidade de proteção e o direito positivo em vigor.

3.1.2.1 A influência do direito material sobre a constatação da urgência

A urgência é um conceito jurídico indeterminado e vincula-se, no direito processual, ao *periculum in mora*. No preenchimento desse conceito, o julgador deveria observar o bem juridicamente protegido em perigo, pois não se poderia negar que certos bens possuiriam, ao menos em tese, maior relevância do que outros. No âmbito da proteção jurisdicional de urgência, quanto mais importante o valor tutelado maior o risco de prejuízo. Quando em perigo a vida ou à saúde humana, por exemplo, o reconhecimento da urgência seria cabal.

Vejamos, ilustrativamente, o seguinte julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que deferiu pedido de urgência para a realização de tratamento cirúrgico de hérnia discal e retirada de enxerto ósseo, com a utilização de materiais especiais indicados pelo médico, tendo sido reconhecido “provisoriamente” o direito da parte de ver os gastos do procedimento cobertos pelo respectivo plano de saúde:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA. MATERIAL IMPORTADO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DEFERIMENTO. PRESENÇA DA VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES E NECESSIDADE DE URGÊNCIA NA CONCESSÃO DO PROVIMENTO. ART. 273 DO CPC. DESNECESSÁRIA, A FIXAÇÃO DE ASTREINTE.

1. Os planos ou seguros de saúde estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor, enquanto relação de consumo atinente ao mercado de prestação de serviços médicos. Isto é o que se extrai da interpretação literal do art. 35 da Lei 9.656/98.

2. O objeto do litígio é o reconhecimento da cobertura pretendida, a fim de que a parte postulante possa efetuar o tratamento cirúrgico de hérnia discal e retirada de enxerto ósseo, sendo que o uso dos materiais especiais a serem

utilizados decorreu de indicação médica, diante das condições físicas da agravante.

3. Procedimento médico necessário para que a recorrente retome a sua jornada normal de vida, sem sofrer com as dores que lhe impedem de realizar suas atividades cotidianas.

4. No caso em exame estão presentes os requisitos autorizadores da tutela antecipada concedida, consubstanciado no risco de lesão grave e verossimilhança do direito alegado, não se podendo afastar o direito da agravada de discutir acerca da abrangência do seguro contratado, o que atenta ao princípio da função social do contrato.

5. Tutela que visa à proteção da vida, bem jurídico maior a ser garantido, atendimento ao princípio da dignidade humana.

6. A multa, por se tratar de medida extrema, deve ser aplicada em hipóteses de não obediência à determinação judicial, não se mostrando justificável e necessária a fixação da referida penalidade, pois não há qualquer evidência de que a parte agravada não cumprirá com o determinado nesta decisão. Agravo provido parcialmente. (Agravo de Instrumento Nº 70022577605, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 14/12/2007).

Por outro lado, vejamos, agora, decisão do mesmo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, proferida em hipótese diversa (é verdade), em que a urgência não restou configurada, embora reconhecida a necessidade “não emergencial” do procedimento cirúrgico em questão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE TRATAMENTO MÉDICO. AUSÊNCIA DE PROVA DE URGÊNCIA PARA O PROVIMENTO LIMINAR. A prioridade é que os tratamentos postulados sejam fornecidos pelo SUS, a fim de diminuir os custos do sistema público de saúde, sendo que a realização de cirurgia particular apenas deve ser deferida como última medida para garantir a vida e a saúde do cidadão. A circunstância de o demandante necessitar de cirurgia não significa que seja prontamente atendido. É preciso que haja prova de que a cirurgia não seja fornecida pelo Poder Público ou que, caso seja disponibilizada, que a situação clínica do requerente é tão urgente que se impõe a sua internação em clínica particular para o procedimento. No caso dos autos, por não haver prova de não-fornecimento da cirurgia pelo SUS ou de eventual fila de espera, bem como por não estar comprovada a urgência na pretensão, impõe-se manter a decisão de primeiro grau. AGRAVO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70021851811, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 13/02/2008).

Nesse julgado, entrou em jogo o interesse público⁶⁰⁴, já que o pedido fora direcionado contra ente estatal, porque o tratamento cirúrgico deveria ser realizado pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Então, não configurado o alegado risco à vida, a obrigação do Estado de prestações positivas em matéria de saúde, asseguradas no art. 196 da CF/88, deveria observar a reserva do possível, ou seja, o princípio da realidade⁶⁰⁵. Aqui, parece que a qualidade do réu como ente estatal importou para a configuração da urgência, visto que seu envolvimento no litígio redimensionou a discussão, trazendo ao processo questões de interesse público, o que, no caso, acabou por relativizar o preenchimento do conceito de urgência.

Ponto relevante quando em análise a influência do direito material sobre o requisito da urgência é a constatação de que certos direitos possuem mesmo natureza preventiva, tal como

⁶⁰⁴ O conceito de interesse público é vago, indeterminado. Discorre a doutrina acerca do tema, sem impor conclusões rígidas. Defende-se a superação da mera oposição entre interesse público e privado, como ideal do Estado Liberal. Busca-se enquadrar o conceito histórico diante da categoria dos direitos fundamentais, em especial, no direito administrativo, aos direitos fundamentais de prestação. Relaciona-se com os interesses do todo, do bem geral (interesses que podem ser de titularidade individual, coletiva ou difusa). Sobre o assunto, JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 35-74. Ver, também, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 19ª. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 48-52.

⁶⁰⁵ Nesse exato sentido, precedente da lavra do Desembargador Araken de Assis. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº. 70020359279, Quarta Câmara Cível, Relator Des. Araken de Assis, Julgado em 26/09/2007. Ainda, os seguintes julgados: AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. FORNECIMENTO DE APARELHOS AUDITIVOS A NECESSITADA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 273 DO CPC. O direito à saúde é assegurado a todos, devendo os necessitados receberem do ente público os medicamentos e, no caso, os aparelhos auditivos necessários. Aplicação do artigo 196 da Constituição Federal. Contudo, no caso presente, não estão demonstrados os requisitos autorizadores da concessão da medida, pois para seu deferimento deve haver demonstração de prova inequívoca dos requisitos previstos no art. 273, do CPC. A ausência de prova da urgência e perigo de dano irreparável impossibilita a concessão da tutela antecipada para o fornecimento dos aparelhos auditivos requeridos. Precedentes do TJRS. Agravo de instrumento provido. (Agravo de Instrumento Nº 70016982183, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 25/09/2006), AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SAÚDE PÚBLICA. MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS. SERTRALINA 50MG E HIDERGINE 1MG. AÇÃO ORDINÁRIA C/C TUTELA ANTECIPADA. INDEFERIMENTO NA ORIGEM. DECISÃO MANTIDA. De acordo com o novo entendimento que vem sendo adotado pela Quarta Câmara Cível, na difícil missão de adequar os recursos públicos às necessidades das pessoas, estabelecendo-se prioridades, deve ser mantida a decisão proferida na origem, porque, no caso, inexistente a prova da urgência da concessão do medicamento pleiteado. AGRAVO NÃO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70010549673, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Wellington Pacheco Barros, Julgado em 01/06/2005). Disponível em <<http://www.tj.rs.gov.br>>, acesso em 12.01.2008.

ocorre no âmbito do direito ambiental⁶⁰⁶. O desenvolvimento social – ainda que “sustentável⁶⁰⁷” – produziria efeitos danosos sobre o meio ambiente⁶⁰⁸. As previsões seriam catastróficas: o fim da civilização como a conhecemos; talvez o fim da própria humanidade. Daí a Constituição Federal consagrar que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, listando uma série de medidas em busca desse objetivo. Trata-se do princípio da precaução. Vejamos resenha de Paulo Affonso Leme Machado:

Gerd Winter diferencia perigo ambiental de risco ambiental. Diz que, “se os perigos são geralmente proibidos, o mesmo não acontece com os riscos. Os riscos não podem ser excluídos, porque sempre permanece a probabilidade de um dano menor. Os riscos podem ser minimizados. Se a legislação proíbe ações perigosas, mas possibilita a mitigação dos riscos, aplica-se o ‘princípio da precaução’, o qual requer a redução da extensão, da frequência ou da incerteza do dano”.

Os riscos são “reais e irreais ao mesmo tempo. De um lado, existem ameaças e destruições que são já bem reais: a poluição ou a morte das águas, a desapareção de florestas, a existência de novas doenças etc. Do outro lado, a verdadeira força social do argumento do risco reside justamente nos perigos que se projetam para o futuro. Na sociedade do risco, o passado perde sua função determinante para o presente. É o futuro que vem substituí-lo e é, então, alguma coisa de inexistente, de construído, que se torna a ‘causa’ da experiência e da ação no presente” – assinala Ulrich Beck. “O princípio da precaução é atualmente uma referência indispensável em todas as abordagens relativas aos riscos” – afirma Michel Prieur.

A implementação do princípio da precaução não tem por finalidade imobilizar as atividades humanas. Não se trata da precaução que tudo

⁶⁰⁶ Ver, entre outros, FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000.

⁶⁰⁷ Aconselha-se o leitor a refletir sobre as colocações de José Maria Rosa Tesheiner, em escrito simples, objetivo e crítico, em que apresenta um texto de Peter Russel sobre o tema. TESHEINER, José Maria Rosa. *Crítica ao desenvolvimento sustentado*. Disponível em <<http://www.tex.pro.br>>, acesso em 10.01.2008.

⁶⁰⁸ No campo específico do direito ambiental, identifica-se a chamada irreversibilidade do dano ambiental, inviável de ser ressarcido do ponto de vista pecuniário, sendo discutível a efetividade das medidas compensatórias. Nesse contexto, mostram-se sobremaneira importantes as medidas jurisdicionais urgentes de proteção. Ver, entre outros, BOTELHO, Nadja Machado. *Efetividade da tutela jurisdicional e irreversibilidade do dano ambiental*. Revista de Processo, ano 32, nº. 148, junho, 2007, p. 76-98; PRUDENTE, Antônio Souza. *Tutela mandamental-inibitória do Risco Ambiental*. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, vol. 15, nº. 6, junho, 2003, p. 32-38.

impede ou que em tudo vê catástrofes ou males. O princípio da precaução visa à durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e à continuidade da natureza existente no planeta⁶⁰⁹.

Nesses casos, como em outros em que o direito material guardaria relação com princípios protetivos e valores sensíveis (v.g., direito do consumidor⁶¹⁰, questões de família⁶¹¹, direitos personalíssimos⁶¹²), o julgador não poderia deixar de considerar essa natureza peculiar quando da valoração das provas existentes a respeito da situação de urgência. Não se poderia

⁶⁰⁹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 12ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 56.

⁶¹⁰ SANTOS, Ernani Fidelis dos. *O ônus da prova no Código do Consumidor*. Revista do Direito do Consumidor, n.º. 47, ano 12, julho-setembro, 2003, p. 269-279, FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 128-130.

⁶¹¹ Sobre as medidas urgentes no direito de família, assim a lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “O direito de família disciplina as relações formadas na esfera da vida familiar, com origem no casamento ou na união estável e na filiação decorrente do fato natural da procriação ou dos meios legais de adotar.

Esses delineamentos bem demonstram envolver tal ramo do fenômeno jurídico valores sensíveis e de grande significação emocional, às vezes de cunho material, vinculadas à realização de necessidades íntimas do ser humano, a exigir no plano processual uma pronta resposta da jurisdição. Daí a conveniência de se lhe aplicar a tutela de urgência e outras espécies de providências assemelhadas tendentes à rápida solução do litígio decorrente da relação familiar”. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *A tutela de urgência e o direito de família*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 01. Ver, também, FUX, LUIZ. *A Tutela de Urgência na Jurisdição de Família. Cautelares. Tutela Antecipada*. Revista EMERJ, vol. 04, n.º. 14, 2001, p. 51-61. A relevância dos valores envolvidos no direito de família é enorme, porque diz com aquilo mais íntimo do ser humano, com o que ocorre em seu lar. Somente para ilustrar, transcrevo o seguinte julgado do Tribunal de Justiça, em que se buscou preservar as relações familiares já conturbadas diante de uma acusação “não verossímil”, embora o risco de repetição de dano personalíssimo gravíssimo: DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. ABUSO SEXUAL. ADOLESCENTE ABRIGADA. PEDIDO DE AFASTAMENTO DO VARÃO DA MORADA DA FAMÍLIA. 1. Estando a jovem abrigada, onde vem recebendo assistência psicológica, com possibilidade de sair com amiga e visitar a família, recebendo também visita da mãe e das irmãs, mostrando-se bem amparada, mostra-se cabível a realização de avaliação psicológica e também estudo social na família antes de determinar o afastamento do genitor do lar, já que a genitora duvida da palavra da filha e o irmão mais velho, que também mora no lar, mostra-se revoltado com a denúncia feita pela irmã. 2. Nesse contexto, a concessão pura e simples da liminar, determinando o retorno da jovem e o afastamento do genitor, teria o condão de apenas aumentar as tensões familiares. Recurso desprovido. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Agravado de Instrumento N.º 70014432108, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 03/05/2006). Sobre aspectos peculiares de direito processual de família, ver, entre outros, MARANHÃO, Clayton. *Algumas Questões de Direito Processual de Família*. In *Repertório de Doutrina Sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. Coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier, Eduardo de Oliveira Leite. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 64-85, vol. 04; WAMBIER, Teresa. *Apontamentos sobre alguns aspectos processuais do direito de família*. In *Repertório de Doutrina Sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. Coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier, Eduardo de Oliveira Leite. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 253-265, vol. 02.

⁶¹² Sobre os direitos de personalidade do consumidor, ver MIRAGEM, Bruno. *Os direitos de personalidade e os direitos do consumidor*. Revista AJURIS, vol. 32, n.º. 97, 2005, p. 33-67.

esquecer a advertência de Danilo Knijnik anteriormente mencionada, no sentido de que caberia ao direito material e aos valores consagrados no ordenamento, como parâmetros definidores do nível de erro aceitável, cujo risco seria inevitável, ditar o *grau de certeza* necessário à valoração do substrato probatório⁶¹³.

Destaca-se que, em qualquer caso – independentemente do valor tutelado –, deve o julgador expor o exame sobre as provas existentes, fundamentando sua decisão quanto ao ponto (verificação da urgência). Isso porque a questão não poderia ser simplesmente generalizada. Em outras palavras, seria preciso demonstrar a valoração jurídica a respeito, não bastando menção ao risco de dano a relevante interesse juridicamente protegido (de titularidade individual, coletiva ou difusa) para justificar a situação de urgência.

Para ilustrar a afirmativa, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou Suspensão de Segurança requerida pelo município de Fortaleza (CE) para suspender a execução de liminar deferida pelo Juízo da 6ª Vara da Fazenda Pública daquela capital, que determinava a exigência do imposto de transmissão “inter vivos” de bens imóveis (ITBI) somente quando efetivada a transferência do imóvel. O município sustentou a ocorrência de grave lesão à ordem pública, porque a execução da liminar prejudicaria a arrecadação tributária, “obstando relevante função estatal que se apresenta como atividade-meio indispensável à realização das atividades-fins municipais”, alegando, também, a existência de grave lesão à economia municipal, pelo possível efeito multiplicador da liminar impugnada. No entanto, a Ministra Relatora Ellen Gracie afirmou que o município cearense “não demonstrou, de maneira concreta e objetiva, a

⁶¹³ KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 44-45.

dimensão das lesões suscitadas”, destacando que segundo a jurisprudência do STF não bastaria a mera alegação de lesão, sendo necessária “a comprovação inequívoca de sua ocorrência”, lembrando “que a decisão que delimita o aspecto temporal do fato gerador do ITBI, por não resultar em minoração da arrecadação tributária, não ofende a ordem ou a economia públicas”⁶¹⁴. Percebe-se, pois, que não bastaria alegar grave lesão a determinado valor, por mais importante que fosse (v.g., vida, ordem pública, ordem econômica), mostrar-se-ia preciso comprovar que essa urgência seria justificada em razão dos fatos trazidos pelo requerente.

Sobre o primeiro elemento, pode-se dizer que compete ao julgador preencher o conceito jurídico de urgência observando as exigências e as peculiaridades do direito material, em especial a importância do valor tutelado e os modos de sua proteção no caso concreto, bem como a qualidade das partes envolvidas na demanda. Em qualquer hipótese, deve promover a indispensável fundamentação sobre o ponto, esclarecendo a relação entre o risco de dano e as provas existentes nos autos.

3.1.2.2 A aparência do direito e o direito material envolvido

Na investigação sobre a aparência do direito (segundo elemento), o juiz está apto a formar seu convencimento com base na chamada *verossimilhança preponderante*, tutelando o

⁶¹⁴ STF. Suspensão de Segurança nº. 3223/CE. Pleno. Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 11.10.2007, publicado em 31.10.2007.

provável em detrimento do improvável, justamente para afastar o risco de lesão ao direito daquele que parece ter razão⁶¹⁵. Já restou assentado que o direito material influencia o campo probatório, seja quanto ao parâmetro necessário para a investigação da verdade, seja com o próprio deslocamento do ônus da prova⁶¹⁶. Em matéria de urgência, essas constatações possuem plena validade.

Falou-se em direitos de natureza protetiva, impondo-se um parâmetro mais reduzido para fins de verificação da urgência. A constatação também é válida no que se refere ao reconhecimento do direito aparente. Porém, essa é apenas uma afirmação generalizada. Mostra-se imprescindível colocar em pauta o interesse juridicamente tutelado que se pretende proteger e confrontá-lo com outros possivelmente colidentes, realizando as indispensáveis relações com a prova existente. Isso porque o direito material também pode exigir um parâmetro maior para fins do reconhecimento do direito aparente, tal como ocorre, por exemplo, no âmbito do direito administrativo, quando se pretende desconstituir ato dessa natureza, em razão da presunção de sua validade (ou legalidade)⁶¹⁷. Sobre o assunto, vejamos a lição de Marçal Justen Filho:

A presunção de legitimidade do ato administrativo é um instrumento necessário à satisfação dos deveres inerentes à função administrativa. Como há encargos impostos ao Estado e fins que deve realizar, tem ele de dispor de instrumental jurídico compatível.

Não seria possível ao Estado cumprir suas funções administrativas se lhe fosse reservada situação jurídica idêntica àquela dos

⁶¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 213.

⁶¹⁶ *Idem*, *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto*. Revista dos Tribunais, ano 96, vol. 862, agosto de 2007, p. 11-21.

⁶¹⁷ Sobre as relações entre o processo civil e o controle dos atos administrativos, ver, entre outros, as interessantes colocações de ASSIS, Araken de. *Relações do processo civil com os processos penal e administrativo*. Revista Ajuris, ano XXXII, nº100, dezembro de 2005, p. 31-57.

particulares. Se não houvesse a presunção de legitimidade do ato administrativo, o Estado teria de recorrer ao Poder Judiciário para obter provimento jurisdicional comprovando a legitimidade de seus atos, e somente assim poderia vincular os terceiros.

(...)

A relevância da presunção de legitimidade do ato administrativo reside na geração de efeitos vinculantes para terceiros. A autoridade administrativa dispõe de poderes para gerar unilateralmente atos jurídicos oponíveis a terceiros, sem que haja necessidade de participação do interessado ou do Judiciário. No direito privado, todo ato jurídico se presume legítimo relativamente apenas a quem o produziu.

Os atos jurídicos privados têm a eficácia de vincular a quem os produz – mas apenas a eles. Diversamente se passa no tocante ao ato administrativo, que goza de presunção de legitimidade e regularidade, o que significa a produção de efeitos jurídicos que vinculam não apenas à Administração Pública, mas também a terceiros.

A presunção de legitimidade compreende a instauração de relações jurídicas (previstas em normas legais) por meio de ato administrativo, sem a necessidade de manifestação de vontade do particular atingido.

(...)

O primeiro aspecto da presunção de legitimidade se relaciona com o conteúdo do ato administrativo. Presume-se que o conteúdo é compatível com o direito e que os fatos cuja ocorrência é afirmada efetivamente ocorreram.

Isso envolve a presunção de regularidade quanto:

- à interpretação jurídica adotada pela Administração para o direito aplicável ao caso;

- à avaliação e qualificação jurídica dos fatos relevantes para o caso;

- ao exercício de competências discricionárias e vinculadas atribuídas à Administração;

- à afirmação por parte da Administração quanto à ocorrência dos atos relevantes⁶¹⁸.

Percebe-se, pois, que a própria natureza do ato administrativo importa nessa característica, consistente na idéia de que, uma vez realizado, “guardará em seu favor a presunção de que foi praticado de acordo com a ordem jurídica (de que é válido, portanto) e de que seu conteúdo traduz-se como verdadeiro. Tal atributo, cumpre salientar, apresenta-se em

⁶¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 203-204. Ver, também, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 19ª. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 389-390, MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. 22ª edição. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 141-143.

todos os atos administrativos”⁶¹⁹. Como consequência, em geral, mostra-se desnecessário à administração pública comprovar a validade do ato para gerar efeitos perante terceiros. Em matéria de urgência, em que é admitida a convicção por *verossimilhança preponderante*, essa circunstância advinda do direito material mostra-se assaz relevante.

Destaca-se, inclusive, que por diversas vezes o ato administrativo seria baseado em critérios técnicos, examinados previamente pelo administrador. Nesses casos, ainda com maior razão seria preciso atender à peculiaridade do direito material, justamente porque o julgador poderia desconhecer os termos especializados do problema⁶²⁰. Não haveria dúvida a respeito da validade dessa afirmativa. Porém, não se poderia levá-la ao extremo. Vejamos o seguinte precedente exarado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em demanda proposta para fins de restabelecimento de auxílio-doença, promovida contra o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), autarquia federal:

PROCESSUAL CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. MATÉRIA QUE RECLAMA A PRODUÇÃO DE PROVA. AUSÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA A CONVENCER DA VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO DA PARTE.

Se a simples apresentação de atestados unilaterais, relativos a patologias equiparadas ao acidente, fosse suficiente ao deferimento do benefício, então para nada serviriam as perícias feitas pelo corpo médico do INSS. Bastava à parte apresentá-las em antagonismo ao resultado administrativo. O caráter de oficialidade da perícia administrativa levada a efeito pela autarquia somente cede, para os fins colimados pela parte, ante a verificação de fato que não reclama a especialidade apresentada (e.g. perda de um dedo, de uma função), o que pode ser de imediato avaliado pelo julgador, fazendo tão somente a subsunção do fato à norma. Ora, antecipação dos efeitos da tutela é análise de mérito. Em acidente do trabalho a prova pericial é essencial e determinante dos resultados da demanda. A hipótese, como visto, assim não o permite,

⁶¹⁹ MAFFINI, Rafael. *Direito Administrativo*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 85-87.

⁶²⁰ SUNFIELD, Carlos Ari & CÂMARA, Jacintho Arruda. *Controle Judicial dos Atos Administrativos: As questões Técnicas e os Limites da Tutela de Urgência*. Revista Interesse Público. Porto Alegre, Editora Notadez, ano 04, nº. 16, outubro/dezembro, 2002, p. 23-38.

reclamando que se produza prova judicializada, com a estrita observância do princípio do contraditório. AGRADO DE INSTRUMENTO PROVIDO DE PLANO. (Agravo de Instrumento Nº 70023161516, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Antônio Kretzmann, Julgado em 18/02/2008).

A presunção de legitimidade do ato administrativo (perícia realizada pelo INSS) poderia ser desconstituída, inclusive em sede de antecipação de tutela, bastando a existência de elementos probatórios suficientes para tanto. Situação, aliás, em que deveria ser considerada a urgência do pedido, os valores envolvidos, as circunstâncias do caso, a prova indiciária, as máximas de experiência⁶²¹, enfim, todo o arcabouço que envolveria a verificação dos fatos e sua qualificação jurídica. Nesse sentido, a seguinte decisão, proferida também no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ACIDENTÁRIA. AUXÍLIO-DOENÇA. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. REVOGAÇÃO APÓS PERÍCIA ADMINISTRATIVA. PROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO.

Presentes os pressupostos legalmente previstos para a tutela antecipada, a sua concessão é medida que se impõe, mesmo contra a autarquia, em face do caráter alimentar do benefício, em situações excepcionais. Há prova documental atestando que a doença apresentada pela segurada ainda se faz presente, inclusive atestado contemporâneo à perícia realizada pela Autarquia. Diante desse quadro, insuficiente a mera conclusão em sentido contrário da perícia administrativa, máxime quando a parte exerce atividade que exige força dos membros superiores, já que é auxiliar de serviços gerais, devendo-se, então aguardar-se a perícia judicial, a qual já está determinada, quando então poder-se-á ter melhores elementos para reexaminar-se a questão. AGRADO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70022183420, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Ary Vessini de Lima, Julgado em 16/11/2007).

⁶²¹ Sobre as máximas de experiência, indispensável a leitura da obra de STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. 2ª edição. Tradução da edição alemã por Andrés de La Oliva Santos. Madrid: Editorial Centro Estudios Ramón Areces, 1990. Tivemos a oportunidade de investigar o assunto, com a indicação da pouca bibliografia produzida no direito brasileiro: BAGGIO, Lucas Pereira. *O artigo 335 do Código de Processo à luz da categoria das máximas de experiência*. In *Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Coordenador Danilo Knijnik. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 181-202.

Em matéria de urgência, a presunção de legitimidade do ato administrativo questionado não importaria propriamente na inversão do ônus probatório, mas na idéia de que o ato, em princípio, é válido, havendo a adequada qualificação jurídica dos fatos que envolveriam a demanda. Por isso falar-se em *verossimilhança preponderante*.

De qualquer sorte, o direito material – além de influenciar no parâmetro necessário ao convencimento, de modo a reduzi-lo ou aumentá-lo, dependendo do ângulo – também poderia levar à inversão do ônus probatório, circunstância que não poderia deixar de ser observada em sede de tutela jurisdicional de urgência.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, encontramos decisões antagônicas a respeito de pedido de antecipação de tutela formulado pelo Ministério Público em sede de semelhantes ações coletivas de consumo, fundadas na prática de preços abusivos no fornecimento de combustíveis. Discute-se, em primeiro lugar, se seria possível inverter o ônus da prova em favor do Ministério Público. Depois, se haveria elementos suficientes para a concessão da tutela de urgência para coibir a margem de lucro bruto acima de 14,1% na venda de combustíveis ao consumidor, tomando-se como base o preço de aquisição junto à distribuidora.

Sobre a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do Ministério Público, têm-se entendido que, como “substituto processual dos consumidores”, tal inversão mostrar-se-ia adequada, em especial quanto aos fatos em que haveria dificuldade de comprovação, fatos que dependeriam de documentos que estivessem na posse das sociedades

empresárias demandadas⁶²². Por outro lado, em outros julgados, têm-se entendido que a atuação qualificada do Ministério Público não poderia induzir na constatação de sua hipossuficiência quanto ao material probatório, aplicando-se a regra do art. 333, I, do CPC⁶²³.

Invariavelmente, os pedidos de urgência foram indeferidos naqueles julgados que consideraram descabida a inversão do ônus da prova⁶²⁴. Naqueles em que fora admitida, ora foi deferida a medida antecipatória, ora foi negada. Deferiu-se porque se entendeu verossímil a alegação de prática de abuso econômico e presente o risco de dano à coletividade consumerista⁶²⁵. Indeferiu-se porque a manutenção da situação causaria menor prejuízo aos consumidores (prejuízo diluído) do que às sociedades empresárias, pois seus efeitos seriam irreversíveis, afrontando o princípio da livre concorrência, motivo pelo qual se entendeu que ao menos o contraditório deveria ser respeitado⁶²⁶.

⁶²² Nesse sentido: Agravo de Instrumento n°. 70019948496, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 11/06/2007 e Agravo de Instrumento n°. 70015944101, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Francisco Pellegrini, Julgado em 03/10/2006. Disponíveis em <<http://www.tj.rs.gov.br>>, acesso em 12.01.2008.

⁶²³ Nesse sentido: Agravo de Instrumento n°. 70020531166, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 05/09/2007; Agravo de Instrumento n°. 70016623761, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ergio Roque Menine, Julgado em 30/08/2006; Agravo de Instrumento n°. 70015733645, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgado em 10/08/2006. Disponíveis em <<http://www.tj.rs.gov.br>>, acesso em 12.01.2008.

⁶²⁴ Ver precedentes na nota anterior.

⁶²⁵ Nesse sentido: Agravo de Instrumento n°. 70015944101, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Francisco Pellegrini, Julgado em 03/10/2006. Disponível em <<http://www.tj.rs.gov.br>>, acesso em 12.01.2008.

⁶²⁶ Nesse sentido: Agravo de Instrumento n°. 70019948496, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 11/06/2007; Agravo de Instrumento n°. 70016131732, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Bayard Ney de Freitas Barcellos, Julgado em 13/12/2006 e Agravo de Instrumento n°. 70015958812, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 11/07/2006. Disponíveis em <<http://www.tj.rs.gov.br>>, acesso em 12.01.2008.

Desse breve resumo a respeito do problema da suposta prática de abuso econômico trazido ao Tribunal, extrai-se a importância da delimitação a respeito da inversão do ônus probatório, pois somente naqueles casos em que tal ocorreu foram deferidas as medidas de urgência. Extrai-se, também, que o julgador não pode deixar de observar as restrições causadas ao desfavorecido com a tutela urgente.

Com efeito, embora a fixação *a priori* de valores preponderantes no ordenamento jurídico possa ser considerada válida e verdadeira em certos casos, como na afirmação de que “direitos patrimoniais são menos importantes do que aqueles personalíssimos, de caráter não patrimonial”, a visualização do direito processual como um problema impede a aceitação pura e simples dessas generalizações. Impõe-se, portanto, a confrontação do direito invocado pelo requerente com aquele que toca a parte adversa, bem como com as provas produzidas, a fim de ser evitada decisão abstratamente brilhante, mas muito distante da realidade do caso. A afirmação, embora óbvia, merece mesmo ser ressaltada, para que o direito material não sirva como válvula de escape para decisões puramente ideológicas. Desse modo, pode-se dizer que a verificação do direito aparente (segundo elemento) depende da relação entre as posições em disputa com o exame a respeito das provas e dos fatos alegados.

Questão relevante quando em análise a relação entre os valores protegidos no direito material e a tutela jurisdicional de urgência é a vedação legal imposta para a concessão

de medidas emergenciais contrárias à Fazenda Pública⁶²⁷. A Lei nº. 8.437/92 assim disciplina a questão:

Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

§ 1º Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública.

§ 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.

Desde a introdução da antecipação de tutela no Código de Processo Civil, deu-se início ao debate doutrinário e jurisprudencial acerca da aplicabilidade do instituto nas demandas promovidas contra a Fazenda Pública. De um lado, na esteira da imposição legal do reexame necessário (CPC, art. 475), afirmou-se que qualquer sentença desfavorável somente poderia surtir efeito após a respectiva confirmação pelo Tribunal (CPC, art. 475⁶²⁸), não sendo possível que uma decisão interlocutória pudesse fazê-lo. Afirmou-se, também, que o art. 100 da

⁶²⁷ Sobre o assunto, vale a leitura de DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *A Antecipação dos Efeitos da Tutela Contra a Fazenda Pública*. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, nº. 24, maio/jun., 2008, p. 05-30.

⁶²⁸ Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI). (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

Constituição Federal⁶²⁹ – ao estabelecer o precatório como meio para o pagamento de todas as obrigações pecuniárias da Fazenda – impediria a aplicação da técnica antecipatória. Essas considerações ganhariam respaldo no referido art. 1º, § 3º, da Lei nº. 8.437/92, ao vedar a “medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação”.

Por outro lado, a doutrina mais preocupada com anseios sociais de realização da tutela jurisdicional efetiva refutou os argumentos limitadores da abrangência do instituto. Afirmou-se que o reexame necessário não poderia obstaculizá-lo, considerando a natureza diversa dessa decisão antecipatória e da própria sentença. Aliás, o próprio sentido da técnica antecipatória seria o de antecipar certos efeitos, justamente porque determinando ato jurisdicional não teria efeito imediato⁶³⁰. Em outras palavras, a inadmissão dessa técnica, por estar à sentença que vier a confirmá-la sujeita a remessa necessária por força do art. 745, I, do CPC, importaria na impossibilidade de admissão de sua aplicação nos casos em que a apelação fosse recebida no duplo efeito (mesmo não sendo parte a Fazenda Pública), por força do art. 520, *caput*, do CPC. Do contrário, estar-se-ia minando a coerência interpretativa, maculando a lógica do sistema, na medida em que a remessa *ex officio* não passaria de mero expediente destinado a suprir a inércia dos representantes judiciais da Fazenda Pública quanto a não interposição do recurso voluntário⁶³¹.

⁶²⁹ Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

⁶³⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 136-138.

⁶³¹ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Tutela Antecipada*. 5ª edição. Curitiba: Juruá, 2006, p. 196-198.

No que se refere à limitação orçamentária, afastou-se o argumento porque nem toda pretensão exercitável contra a Fazenda Pública diria respeito à condenação em pecúnia, sendo que o precatório não seria o único meio de efetivação da respectiva tutela. Além disso, nos casos em que se buscasse a antecipação de valores, a espera pelo processamento do precatório atingiria frontalmente o direito de prestação efetiva da tutela jurisdicional, assegurado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal⁶³². Caberia à Administração Pública, que se pressupõe eficiente (CF, art. 37, *caput*), encontrar outros meios para cumprimento da medida, não sendo possível deslocar o ônus do problema da “fila de credores” ao cidadão (jurisdicionado), que teria reconhecido seu direito, ainda que em sede de cognição sumária, e se encontraria em posição desfavorável em razão do receio de dano⁶³³.

Além disso, afirmou-se que o art. 1º, § 3º, da Lei nº. 8.437/92, não seria aplicável à técnica antecipatória, na medida em que objetivaria combater as chamadas “cautelares satisfativas”, sendo que a introdução dessa técnica no sistema ocorreu em data posterior (Lei nº. 8.952/94), revogando aquela. Foi dito que a “cautelar satisfativa” era algo indesejável, e a antecipação da tutela não o é⁶³⁴.

Nesse contexto, apreçou-se o Poder Executivo na edição da Medida Provisória nº. 1.570/97, rapidamente convertida na Lei nº. 9.494/97, disciplinando em seu art. 1º que as restrições da Lei nº. 8.347/92 aplicar-se-iam aos artigos 273 e 461 do CPC, ou seja, restringiu a

⁶³² MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.328-338.

⁶³³ BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 136-138.

⁶³⁴ *Idem*, p. 136-138.

abrangência das medidas de urgência nas demandas que envolvessem a Fazenda Pública. A doutrina tachou a inconstitucionalidade desse diploma legal, que estava a afrontar o art. 5º, XXXV, da CF, de modo expresso. Então, fora manejada ação direta de constitucionalidade (ADC nº. 4⁶³⁵), em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, com efeito vinculante, a constitucionalidade do dispositivo. Assim, não caberia medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar, preventiva ou antecipatória, toda vez que providência semelhante não pudesse ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal⁶³⁶.

⁶³⁵ EMENTA: AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI N 9.494, DE 10.09.1997, QUE DISCIPLINA A APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. MEDIDA CAUTELAR: CABIMENTO E ESPÉCIE, NA A.D.C. REQUISITOS PARA SUA CONCESSÃO. 1. Dispõe o art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.1997: "Art. 1º. Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, o disposto nos arts 5º e seu parágrafo único e art. 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 09 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992." 2. Algumas instâncias ordinárias da Justiça Federal têm deferido tutela antecipada contra a Fazenda Pública, argumentando com a inconstitucionalidade de tal norma. Outras instâncias igualmente ordinárias e até uma Superior - o S.T.J. - a têm indeferido, reputando constitucional o dispositivo em questão. 3. Diante desse quadro, é admissível Ação Direta de Constitucionalidade, de que trata a 2ª parte do inciso I do art. 102 da C.F., para que o Supremo Tribunal Federal dirima a controvérsia sobre a questão prejudicial constitucional. Precedente: A.D.C. n 1. Art. 265, IV, do Código de Processo Civil. 4. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzem eficácia contra todos e até efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, nos termos do art. 102, § 2º, da C.F. 5. Em Ação dessa natureza, pode a Corte conceder medida cautelar que assegure, temporariamente, tal força e eficácia à futura decisão de mérito. E assim é, mesmo sem expressa previsão constitucional de medida cautelar na A.D.C., pois o poder de acautelar é imanente ao de julgar. Precedente do S.T.F.: RTJ-76/342. 6. Há plausibilidade jurídica na arguição de constitucionalidade, constante da inicial ("fumus boni iuris"). Precedente: ADIMC - 1.576-1. 7. Está igualmente atendido o requisito do "periculum in mora", em face da alta conveniência da Administração Pública, pressionada por liminares que, apesar do disposto na norma impugnada, determinam a incorporação imediata de acréscimos de vencimentos, na folha de pagamento de grande número de servidores e até o pagamento imediato de diferenças atrasadas. E tudo sem o precatório exigido pelo art. 100 da Constituição Federal, e, ainda, sob as ameaças noticiadas na inicial e demonstradas com os documentos que a instruíram. 8. Medida cautelar deferida, em parte, por maioria de votos, para se suspender, "ex nunc", e com efeito vinculante, até o julgamento final da ação, a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.97, sustando-se, igualmente "ex nunc", os efeitos futuros das decisões já proferidas, nesse sentido. (STF. ADC-MC 4/DF. Tribunal Pleno. Relator Ministro Sydney Sanches, julgamento 11.02.1998, publicação em 21.05.1999).

⁶³⁶ Por um exame mais apurado sobre constitucionalidade das restrições legais à antecipação da tutela contra a Fazenda Pública ver ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 5ª. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 190-216.

O debate que deveria se suceder seria aquele a respeito das restrições legais impostas às liminares em mandado de segurança e outras ações contra a Fazenda Pública. Nesse sentido, Cassio Scarpinella Bueno sustenta que a referida vedação diria respeito apenas ao pagamento de vantagens a servidores públicos (“e só para isso”), como as restrições legislativas anteriores para a liminar em mandado de segurança e para as ações cautelares contra a Fazenda Pública⁶³⁷. Destaca que as demais normas indicadas no mencionado art. 1º, da Lei nº. 8.437/92, não vedariam em si mesmas a aplicação da técnica antecipatória contra a Fazenda Pública. O jurista demonstra a validade de seu argumento com a Súmula 729 do Supremo Tribunal Federal, aprovada em sessão plenária do dia 26.11.2003, publicada em 09.12.2003, ao dispor que “a decisão na ação direta de constitucionalidade 4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária”. Afirma, então, que a questão se colocaria no confronto entre valores⁶³⁸. Saliencia a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que admitiria a possibilidade de antecipação da tutela quando em risco à saúde do cidadão, valor mais importante do que o equivalente monetário, mesmo que devido aos cofres públicos⁶³⁹.

⁶³⁷ Sobre o assunto, LIMA NETO, Francisco Vieira e GUIMARÃES, Jader Ferreira. *As tutelas de urgência contra a Fazenda Pública na jurisprudência atual do STF*. Revista de Processo, ano 32, nº. 143, janeiro, 2007, p. 163-177. Os autores concluem que mesmo nesses casos é possível a concessão de medidas urgentes, inclusive sem audiência prévia do representante da Fazenda Pública, desde que relacionadas com provimento que impeça a redução da remuneração do servidor público, ou seja, quando tratar-se de obrigação de não fazer. Afirmando que somente há limitação nas ações pessoais – referentes a interesses de servidores públicos – quando a concessão da medida emergencial importar em liberação de recursos, reclassificação, equiparação, aumento na remuneração ou extensão de vantagens.

⁶³⁸ No mesmo sentido, com amparo em decisões do Supremo Tribunal Federal, TALAMINI, Eduardo. *Tutela de urgência e Fazenda Pública*. Revista de Processo, ano 32, nº. 152, outubro, 2007, p. 36-59. No âmbito dos processos coletivos, endossando a afirmativa de que a questão se coloca no plano do confronto entre valores, DIDIER JR. Fredie e ZANETTI JR., Hermes. *Tutela de urgência nos processos coletivos: notas e particularidades*. Revista de Processo, ano 32, nº. 143, janeiro, 2007, p. 327-334.

⁶³⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 136-138.

De fato, o problema deve ser visualizado no campo do confronto dos valores tutelados pelo ordenamento jurídico⁶⁴⁰. Cabe ao juiz ir além da letra abstrata da lei, em busca da solução justa para o caso concreto⁶⁴¹. Não teria sentido admitir, por exemplo, que um trabalhador informal, que sustentasse sua família com o suor de suas atividades, vítima de atropelamento, tivesse direito à antecipação de tutela para prover necessidades básicas ou efetuar o pagamento de cirurgia apenas quando o acidente fosse causado por particular, e não por veículo de propriedade do Poder Público, dirigido por agente público no exercício de suas atividades⁶⁴².

De tudo o que se disse, mostra-se possível concluir que no exame do direito aparente, importa a verificação da influência do direito material sobre o parâmetro necessário à convicção, a própria delimitação do ônus probatório, o exame relacional das provas produzidas nos autos em confronto com a tese do requerido, bem como a análise dos efeitos dessa decisão

⁶⁴⁰ Nesse aspecto, no âmbito do direito à saúde, ver, por todos, CÂMARA, Alexandre Freitas. *Colisão de Direitos Fundamentais, Direito à Saúde e Tutela Antecipada*. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, vol. 12, maio/junho, 2006, p. 43-55.

⁶⁴¹ Diz Cassio Scarpinella Bueno: “E o juiz poderá, quando entender ser o caso, deferir tutela antecipada contra a Fazenda Pública mesmo naquelas hipóteses em que *outros diplomas legislativos*, não mencionados pelo art. 1º da Lei nº. 9.494/97, vedam tal iniciativa. Isto porque, mesmo com a lei restritiva, é dado ao juiz do caso concreto, no exercício do controle difuso da constitucionalidade, afastar sua incidência por entendê-la agressiva aos cânones do art. 5º, XXXV. Sem dúvida que a decisão do STF na ADC 4 é um indicativo (um “precedente”) de que aquele Tribunal entenderá as outras leis que vedam a tutela antecipada constitucionais também, mas isso é questão diversa que não veda, por si mesma – à falta de efeitos vinculantes –, a atividade do magistrado que vê uma situação de perigo concreto diante de seus olhos e quer dar vida à promessa constitucional de que a lei (ou medida provisória) não afastará do Poder Judiciário *lesão ou ameaça de lesão* a direito. É nesse sentido que as Leis nº. 2.410/55 e 2.770/56, que vedam a liminar em mandado de segurança para fins de desembarço aduaneiro, e os arts. 1º e 2º da Lei nº. 4.348/64 ou o art. 51 da Lei nº. 4.862/65, que disciplinam a duração da liminar em mandado de segurança e as condições pelas quais ela pode ser revogada, *não têm* aplicação para a tutela antecipada.” BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 136-138. No mesmo sentido, sobre o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei no caso concreto em sede de cognição sumária, com a crítica de decisão do Supremo Tribunal Federal em posição diversa, PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Aspectos procedimentais do controle difuso de constitucionalidade das leis*. Revista Dialética de Direito Processual Civil, nº. 3, junho, 2003, p. 98-106.

⁶⁴² CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Tutela Antecipada*. 5ª edição. Curitiba: Juruá, 2006, p. 196-198.

sobre a esfera jurídica deste, considerando a usual existência de conflito entre as respectivas posições jurídicas.

3.1.2.3 Efeitos da decisão de urgência e direito material: ponderação de interesses

Quanto ao exame dos efeitos (terceiro elemento), evidencia-se o problema do confronto entre bens protegidos pelo ordenamento jurídico em sede de tutela jurisdicional de urgência. Esse problema, aliás, ganha ares dramáticos quando a medida urgente tem aptidão para ser irreversível (fática ou fática e jurídica). Não seria difícil imaginar situações em que a realização de um direito importaria na negação de outro, em especial quando se tratasse da concretização de direitos fundamentais, para os quais não haveria regra expressa na lei, delimitando a respectiva abrangência (livre iniciativa x preservação ambiental; intimidade privada x liberdade de informação⁶⁴³, liberdade de expressão e direitos da personalidade⁶⁴⁴, etc.). Nesses casos, a solução parece ser a ponderação de bens (ou de interesses juridicamente protegidos⁶⁴⁵). Assim Karl Larenz sobre o assunto:

⁶⁴³ Interessante o estudo de Carina Villela Monteiro a respeito do conflito entre a privacidade e a informação no âmbito da concessão de informações pelos órgãos públicos sobre agentes públicos a terceiros. MONTEIRO, Carina Villela de Andrade. *Direito à privacidade versus direito à informação: considerações sobre a possibilidade de órgãos públicos fornecerem a terceiros informações pessoais de agentes públicos*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 44, n.º. 173, janeiro/março, 2007, p. 27-40.

⁶⁴⁴ Para uma visão a respeito da ponderação de bens no confronto específico entre a liberdade de expressão e os direitos de personalidade, por todos, BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.º. 235, jan./mar., 2004, p. 159-185.

⁶⁴⁵ A ponderação de bens encontra campo mais propício do que o postulado da proporcionalidade nessas circunstâncias, pois é um método de maior abrangência, oportunizando a resolução do conflito de bens com a observação balanceada da verossimilhança das alegações apresentadas e das provas produzidas nos autos. Na

A ponderação de bens no caso concreto é um método de desenvolvimento do Direito, pois que serve para solucionar colisões de normas – para as quais falta uma regra expressa na lei –, para delimitar umas das outras esferas de aplicação das normas que se entrecruzam e, com isso, concretizar os direitos cujo âmbito, como o do direito geral de personalidade, ficou em aberto⁶⁴⁶.

O método da ponderação surgiu da jurisprudência de interesses, substituindo, em certos casos, a idéia de subsunção⁶⁴⁷. Ultrapassada a visão legalista em que foi concebido,

proporcionalidade, busca-se a resolução do conflito entre princípios decorrentes de uma relação entre meio e fim, sendo mais restrito seu objeto. Luiz Guilherme Marinoni diferencia duas situações: (a) quando o juiz fica em dúvida diante de duas versões igualmente verossímeis, e (b) quando há colisão entre direitos fundamentais. Para a primeira, indica o método de decisão da ponderação de bens, que deve levar em consideração as posições em disputa, apresentando critérios e sub-critérios a serem empregados na decisão. Para a segunda, afirma que deverá ser aplicado o princípio da proporcionalidade, relacionando-o com a ponderação de bens. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 234-238 e p. 253-258. No mesmo sentido, a toda evidência, MURITIBA, Sérgio Silva e LEMOS, Júlio Cesar Lazzarini. *Critério da proporcionalidade na concessão de medidas de urgência de caráter antecipatório (parágrafo 2º, do art. 237, do CPC): considerações zetéticas e dogmáticas*. In *Inovações sobre o Processo Civil: tutelas de urgência*. Coordenadores Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 421-443. De nossa parte, na construção da decisão de urgência, é melhor empregar unicamente o método da ponderação de bens (ou interesses juridicamente protegidos), deixando a proporcionalidade para a investigação a respeito do meio para a efetivação da medida porventura deferida, como mais adiante se verá.

⁶⁴⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 574 e seguintes.

⁶⁴⁷ Sobre a jurisprudência de interesses, assim Manuel Hespanha: “A jurisprudência de interesses tem, em certa medida, um alcance menos ambicioso do que a jurisprudência teleológica de Jhering (ou a Escola Livre do Direito). Enquanto que estas davam alguma abertura em relação a formas antilegalistas de encontrar o direito, a jurisprudência dos interesses aceita basicamente os pressupostos do positivismo legal e tenta apenas resolver um problema limitado, a que já o construtivismo pandectista tinha tentado responder – o problema das lacunas do ordenamento legal – que as grandes mudanças sociais e políticas dos finais do século XIX e inícios do século XX, incompletamente cobertas pela legislação, tinham tornado ainda mais evidente.

Na verdade, a sua proposta de base é a de que, constituindo qualquer caso jurídico um conflito de interesses, a decisão a atingir se deve basear numa adequada ponderação desses interesses e não a partir da dedução conceitual. Os conceitos teriam uma função apenas heurística ou didáctica. Constituiriam fórmulas sintéticas com auxílio das quais poderia ser descrita a forma típica ou usual de obter a correcta ponderação dos interesses num determinado tipo de caso. E, por isso, sugeririam provisoriamente uma abordagem do problema a resolver. Mas – ao contrário do que pretendia a jurisprudência dos conceitos – não teria qualquer função decisiva no achamento da solução jurídica. Daí que esta corrente critique o método dedutivo-conceitual como uma inversão (método da inversão, *Umkehrunsmethodo*), pois coloca no ponto de partida da invenção jurídica o que devia estar no fim.

Se crítica o conceitualismo, a jurisprudência dos interesses mantêm-se nos quadros do legalismo, pois a ponderação dos interesses adequada é feita equivaler à ponderação que se guie pelos critérios de avaliação explícita ou implicitamente feita na lei. Embora não se esteja a decidir de acordo com a letra da lei (porque ela não prevê de todo ou não prevê em termos claros o caso), está-se pelo menos a respeitar a avaliação dos interesses legalmente estabelecidos e a partir dela para um construtivismo de outro tipo. Não o da dedução conceitual, típico da pandectística, mas o da análise das valorações legais e de sua extensão a casos não previstos. Trata-se, por isso, de

poder-se-ia dizer que toda experiência jurídica integraria esse método⁶⁴⁸, na medida da própria compreensão do fenômeno jurídico⁶⁴⁹. Para servir como instrumento útil à aplicação do direito, esse método deveria possuir uma pauta. Daí a necessidade de mencionar como e o que o julgador deveria levar em consideração para a tomada da decisão de urgência.

Nesse sentido, poder-se-ia dizer que a ponderação possuiria três fases: 1º) a identificação dos interesses juridicamente protegidos (ou bens jurídicos) que estariam em rota de colisão, 2º) a valoração de tais interesses de acordo com as circunstâncias do caso concreto e as relações com os argumentos tópicos pertinentes, e 3º) a decisão fundamentada a respeito da preferência de um sobre o outro.

Na primeira fase – de *preparação da ponderação* –, deveriam ser expostos todos os elementos e argumentos, o mais exaustivamente possível. Aqui deveria ser indicado o que, precisamente, estaria sendo objeto de sopesamento⁶⁵⁰. Haveria de ser considerada a relação entre

um construtivismo de base mais apertadamente legalista do que o conceitualismo, até porque não deixa de se reconhecer na lei a única fonte de direito (i.e., a única ponderação legítima dos interesses) e de se insistir no dever de obediência dos juízes à lei. Só que esta obediência teria que ser, para utilizar expressão do próprio Ph. Heck, uma obediência inteligente.” HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européia – Síntese de Um Milênio*. 3ª edição. Lisboa: Publicações Europa-América, 2003, p. 290-291.

⁶⁴⁸ Karl Larenz destaca o importante papel da jurisprudência como meio para evolução do método da ponderação de bens, mencionando casos julgados na Alemanha pelo Tribunal Constitucional Federal e pelo Supremo Tribunal Federal, em que se debateram os influxos axiológicos delimitadores dos direitos fundamentais em rota de colisão. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 574 e seguintes.

⁶⁴⁹ REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1980.

⁶⁵⁰ Ensina Humberto Ávila: “Importa ter em conta também a importância de separar os elementos que são objeto de ponderação, os quais, ainda que relacionados entre si, podem ser dissociados. Os *bens jurídicos* são situações, estados ou propriedades essenciais à promoção dos princípios jurídicos. Por exemplo, o princípio da livre iniciativa pressupõe, como condição para sua realização, liberdade de escolha e autonomia. Liberdade e autonomia são bens jurídicos protegidos pelo princípio da livre iniciativa. Os *interesses* são os próprios bens jurídicos na sua vinculação com algum sujeito que os pretende obter. Por exemplo, sendo liberdade e autonomia bens jurídicos, protegidos pelo princípio da livre iniciativa, algum sujeito pode ter, em função de determinadas circunstâncias, condições de usufruir daquela liberdade e autonomia. Liberdade e autonomia passam, então, a integrar a esfera de interesses de

o valor segurança e o valor efetividade, conflito particularmente destacado em sede de tutela jurisdicional de urgência, cabendo ao julgador expor os interesses juridicamente protegidos (ou bens jurídicos) colidentes, identificados nas posições do direito material invocado por cada litigante⁶⁵¹.

Na segunda fase – da *realização da ponderação* –, deveria ser fundamentada a relação estabelecida entre os elementos objeto do sopesamento, indicando-se a primazia de um sobre o outro, empregando-se tópicos argumentativos. Tratar-se-ia do exame dos elementos inerentes à decisão emergencial (urgência da situação, aparência do direito e efeitos da tutela), cabendo ao julgador relacioná-los de modo lógico, coerente e congruente, inserindo-os em contextos tópicos, para justificar sua decisão.

Na terceira fase – da *reconstrução da ponderação* –, deveria ser formulada a regra de relação dos elementos objeto de sopesamento, indicando-se a primazia de um sobre o outro, com a pretensão de validade para além do caso concreto⁶⁵².

determinado sujeito. Os *valores* constituem o aspecto axiológico das normas, na medida em que indicam que algo é bom e, por isso, digno de ser buscado ou preservado. Nessa perspectiva, a liberdade é um valor, e, por isso, deve ser buscada ou preservada. Os *princípios* constituem o aspecto deontológico dos valores, pois, além de demonstrarem que algo vale a pena ser buscado, determinam que esse estados de coisas deve ser promovido”. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª edição revista. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 131.

⁶⁵¹ Entendemos que o objeto da ponderação deva ser o interesse juridicamente protegido, seja ele de titularidade individual, coletiva ou difusa. Por interesse juridicamente protegido compreende-se justamente os bens jurídicos tutelados pelo ordenamento, não em sua fase estática, mas na fase dinâmica, abrindo-se espaço ara a ponderação quando se encontram em rota de colisão. Nesse sentido, MIRANDA NETTO, Fernando Gama. *A Ponderação de Interesses na Tutela de Urgência Irreversível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 119-120. Destaca-se que os direitos não podem ser violados em sua fase estática, enquanto relação jurídica, e sim impedidos de concretização por situações da vida desenvolvidas no plano social.

⁶⁵² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª edição revista. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 132. Ver, ainda, a ressalva de Karl Larenz a respeito das particularidades de cada caso e aplicação dos precedentes para a ponderação de bens. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*.

A respeito dos tópicos argumentativos referidos na segunda fase da ponderação, vale dizer que o julgador poderia invocá-los para afirmar a importância de determinado interesse juridicamente protegido em detrimento do outro, desde que o fizesse de modo coerente com o sistema jurídico⁶⁵³. Esses tópicos argumentativos integrariam a fundamentação da decisão e serviriam para controlar seu conteúdo. Poder-se-ia citar como exemplos, entre outros, os tópicos da *escolha do legislador*, da *irreparabilidade do dano* e da *concordância prática*⁶⁵⁴.

O tópico argumentativo da escolha do legislador seria um *starting point* do problema, sendo mesmo indispensável considerar a escolha legislativa prévia para a solução dos conflitos em sociedade. No entanto, tratar-se-ia de uma preferência não absoluta, que deveria ser adequada aos direitos fundamentais⁶⁵⁵.

Tradução de José Lamego. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 574 e seguintes. Sobre lei da colisão, transcrevo a lição de Fernando Gama de Miranda Netto, apoiada em texto de Robert Alexy: “Os precedentes, igualmente, desempenham importante papel, tornando possível formular uma regra de prevalência condicionada, que expresse as razões de ter sido conferida a prevalência de um princípio sobre o outro.

Isso significa que a argumentação utilizada na decisão do caso concreto deve permitir certo grau de generalização para ser aplicada a casos futuros análogos. Esta a ‘lei da colisão’, assim formulada: ‘las condiciones, bajos las que un principio prevalece sobre outro, forman el supuesto de hecho de una regla que determina las consecuencias jurídicas del principio prevaleciente’.

É de se reconhecer, porém, que, a jurisprudência, na concretização paulatina das normas, findará por formular regras que tornarão possível a subsunção, o que permitirá, na comparação dos casos, analogias e tipificações. Isso, todavia, não fará da ponderação uma técnica sem valor: ‘a ponderação de bens será desse modo aliviada, mas não se tornará supérflua’. MIRANDA NETTO, Fernando Gama. *A Ponderação de Interesses na Tutela de Urgência Irreversível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 114-115.

⁶⁵³ Nesse sentido, para as decisões definitivas, SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: coerência, razão pública, decomposição analítica e standards de ponderação*. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público, Brasília, ano 4, n.º. 15, abr./jun., 2005, p. 207-227.

⁶⁵⁴ Miranda Netto cita outros tópicos auxiliares à argumentação na ponderação: tópicos do conflito aparente, da ponderação de consequências, da proteção da parte mais fraca, do menor prejuízo possível, da inconstitucionalidade concreta de lei declarada constitucional e, ainda, tópicos qualitativo e quantitativo. MIRANDA NETTO, Fernando Gama. *A Ponderação de Interesses na Tutela de Urgência Irreversível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 139-157.

⁶⁵⁵ *Idem*, p. 142-143.

Conforme o tópico da irreparabilidade do dano, deveriam ser formuladas algumas perguntas, a fim de melhor dimensionar o problema. Seria preciso verificar se o direito do autor, que estaria sendo ameaçado por dano, teria natureza patrimonial ou não patrimonial. Diante disso, dever-se-ia indagar se ele poderia ser (a) integralmente restaurado, (b) ressarcido em dinheiro, (c) dificilmente ressarcido em dinheiro, ou (d) insuscetível de transformação em pecúnia. O mesmo exame deveria ser realizado em relação ao direito do réu. Nesse contexto, caberia ao julgador relacionar as provas produzidas e expor seu juízo lastreado nem convicção de verossimilhança preponderante, impondo, se fosse o caso, a caução como forma de assegurar eventual ressarcimento nas hipóteses possíveis⁶⁵⁶.

O tópico da concordância prática, como postulado normativo aplicativo inespecífico, direcionaria a ponderação, indicando a necessidade da máxima realização dos valores que se imbricariam. Seu fundamento decorria da coexistência de valores que apontariam total ou parcialmente em sentidos contrários, por isso o dever de harmonizá-los de modo que fossem protegidos ao máximo⁶⁵⁷.

⁶⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 234-238 e p. 234-238.

⁶⁵⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª edição revista. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 132-133. Vejamos os exemplos de Miranda Netto: “No caso de duas emissoras de televisão estarem litigando quanto à transmissão da partida final de um torneio de tênis, no caso de dúvida invencível, pode o juiz, em sede liminar, determinar que ambas as emissoras transmitam o match. A reversibilidade, nestes casos, deverá ser, infelizmente, pecuniária.

Imagine-se, noutro exemplo, o pedido formulado por um músico, em face de outro, de reintegração liminar da posse de seu violoncelo. Ocorre que cada músico tem concerto na mesma semana e cada contrato exige a presença do instrumento em razão de seu valor histórico. Verificando o magistrado que os concertos são em dias diferentes, pode ordenar que o instrumento fique com cada músico nos dias de seus respectivos concertos, já que o instrumento é indispensável ao exercício da profissão”. MIRANDA NETTO, Fernando Gama. *A Ponderação de Interesses na Tutela de Urgência Irreversível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 142-143.

Em síntese, na apreciação do pedido de urgência, deve o juiz investigar a emergência da situação. Depois, deve analisar as alegações do requerente, confrontando-as com aquelas formuladas pelo requerido, relacionando o material probatório existente com o direito material envolvido (verificando de quem é o ônus da prova específico e o parâmetro necessário ao convencimento), para, então, decidir com base na convicção de verossimilhança preponderante. Sua decisão deve ser fundamentada racionalmente, de modo lógico e coerente, com a explicitação da valoração da prova e sua relação com o direito material. Não se trata, aqui, da adoção pura da teoria dos modelos de constatação (*standards*), mas da impossibilidade de se ignorar que, efetivamente, as situações decorrentes do direito material não são uniformes e, portanto, devem ser tratadas de acordo com suas peculiaridades.

Mas não é só. Por vezes, a matéria envolvida no pedido de urgência está relacionada com direitos fundamentais do autor e do réu, bem como a medida de urgência pode atingir diretamente eventual direito da parte adversa, fulminando-o desde logo, pois seus efeitos podem tomar rumos irreversíveis (irreversibilidade fática ou fática e jurídica). Por isso o magistrado deve observar a restrição à esfera jurídica do desfavorecido. Interessam à tutela jurisdicional de urgência, portanto, os efeitos que esse pronunciamento porventura possam causar à parte adversa, impondo-se ao julgador pesar com prudência os elementos indispensáveis a sua convicção. Nessa tarefa, entra em campo o postulado da ponderação de bens (ou interesses) no caso concreto.

Constatada a necessidade de intervenção judicial de urgência, o juiz deve passar ao exame da adequação do meio ao fim, elegendo aquele *idôneo* e de *menor restrição possível*,

considerando as peculiaridades do caso concreto, sem descuidar dos direitos nele envolvidos. Aqui, a lógica para a escolha do meio deve ser pela sua proporcionalidade, sendo este o objeto de nossas investigações a partir de agora.

3.2. A EFETIVAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL DE URGÊNCIA: EXIGÊNCIAS DO DIREITO MATERIAL E A PROPORCIONALIDADE ENTRE MEIO E FIM

3.2.1 Adequação dos meios executivos às exigências do direito material

A questão da efetivação das medidas de urgência é da mais alta relevância e isso por uma primeira e indispensável observação: o processo somente encontra fundamento quando se mostra capaz de resolver um problema do mundo real, do mundo da vida. Mesmo naquelas modalidades de tutela jurisdicional que geralmente dispensam atos executivos posteriores (declaratória e constitutiva), o próprio existir do direito somente encontra justificativa quando atua nas relações humanas, existenciais. O processo, conseqüentemente, deve atender a

realidade em que se encontra e buscar soluções para esses problemas⁶⁵⁸. Aliás, Rudolf Jhering já afirmou expressivamente que o

Direito existe para se realizar. A realização é a vida e a verdade do direito, é o próprio direito. O que não se traduz em realidade, o que está apenas na lei, apenas no papel, é um direito meramente aparente, nada mais do que palavras vazias. Pelo contrário, o que se realiza como direito é direito, mesmo quando não se encontre na lei e ainda que o povo e a ciência dele não tenham tomado consciência⁶⁵⁹.

Não é outra a lição de Castanheira Neves:

E há uma razão essencial para que as coisas se compreendam assim. É que também no direito – e sobretudo no direito como entidade prática – a determinação da “essência” não comprova a “existência”: o direito não é (não é direito) sem se manifestar na prática e como uma prática. Não temos direito só porque pensamos a essência jurídica ou a juridicidade, ou porque construímos um sistema de normatividade jurídica – teremos quando muito a possibilidade (ideal) do jurídico e nada mais. Só o cumprimento histórico-concreto, naquele modo de ser que é a vigência e que lhe permite afirmar-se como efectiva dimensão prática humano-social, transforma a juridicidade em direito. “Só a ordem que tem força conformadora da realidade – considera analogamente WELSEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4ª ed., p. 165 – é direito, e a ordem ideal, que não possui essa força, não preenche esse elementar pressuposto do conceito de direito”⁶⁶⁰.

Quando em foco a realização das decisões judiciais no mundo real, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva encontra campo propício. Aqui, sem

⁶⁵⁸ Interessantes colocações comparativas foram realizadas por Giuseppe Tarzia a respeito do direito brasileiro e o italiano no campo da atividade executiva. O texto, publicado em 1998, embora desatualizado no âmbito legislativo, guarda relevância quanto à demonstração da busca incessante por um processo civil mais efetivo no âmbito executivo. TARZIA, Giuseppe. *Problemas atuais da execução forçada*. Revista de Processo, ano 23, nº. 90, abr./jun., 1998, p. 68-84.

⁶⁵⁹ IHERING, Rudolf von. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Teil 2, Abteilung 2, Undervändänderter Neudruck der 5. (letzten veränderten) Auflage Leipzig 1898, Aalen, Scientia Verlag, 1968, n. XXXVIII, p. 332, t. III, nº 43, p. 17, da edição espanhola de 1910, traduzida por Enrique Príncipe y Satorres, Madrid, Editorial Bailly-Bailliere apud ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Efetividade e processo de conhecimento*. In *Do formalismo no processo civil*. 2ª edição revista e ampliada. Saraiva: 2003, p. 244.

⁶⁶⁰ NEVES, Castanheira. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 25.

dúvida, um direito fundamental à prestação, obrigação do legislador e do juiz⁶⁶¹. Evidentemente, não menos relevante é o valor segurança, ligado ao direito fundamental de defesa, justamente porque uma atuação jurisdicional voltada apenas para a efetividade poderia levar ao arbítrio⁶⁶².

Esse conflito entre efetividade e segurança seria intrínseco à norma processual, um dado com o qual deveria trabalhar o legislador, ao idealizá-la, e o magistrado, ao aplicá-la ou mesmo ao concebê-la no caso de omissão daquele. Veja-se que o juiz receberia o conflito com o complexo da segurança jurídica reforçado pela solução prévia e abstrata encontrada no âmbito legislativo, não podendo desviar-se completamente das disposições legais, sob pena de agir arbitrariamente. Isso ocorreria mesmo nas hipóteses de omissão do legislador, considerando que o julgador deveria trilhar o caminho dentro do sistema⁶⁶³.

Na criação da norma processual, o legislador deveria indagar quais os meios adequados, necessários e proporcionais em sentido estrito para a realização da justiça no caso concreto. Para tanto, deveria levar em conta a realidade cultural,

⁶⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 166-192; TALAMINI, Eduardo. *Concretização jurisdicional de direitos fundamentais a prestações positivas do Estado*. In *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis*. Rio de Janeiro: Forense, p. 151-177; GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 99-105.

⁶⁶² Essa a constatação de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que, elevando a tutela jurisdicional ao nível de direito fundamental, jamais deixou de propagar sua preocupação com a segurança, justamente para evitar o arbítrio do juiz. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Os Direitos Fundamentais à efetividade e à Segurança em Perspectiva Dinâmica*. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, nº. 21, nov./dez., 2007, p. 109-124.

⁶⁶³ AMARAL, Guilherme Rizzo. *A efetivação das sentenças sob a ótica do Formalismo-Valorativo: um método e sua aplicação*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Tese de doutorado, 2006, p. 110-113.

política e econômica da sociedade que vai suportar os efeitos da norma, observando, obviamente, que a legislação deveria ser promovida para concretizar os valores e os preceitos consagrados na Constituição Federal⁶⁶⁴. Assim, o legislador processual elegeria aquela técnica processual considerada adequada à resolução da crise existente no plano do direito material, produzindo a norma geral e abstrata.

Para as obrigações ordinárias de pagar quantia, por exemplo, a fim de forçar o devedor ao pagamento da dívida, a técnica expropriatória fora considerada a melhor opção⁶⁶⁵ (CPC, art. 646⁶⁶⁶), independentemente da natureza do título (judicial ou extrajudicial). Ao fazer essa escolha, o legislador considerou valiosa a preservação do patrimônio do devedor, pois, para o caso da alienação, estabeleceu o demorado trâmite penhora-avaliação-praceamento de bens, inclusive com a exclusão de inúmeros bens passíveis de penhora⁶⁶⁷, tidos como indispensáveis para assegurar a dignidade do executado⁶⁶⁸.

⁶⁶⁴ *Idem*.

⁶⁶⁵ “A execução das obrigações pecuniárias consiste no corte da porção patrimonial correspondente ao valor da dívida. Inicia através de ato de afetação de semelhante parcela aos destinos do processo executivo, que é a penhora (excepcionalmente, nas dívidas alimentares, o desconto); se, porém, a constrição atinge coisa diferente da prestação (dinheiro), o que nunca ocorre no desconto, a expropriação (art. 646 do CPC) se desenvolve de quatro maneiras (art. 647, I a IV), que denotam técnicas de conversão da coisa penhorada em dinheiro: adjudicação, alienação por iniciativa particular, alienação em hasta pública e usufruto forçado”. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 137.

⁶⁶⁶ Art. 646. A execução por quantia certa tem por objeto expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor (art. 591).

⁶⁶⁷ Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;

II - as provisões de alimento e de combustível, necessárias à manutenção do devedor e de sua família durante 1 (um) mês;

III - o anel nupcial e os retratos de família;

IV - os vencimentos dos magistrados, dos professores e dos funcionários públicos, o soldo e os salários, salvo para pagamento de prestação alimentícia;

V - os equipamentos dos militares;

VI - os livros, as máquinas, os utensílios e os instrumentos, necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão;

Por outro lado, quando a obrigação de pagar recair sobre prestações alimentícias, o legislador autorizou o emprego de meios executivos mais drásticos, como a prisão do devedor, por um período de 1 (um) a 3 (três) meses, o que não o eximiria do pagamento daquelas prestações vencidas e vincendas (CPC, art. 733, § 1º e § 2º⁶⁶⁹). Nesse caso, a técnica seria coercitiva, passando a atuar sobre a vontade do obrigado (execução indireta⁶⁷⁰). Com efeito, quando o devedor fosse funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito à legislação do trabalho, o juiz estaria autorizado a ordenar o desconto em folha de

VI - as pensões, as tenças ou os montepios, percebidos dos cofres públicos, ou de institutos de previdência, bem como os provenientes de liberalidade de terceiro, quando destinados ao sustento do devedor ou da sua família;

VIII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se estas forem penhoradas;

IX - o seguro de vida;

X - o imóvel rural, até um módulo, desde que este seja o único de que disponha o devedor, ressalvada a hipoteca para fins de financiamento agropecuário. (Incluído pela Lei nº 7.513, de 9.7.1986)

Art. 650. Podem ser penhorados, à falta de outros bens:

I - os frutos e os rendimentos dos bens inalienáveis, salvo se destinados a alimentos de incapazes, bem como de mulher viúva, solteira, desquitada, ou de pessoas idosas;

II - as imagens e os objetos do culto religioso, sendo de grande valor.

Sobre a flexibilização da impenhorabilidade dos bens, especialmente os bens de família, ver GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 165-168.

⁶⁶⁸ Nesse sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, vol. IV, 2004, p. 55-56.

⁶⁶⁹ Art. 733. Na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.

§ 1º Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.

§ 2º O cumprimento da pena não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas. (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 26.12.1977)

§ 3º Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.

⁶⁷⁰ Sobre a execução indireta, vejamos o que disse Araken de Assis: “A coerção, designada de execução indireta, utiliza a ameaça de prisão (art. 733, *caput*), infligida na obrigação pecuniária alimentar, e da imposição de multa em dinheiro (*astreinte*), recebida, indiferentemente, às obrigações de fazer fungível e infungível e à entrega de coisa (artigos 287, 461, § 4º, 461-A, § 3º c/c arts. 461, § 4º, 621, parágrafo único, 644 e 645). A *astreinte* protege o interesse do exequente e tutela a dignidade da autoridade judiciária. A par desses expedientes, há as medidas de apoio inscritas no art. 461, § 5º, perante as quais desaparece a tipicidade dos meios executórios, admitindo-se medidas inominadas (v.g., a designação de fiscal ou de administrador para a empresa executada)”. ASSIS, Araken de. *Cumprimento da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 33. Do mesmo autor, ainda, *Manual da Execução*. 11ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 132 e seguintes e, especialmente sobre a execução do crédito alimentar, p. 903 e seguintes.

pagamento da importância devida a título de prestação alimentícia (CPC, art. 734⁶⁷¹). Quando isso não fosse possível, as prestações poderiam ser cobradas de alugueres de prédios ou de quaisquer outros rendimentos do devedor, que seriam recebidos diretamente pelo alimentando ou por depositário nomeado pelo juiz (Lei nº. 5.478/68, art. 17). Percebe-se que a natureza alimentar da obrigação justificou, segundo o ângulo do legislador, o emprego de técnicas processuais executivas infinitamente mais agressivas do que aquela consagrada para a execução forçada ordinária da obrigação de pagar quantia, inclusive com a interferência sobre o direito fundamental à liberdade.

No campo geral das obrigações de fazer e não-fazer, assim como nas obrigações de entrega de coisa, o legislador apontou técnica coercitiva para forçar o devedor renitente ao respectivo cumprimento, autorizando o julgador a determinar providências que estimulem o resultado prático equivalente ao adimplemento, tal como a imposição de multa por tempo de atraso, bem como indicou medidas de apoio, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial (CPC, art. 461, § 5º)⁶⁷². A regra,

⁶⁷¹ Art. 734. Quando o devedor for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito à legislação do trabalho, o juiz mandará descontar em folha de pagamento a importância da prestação alimentícia.

⁶⁷² Essa “pressão psicológica”, embora não seja suficiente sem a vontade do obrigado, representa o esforço estatal para a concretização fática e real do direito construído no processo ou reconhecido por lei (v.g., título executivo). E isso é exatamente o que se entende por atividade jurisdicional executiva. Sob o prisma funcional, diz José Miguel Garcia Medina que “as medidas coercitivas podem ser consideradas executivas, pois, como chega a admitir Francesco Carnelutti, ‘as medidas coercitivas podem servir para a mesma finalidade que a execução, ou seja, em definitivo, obter a restauração da ordem jurídica violada’ (ob. cit., n. 61, p. 290). Semelhantemente, Sergio Chiarloni afirma que há entre as duas categorias de medidas executivas ‘fondamentali differenze di struttura’, mas ressalva ‘la comunanza di scopo nelle due categorie di sanzione’ (ob. cit., n. 3, p. 16). Luigi Paolo Comoglio, escrevendo a respeito, propõe ‘una visione più sostanzialistica del fenomeno’, que dá mais realce à ‘qualità della tutela esecutiva’, que se manifesta em ‘una nuova esigenza di *effettività dei risultati*’ (Principi costituzionali e

aqui, seria aberta, cabendo ao juiz identificar qual a medida capaz de garantir o resultado prático equivalente ao adimplemento, o que guardaria estreita relação com os valores adotados no plano do direito material e constitucional, bem como com as exigências do caso concreto⁶⁷³.

Para a efetivação das medidas de urgência, o legislador também estabeleceu as técnicas processuais que considerou como adequadas. Para as medidas cautelares, autorizou o julgador a, além daquelas nominadas (arresto, seqüestro, caução, arrolamento de bens, busca e apreensão, exibição, produção antecipada de provas, *etc.*), determinar outras 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 (CPC, art. 798).

Para as medidas antecipatórias (CPC, art. 273, § 3º), o legislador apontou para a observação, no que couber e conforme sua natureza, do disposto nos artigos 588, 461, § 4º e § 5º, e 461-A, todos do CPC. O art. 588, que tratava do procedimento para a execução provisória, foi revogado pela Lei nº. 11.232/2005. Em vigor o art. 475-O, vejamos:

Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:
(Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

processo di esecuzione, *Rivista di diritto processuale*, 1994, p. 425). MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução Civil*. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 42, nota 25.

⁶⁷³ Sobre a discussão doutrinária a respeito do emprego das *astreintes* nas obrigações fungíveis, ver, por todos, AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2004, p. 91-98.

I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

II – fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

III – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

§ 1º No caso do inciso II do caput deste artigo, se a sentença provisória for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

§ 2º A caução a que se refere o inciso III do caput deste artigo poderá ser dispensada: (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

I – quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário-mínimo, o exequente demonstrar situação de necessidade; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

II – nos casos de execução provisória em que penda agravo de instrumento junto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

§ 3º Ao requerer a execução provisória, o exequente instruirá a petição com cópias autenticadas das seguintes peças do processo, podendo o advogado valer-se do disposto na parte final do art. 544, § 1º: (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

I – sentença ou acórdão exequendo; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

II – certidão de interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

III – procurações outorgadas pelas partes; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

IV – decisão de habilitação, se for o caso; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

V – facultativamente, outras peças processuais que o exequente considere necessárias. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

Essa disposição legal diz respeito à execução provisória, em especial das obrigações de pagar quantia certa, vinculadas à prática de atos de sub-rogação, conforme anteriormente mencionado. No entanto, o meio executivo expropriatório não é o único para a tutela das situações de urgência, na medida em que o art. 273 autoriza a interpretação/aplicação sistemática, com o aproveitamento, no que couber, do

disposto nos artigos 461, § 4º e § 5º, e o disposto no art. 461-A, os quais disciplinam, respectivamente, a tutela das obrigações de fazer e não-fazer e de entrega de coisa⁶⁷⁴:

Art. 461. 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. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

(...)

Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 1º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

Verifica-se, pois, que para a efetivação das medidas de urgência o legislador disponibilizou técnicas de execução direta e indireta, ou seja, expropriatórias

⁶⁷⁴ Nesse sentido, entre outros, CARPENA, Márcio Louzada. *Da execução das decisões de pagar quantia pela técnica diferenciada*. Revista de Processo, ano 31, outubro, 2006, p. 115-134.

e coercitivas, bem como os meios de apoio⁶⁷⁵. Além disso, disciplinou medidas para a asseguuração de meios processuais instrumentais. Importa, então, examinar os limites para a aplicação desses meios de efetivação. Em outras palavras, importa adentrar-se no problema da adequação dos meios processuais disponibilizados para a efetivação da decisão emergencial, ou seja, no exame da vinculação do juiz àquele caminho predisposto na lei.

Nesse sentido, duas circunstâncias próprias da natureza dessa modalidade de tutela jurisdicional não poderiam ser esquecidas: (a) a própria urgência da situação, a possibilitar a quebra do procedimento usualmente estabelecido para os casos normais, e (b) a decisão baseada em juízo de verossimilhança, diante de cognição sumária, muitas vezes sem a realização do contraditório.

De um modo geral, o juiz parte de uma posição mais limitada para a escolha do meio processual indicado ao caso concreto do que aquela perspectiva do legislador, tendo em vista que não poderia simplesmente ignorar os preceitos normativos positivados como solução prévia para o conflito entre segurança e efetividade. Porém, para a realização da justiça no caso concreto, o julgador deveria formular as mesmas perguntas destinadas ao legislador (se o meio é adequado, se é

⁶⁷⁵ Sobre as espécies de medidas executivas, entre outros, MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução Civil*. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 40-42.

necessário e se é proporcional em sentido estrito), aparecendo o direito positivo existente como reforço no complexo da segurança jurídica⁶⁷⁶.

Na verdade, embora o legislador tenha apresentado uma listagem de medidas possíveis (tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial – CPC, art. 461, § 5º), será no caso concreto que a efetividade desses meios há de ser testada⁶⁷⁷. Haverá o julgador de considerar a complexidade dos elementos que o cercam (direito material, prova, urgência, risco, efeitos da medida, restrições à esfera das partes, *etc.*) para formar seu convencimento e determinar a medida mais adequada às necessidades existentes⁶⁷⁸.

Nos casos de tutela jurisdicional declaratória ou constitutiva, o interessado pode ser simplesmente autorizado a agir em determinado sentido, ou seu opositor pode ser proibido de atuar contra o interesse tutelado preventivamente, tal como ocorre com a medida que suspende os efeitos de uma assembleia geral, ou impede sua realização ou assegura o direito de voto a um sócio, ou proíbe a outro tal direito, ou quando são afastados ou reconduzidos seus diretores, *etc.* A medida vai depender das necessidades

⁶⁷⁶ AMARAL, Guilherme Rizzo. *A efetivação das sentenças sob a ótica do Formalismo-Valorativo: um método e sua aplicação*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Tese de doutorado, 2006, p. 110-113.

⁶⁷⁷ Ferruccio Tommaseo destaca que é no processo de execução que opera de modo particularmente incisivo a lição de Chiovenda de que “il processo deve dare, per quanto è possibile praticamente, a chi ha un diritto tutto quello proprio quello che ha diritto di conseguire”. Diz que não se trata de mera tendência de política legislativa, mas de enunciação de um princípio. TOMMASEO, Ferruccio. *Sull’attuazione dei diritti di credito nell’esecuzione in forma specifica*. Rivista di Diritto Civile, ano XXIV, CEDAM, PADOVA, primeira parte, 1978, p. 480-512.

⁶⁷⁸ Sobre o assunto, GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 40-43.

do caso. Eventual ato praticado em sentido contrário à situação jurídica instituída pela decisão de urgência deve ser tido por ineficaz. Se dele advier impedimento físico à fruição assegurada preventivamente, entram em campo as medidas coercitivas, ou de apoio, adequadas às exigências do caso, tais como a apreensão e remoção de bens ou pessoas, a imissão na posse. Essas medidas podem ser efetivadas até mesmo com o emprego de força policial⁶⁷⁹.

No âmbito das obrigações de fazer e não-fazer, assim como na entrega de coisa, importante meio de efetivação é a multa por tempo de atraso no cumprimento da decisão de urgência (CPC, art. 461, § 4º e art. 461-A, §3º), agindo sobre a esfera psicológica do devedor, ao aumentar periodicamente o montante total da multa⁶⁸⁰. Em princípio, nada obsta sua execução desde logo, até mesmo para forçar o devedor ao cumprimento da obrigação, uma vez que “os meios de coerção judicial, inclusive a multa, têm, pois, de ser aplicados de imediato, sem maiores delongas provocadas pela

⁶⁷⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Cumprimento das Medidas Cautelares e Antecipatórias*. Revista de Processo, nº. 139, ano 31, setembro, 2006, p. 07-27.

⁶⁸⁰ AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2004, p. 61-64. Diferente é a natureza da multa estabelecida para o não cumprimento espontâneo de sentença condenatória (decorrente de obrigação de pagar quantia certa), prevista no art. 475-J, do CPC. Discute a doutrina sobre sua natureza jurídica, se sancionatória ou coercitiva, pois dessa qualificação resultam efeitos importantes, tal como a (des)necessidade de intimação para sua incidência. De nossa parte, a multa tem natureza sancionatória, diversa daquela estabelecida no art. 461, do CPC. Trata-se de penalidade ao devedor renitente, não sendo propriamente um meio coercitivo, já que independe de decisão do julgador, decorrendo da legislação de modo imperativo. Sobre o assunto, ver, entre outros, ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Coordenador). *A nova execução: comentários à Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2006; AMARAL, Guilherme Rizzo. *Sobre a desnecessidade de intimação pessoal do réu para o cumprimento da sentença, no caso do art. 475-J do CPC*. Disponível em <<http://www.tex.pro.br>>, acesso em 09 de outubro de 2007; TESHEINER, José Maria Rosa. *Nova Sistemática Processual Civil*. Caxias do Sul: Plenum, 2006. Em sentido diverso, WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim & MEDINA, José Miguel Garcia. *Sobre a necessidade de intimação pessoal do réu para o cumprimento da sentença, no caso do art. 475 – J do CPC (inserido pela Lei 11.232/2005)*. Disponível em <<http://www.tex.pto.br>>, acesso em 09 de outubro de 2007.

marcha completa do processo de acerto definitivo”⁶⁸¹. Evidentemente, a exigibilidade da multa pode ser interrompida no caso de atribuição de efeito suspensivo ao eventual recurso interposto contra a respectiva decisão⁶⁸². Se, ao final, o provimento de urgência não for confirmado, a execução da multa porventura realizada resolve-se no plano da responsabilidade objetiva (CPC, art. 475-O, I e art. 811)⁶⁸³. Lembre-se que, não obstante a ampla discussão doutrinária que se estabeleceu quanto ao marco inaugural para a exigibilidade da multa, em matéria de urgência a situação é peculiar e a ameaça não é apenas da multa, abarcando também sua satisfação⁶⁸⁴.

No que tange às obrigações de pagar soma em dinheiro, a efetivação da respectiva medida urgente deveria desviar-se do longo trâmite penhora-avaliação-praceamento de bens sempre que fosse possível⁶⁸⁵. Ora, se haveria urgência no

⁶⁸¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Cumprimento das Medidas Cautelares e Antecipatórias*. Revista de Processo, nº. 139, ano 31, setembro, 2006, p. 07-27. Em sentido contrário, MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 273-275.

⁶⁸² BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 11.

⁶⁸³ Nesse sentido, THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Cumprimento das Medidas Cautelares e Antecipatórias*. Revista de Processo, nº. 139, ano 31, setembro, 2006, p. 07-27. Essa a lição de Barbosa Moreira: “A partir do dia em que comece a incidir a multa, faculta-se ao credor exigi-la, através do procedimento de execução por quantia certa. Se o devedor, citado, pagar nas 24 horas a que se refere o art. 652, mas permanecer inadimplente no que tange à obrigação de fazer ou não fazer, a multa continuará incidindo. Poderá o exequente, a qualquer tempo, requerer a atualização do cálculo e promover nova execução pelo valor acrescido”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 23ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 220. Teresa Arruda Alvim Wambier e José Manoel Arruda Alvim Netto, da mesma forma, entendem que a multa seria realmente devida desde o momento em que se pudesse considerar descumprida a ordem judicial. No entanto, a execução deveria ser provisória, no caso de julgamento de improcedência da demanda. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, José Manoel Arruda Alvim Netto. *O grau de coerção das decisões proferidas com base em prova sumária: especialmente, a multa*. In *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis*. Coordenação José Maria Rosa Tesheiner, Mariângela Milhoranza e Sérgio Gilberto Porto. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 367-378.

⁶⁸⁴ Sobre a discussão doutrinária ver AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2004, p. 224, com ampla bibliografia a respeito.

⁶⁸⁵ Em sentido contrário, Humberto Theodoro Júnior ao afirmar que “não há, em regra, como fugir da penhora, avaliação e praceamento de bens, salvo casos excepcionais como o de averbação em folha de pagamento e

recebimento de valores, e isso normalmente decorreria da necessária preservação de um bem não patrimonial (pagamento de despesas alimentares em estado de necessidade que afrontaria a dignidade da pessoa humana, pagamento de despesas médico-hospitalares, etc.), não se poderia sustentar que o procedimento de efetivação da medida emergencial devesse observar a lógica estabelecida para os casos normais⁶⁸⁶.

Em se tratando de tornar efetivo o provimento urgente, “ressoa evidente que não teria sentido que o legislador instituisse uma antecipação no curso do processo de conhecimento, visando a agilização da tutela e a submetesse às delongas da execução”⁶⁸⁷. Por isso mostrar-se-ia indispensável que fossem empregados os meios processuais mais ágeis para ser alcançado o objetivo (afastar o perigo de dano). Nesse sentido, entrariam em campo a multa⁶⁸⁸, a averbação em folha de pagamento⁶⁸⁹, a chamada penhora *on-line*⁶⁹⁰, e até mesmo a ameaça de prisão, especialmente para os

similares”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Cumprimento das Medidas Cautelares e Antecipatórias*. Revista de Processo, n.º. 139, ano 31, setembro, 2006, p. 07-27. Também em sentido contrário, invocando a garantia do *due process of law*, ASSIS, Araken de. *Execução da Tutela Antecipada*. In *Processo de Execução*. Coordenação Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, vol. II, p. 41-79.

⁶⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 286.

⁶⁸⁷ FUX, Luiz. *Tutela antecipada e locações*. Rio de Janeiro: Destaque, 1995, p. 118.

⁶⁸⁸ Nesse sentido, BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, 113-114, p. 105-109; MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 280-283. Em sentido contrário, ao menos para os casos normais, AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do art. 461 do CPC e outras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 88; DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Inovações na antecipação dos efeitos da tutela e a resolução parcial do mérito*. Genesis Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, número 26, out./dez., 2002, p. 711-734.

⁶⁸⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Cumprimento das Medidas Cautelares e Antecipatórias*. Revista de Processo, n.º. 139, ano 31, setembro, 2006, p. 07-27.

⁶⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 283-285.

casos de prestação alimentar⁶⁹¹, *etc.*, tudo a depender das circunstâncias do caso concreto e do direito material nele envolvido⁶⁹².

Cumpre, aqui, destacar que não se poderia confundir a efetivação das medidas de urgência com a execução provisória (ou incompleta). A relação legislativa entre a técnica antecipatória e a execução provisória (CPC, art. 273, § 3º) decorreria da aplicação de regras similares, considerando que, em ambos os casos, a decisão não seria definitiva, ou seja, o direito reconhecido mediante cognição sumária poderia, ao final, não ser confirmado. Por isso, a legislação referiria no âmbito da técnica antecipatória a regra da responsabilidade objetiva do beneficiário por prejuízos causados à parte adversa (CPC, art. 475-O, I), o que, aliás, já era sustentado em sede doutrinária, na medida de semelhante disposição legal para a técnica cautelar (CPC, art. 811⁶⁹³), bem como autorizaria a possibilidade (destaca-se, a possibilidade) de ser exigida caução idônea para os casos de levantamento de depósito em dinheiro e a

⁶⁹¹ Entendidos, aqui, aqueles decorrentes do direito de família, de ato ilícito ou de convenção. Sobre o assunto, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de Processo Civil*. 2ª edição. Revista e aumentada. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, tomo X, 2002, p. 359 e seguintes; CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. Assim a lição de Araken de Assis ao afirmar que “o verdadeiro espírito da lei é o de franquear meios executórios mais lesto e eficazes aos alimentários em geral, deixando de discriminá-los em razão da fonte da obrigação alimentar”. ASSIS, Araken de. *Execução de Alimentos e Prisão do Devedor*. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 140 e seguintes.

⁶⁹² Nesse sentido, DELFINO, Lúcio. *Anotações procedimentais e materiais sobre a “execução” de tutela antecipada para o pagamento de soma em dinheiro*. Revista de Processo, ano 32, nº. 148, junho, 2007, p. 11-31.

⁶⁹³ 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 previstos no 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.

prática de atos que importassem alienação de propriedade ou dos quais pudesse resultar grave dano ao executado (CPC, art. 475-O, III)⁶⁹⁴.

Ocorre que a natureza da execução provisória seria diversa daquela decorrente da tutela jurisdicional de urgência. A primeira buscaria acelerar o procedimento executivo, mas não conteria a peculiaridade da urgência. A aceleração na execução provisória não poderia importar na modificação do procedimento legal estabelecido, ao contrário da situação urgente, destinada a afastar o risco de dano⁶⁹⁵. Nesse sentido, a atuação ou efetivação da medida de urgência dispensaria, inclusive, citação executiva⁶⁹⁶, não sendo possível a utilização da “impugnação” nos termos e limites do art. 475-L do Código de Processo Civil, sendo o provimento urgente recorrível mediante agravo de instrumento, assim como as respectivas decisões proferidas para sua efetivação.

Acrescenta-se aos meios executivos de efetivação das medidas de urgência determinados em juízo a penalidade estabelecida para todos aqueles que, de qualquer forma participam do processo (exceto os advogados), deixam de cumprir com exatidão os provimentos mandamentais ou criam embaraços à efetivação dos provimentos

⁶⁹⁴ Em sentido diverso, ASSIS, Araken de. *Execução da Tutela Antecipada. In Processo de Execução*. Coordenação Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, vol. II, p. 41-79.

⁶⁹⁵ Ver as ponderações de ARMELIN, Donaldo. *Realização e execução das tutelas antecipadas. In Inovações sobre o Processo Civil: tutelas de urgência*. Coordenadores Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 505-521.

⁶⁹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Cumprimento das Medidas Cautelares e Antecipatórias*. Revista de Processo, n.º. 139, ano 31, setembro, 2006, p. 07-27.

judiciais antecipatórios ou finais⁶⁹⁷. Trata-se de ato atentatório ao exercício da jurisdição, autorizando o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta, desde que não superior a 20% (vinte por cento) do valor da causa; multa devida ao ente estatal (CPC, art. 14, V, parágrafo único)⁶⁹⁸.

A doutrina discute sobre a possibilidade da prisão civil como meio de coerção para o cumprimento das obrigações de fazer e de não-fazer e de entrega de coisa. De um lado, afirmou-se que nosso sistema, salvo nas hipóteses de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel (CF, art. 5º, LXVII), não existiriam outros meios de coerção pessoal que poderiam ser utilizados pelo juiz civil para impor aos destinatários o cumprimento de suas ordens e de seus mandados que não aqueles de natureza econômica, especialmente a imposição de multas⁶⁹⁹.

⁶⁹⁷ Sobre o ponto, com a crítica a exclusão legislativa da aplicação da sanção aos advogados, ver, por todos, MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 1º a 153*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004, tomo I, p. 174-180.

⁶⁹⁸ Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (Redação dada pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)

(...)

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. (Incluído pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado. (Incluído pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001). Sobre o assunto, ver ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 5ª. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 94-96; e, ainda, FUX, Luiz. *O Descumprimento das Decisões Judiciais e a Criminalização do Processo Civil (Breves reflexões)*. Revista de Direito Renovar, nº. 26, 2003, mai./ago., p. 39-44.

⁶⁹⁹ *Idem*, p. 96.

Por outro, interpretando-se o art. 5º, LXVII, da Constituição Federal⁷⁰⁰ de modo restritivo, em especial quanto ao conceito de “dívida”, defendeu-se a possibilidade excepcional da prisão civil como meio de coerção para forçar o inadimplente ao cumprimento de sua obrigação de fazer ou de não-fazer ou de entregar coisa⁷⁰¹. Não se admitiria a constatação de ausência de efetividade do processo em determinadas situações, especialmente quando em pauta a concretização de direitos fundamentais (v.g., direito ambiental, direitos de personalidade), o que, aliás, iria de encontro ao próprio direito fundamental de prestação efetiva da tutela jurisdicional⁷⁰². Caso contrário, as portas para a *expropriação* desses direitos estariam abertas, pois ausente instrumento capaz de sua proteção, havendo, apenas, mera proclamação de direitos pelo ordenamento jurídico. Vejamos o que disse Luiz Guilherme Marinoni

⁷⁰⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...).

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

⁷⁰¹ Sobre o assunto, Marcelo Lima Guerra afirma que encarada “a prisão como um importante meio de concretização do direito fundamental à tutela efetiva e não apenas como odiosa lesão ao direito de liberdade, uma exegese que restrinja a vedação do inc. LXVII do art. 5º da CF aos casos de prisão por dívida em sentido estrito preserva substancialmente a garantia que essa vedação representa, sem eliminar totalmente as possibilidades de se empregar a prisão”. GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 245-246. Ver, também, do mesmo autor, *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 134-137.

⁷⁰² Assim Sérgio Cruz Arenhart: “Quanto à prisão para cumprimento de ordem judicial, não tem esta caráter obrigacional. Ao contrário, deriva do *imperium* estatal e tem por fim resguardar a dignidade da justiça. Enfim, encontra apoio na regra do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, no que pertine à garantia de um provimento jurisdicional útil. Isso porque, em tese, pode haver situações em que a única forma de se obter provimento jurisdicional capaz de ser eficaz no caso concreto será contando com a colaboração do réu (sujeito a uma ordem judicial); e também, não é difícil imaginar hipóteses (especialmente em sede de tutela inibitória) em que a imposição de *astreintes* ou de outra medida de apoio, que não a prisão civil, seja totalmente inadequada para garantir o cumprimento da determinação. Para estes casos, então, será legítima a imposição da prisão civil como meio coercitivo, sem que se vislumbre qualquer óbice a isto na regra constitucional do art. 5º, LXVII”. ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 394-395.

sobre a harmonização entre o direito fundamental de liberdade e o direito fundamental de prestação efetiva da tutela jurisdicional:

Deparando-se com a norma do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, o intérprete deve estabelecer a dúvida que a sua interpretação suscita, isto é, se a norma veda o uso da prisão como meio de coerção indireta ou somente a prisão por dívida em sentido estrito. A partir daí, verificando que a norma aponta para dois direitos fundamentais, ou seja, para o direito à efetividade da tutela jurisdicional e para o direito de liberdade, deve investigar o que significa dar aplicação a cada um deles. Concluindo, a partir da análise da própria razão de ser desses direitos, que sua aplicação deve ser conciliada ou harmonizada, *não há como deixar de interpretar a norma no sentido de que a prisão deve ser vedada quando a prestação depender da disposição de patrimônio, mas permitida para a jurisdição poder evitar – quando a multa e as medidas de coerção direta não se mostrarem adequadas – a violação de um direito*. Note-se que essa interpretação, além de considerar o contexto, e por essa razão ser muito mais abrangente do que a “clássica”, *dá ênfase aos direitos fundamentais, realizando sua necessária harmonização para que a sociedade possa ver sua concretização nos locais em que a sua própria razão recomenda*.

De outra maneira os direitos ficarão desprovidos de tutela, e assim o ordenamento, exatamente na parte que consagra direitos invioláveis e fundamentais, assumirá a configuração de mera retórica, e dessa forma sequer merecerá ser chamado de “jurídico”. (...)

Ninguém pode negar que o processo exige, diante de certas situações de direito substancial, o uso da coerção indireta. Porém, a multa não constitui a única forma de coerção indireta, e nem se pode dizer que é ela suficiente para a efetiva prestação da tutela jurisdicional. A multa não tem efetividade diante de um rei que não possui patrimônio. Por essa razão, *a violação de direitos é muito fácil a pessoas inescrupulosas, uma vez que também não é difícil que essas possam constituir “testas-de-ferro” sem patrimônio para lesar, sem qualquer preocupação, direitos da personalidade – por exemplo*. (...)

Soará absolutamente falsa e demagogia – por exemplo – a afirmação da Constituição Federal no sentido de que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (art. 225, *caput*), se não for possível – quando outro meio executivo não se mostrar adequado – a utilização da prisão como meio de coerção indireta para tutelá-lo. Seria o mesmo que interpretar tal norma constitucional como se ela dissesse que o meio ambiente, embora fundamenta para a sadia qualidade de vida e para as futuras gerações, infelizmente não pode ser efetivamente

tutelado em face de um réu que não se importa com os efeitos da multa. Ora, essa interpretação seria, para dizer o mínimo, incoerente⁷⁰³.

A questão da prisão civil como meio de coerção para o cumprimento de obrigações não pecuniárias é relevante. A toda evidência, seria melhor mesmo não fechar essa porta de modo absoluto ou restritivo àquelas hipóteses estabelecidas na legislação, justamente porque em determinadas situações protegidas pelo direito material (especialmente no caso dos direitos fundamentais) os outros meios de coerção e as medidas de apoio poderiam não ser suficientes. Aliás, o art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil autorizaria o julgador a determinar medidas necessárias para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado equivalente, devendo ser considerado exemplificativo o rol apresentado na lei. O problema central seria o controle desse poder, em especial quanto ao resguardo da dignidade da pessoa humana⁷⁰⁴, ainda mais na tutela de urgência, prestada mediante cognição sumária e em face de perigo de dano (*lato sensu* considerado).

O julgador poderia agir de modo mais amplo do que aquele que a estabelecido legislação, promovendo medidas executivas nela não positivadas. Tratar-se-ia da do abandono do princípio da tipicidade dos meios executivos, que restringia a atividade executiva apenas aos meios previstos na lei. A superação dessa idéia

⁷⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 267-276. Em sentido contrário, parecer de WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Impossibilidade da decretação de pena de prisão como medida de apoio, com base no art. 461, para ensejar o cumprimento de obrigação in natura*. Revista de Processo, nº. 112, ano 28, out./dez., p.196-212.

⁷⁰⁴ “O princípio da proteção da dignidade da pessoa humana é considerado, atualmente, o princípio basilar de toda ordem jurídica, que deve ser construída a partir da observância deste vetor (conferir, por todos, o trabalho de Ingo Sarlet). Obviamente, não poderia o processo de execução fugir a esta exigência.” DIDIER JR. Fredie. *Esboço de uma teoria da execução civil*. Revista de Processo, ano 29, nº. 118, nov./dez., 2004, p. 09-28.

vinculada aos valores do Estado Liberal Clássico encontraria respaldo nas diferentes exigências decorrentes das peculiaridades do direito material e dos anseios de nossa sociedade contemporânea⁷⁰⁵. Sobre o assunto, novamente a lição de Luiz Guilherme Marinoni:

A falência do princípio da tipicidade dos meios executivos se deve à premissa que lhe serve de fundamento. Essa premissa supõe que as necessidades oriundas das várias situações de direito material podem ser igualizadas e, portanto, contentarem-se com os mesmos meios executivos. Como é evidente, tal premissa, que sugere a possibilidade de pensar de maneira abstrata – ou apenas com base em critérios processuais – a respeito da execução dos direitos, ignora que a função judicial está cada vez mais ligada ao caso concreto.

Ora, a diversidade das situações de direito material implica na tomada de consciência da imprescindibilidade do seu tratamento diferenciado no processo, especialmente em relação aos meios de execução. Ou seja, é equivocado imaginar que a lei pode antever os meios de execução que serão necessários diante dos casos concretos. A lei processual, se assim atuasse, impediria o tratamento adequado daquelas casos que não se amoldam à situação padrão por ela contemplada⁷⁰⁶.

Nessa perspectiva, seria possível considerar a existência de cláusulas gerais executivas como resposta ao direito ao meio executivo adequado, na medida em que as disposições legislativas não definiriam tudo o que poderia ser definido, deixando ao juiz uma margem de atuação para preencher a regra aberta à concretização judicial das medidas de urgência⁷⁰⁷.

⁷⁰⁵ Trata-se da crítica ao racionalismo liberal e sua neutralidade. Por todos, SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. Mais recentemente, *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

⁷⁰⁶ *Idem*, p. 305.

⁷⁰⁷ Sobre a superação do princípio da tipicidade e a autorização do juiz para flexibilizar a técnica processual escolhida pelo legislador, entre outros, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 107 e seguintes. No direito italiano, fala-se em discricionariedade do julgador sobre as medidas a serem aplicadas para a efetiva tutela jurisdicional de urgência, relacionando-a com as providências cautelares inominadas. MONTESANO, Luigi. *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile (artt.*

A quebra do princípio da tipicidade importou, também, na flexibilização da adstrição do juiz ao meio executivo solicitado pela parte (congruência)⁷⁰⁸. “Se a tipicidade tem a função de impedir a execução através de meio executivo não previsto na lei, a regra da adstrição seria um corolário seu, isto é, uma regra destinada a complementar a segurança do litigante”, na medida em que somente poderia sofrer a interferência em sua esfera jurídica por intermédio do meio de execução previsto na lei e escolhido pelo autor⁷⁰⁹. Com a consciência dos direitos fundamentais de prestação, a lógica teria mudado, também porque o Estado teria deixado de ser pensado como “inimigo público” ao assumir relevante papel social.

Na tutela jurisdicional de urgência, a questão seria de alta relevância, e por uma questão óbvia: tratar-se-ia de situação emergencial, que, por si só, seria suficiente para quebrar a lógica estabelecida para os casos normas. O problema agora seria estabelecer critérios suficientemente objetivos para o controle da atividade jurisdicional no emprego dos meios executivos.

Em síntese, o Estado estaria obrigado a prestar a tutela jurisdicional de urgência de modo adequado, tanto na esfera legislativa quanto na esfera jurisdicional. Assim, as disposições legais corresponderiam ao *starting point* do problema, cabendo

700-702 *cod. proc. civ.*). Napoli: Jovene, 1955, p. 83; FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução da 8ª edição por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 241-245; TOMMASEO, Ferruccio. *Provvedimenti di urgenza*. Enciclopedia Del Diritto, vol. XXXVII, Milão: Giuffrè, p. 856-883

⁷⁰⁸ AMARAL, Guilherme Rizzo. *A efetivação das sentenças sob a ótica do Formalismo-Valorativo: um método e sua aplicação*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Tese de doutorado, 2006, p. 151-155.

⁷⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 311.

às partes e ao juiz construir a solução mais adequada ao caso concreto, inclusive quanto ao emprego de meios de efetivação, o que deveria ser sempre realizado em conformidade com as peculiaridades do direito material envolvido. Deslocar-se-ia o problema das discussões abstratas para o plano das discussões concretas, reais, em que se buscaria a realização útil do provimento emergencial, superando-se o princípio da tipicidade dos meios executivos. Essa mudança de rota importaria, conseqüentemente, em maior responsabilidade das partes e do juiz, ainda mais quando em foco a tutela jurisdicional de urgência. Daí a necessidade de estabelecer critério metodológico para ser superado o princípio da tipicidade dos meios executivos com segurança.

3.2.2 A proporcionalidade como método de controle sobre o meio executivo a ser empregado na tutela jurisdicional de urgência

Em geral, o exercício do poder deve ser controlado, sob pena de se tornar arbitrário. Isso não seria diferente no campo jurisdicional, especialmente quando se abriria ao julgador a possibilidade de adequar o procedimento e os meios executivos para a concretização do direito, em busca de efetividade⁷¹⁰.

⁷¹⁰ Nesse contexto, vale destacar que o julgador deve ser prudente na concessão de medidas de urgência, não deixando de observar o aspecto psicológico nelas existente e eventual interesse “mascarado” dos litigantes. Em outras palavras, “para entender de que modo jogam no processo os delicados mecanismos do sistema cautelar, não basta ler aquilo que está escrito nos artigos do código, mas é necessário conhecer todos os estratagemas psicológicos com os quais a prática se serve desta fórmula para alcançar escopos muito diversos daqueles indicados nas construções dogmáticas dos tratadistas”. CALAMANDREI, Piero. *O processo como jogo*. Tradução de Roberto B. Del Claro. Genesis Revista de Direito Processual civil, Curitiba, n.º. 23, jan./mar., 2002, p. 191-209.

Com efeito, para fins de controle da atividade executiva na tutela jurisdicional de urgência, importaria investigar a respectiva medida especificadamente, de modo a relacionar o *meio idôneo* para a respectiva tutela e a *menor restrição possível* àquele que sofreria seus efeitos, examinando suas vantagens e desvantagens⁷¹¹. Adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. É a norma de método do postulado aplicativo normativo da *proporcionalidade*, que encontraria campo propício para seu desenvolvimento nessa seara. Aliás, a medida urgência deveria mesmo ser proporcional à causa originária, caso contrário estar-se-ia a desnaturar a situação emergencial de modo arbitrário⁷¹².

Humberto Ávila propõe a sistematização dessa norma metodológica com a utilização dos critérios de adequação (se a medida é adequada ao fim que se pretende defender), da necessidade (dentre todos os meios igualmente adequados para atingir o fim que se pretende defender, deve ser escolhido aquele que restrinja ao mínimo a aplicação do outro valor/princípio envolvido) e da proporcionalidade em sentido estrito (o exame de vantagens e desvantagens da realização do meio escolhido e sua efetiva realização)⁷¹³. É o método sugerido por

⁷¹¹ Os conceitos de meio idôneo e da menor restrição possível são abertos, e devem ser preenchidos no caso concreto, levando-se em conta, evidentemente, a natureza dos direitos em jogo, os limites e as possibilidades das partes. Nesse sentido, soa fundamental a aplicação do postulado normativo aplicativo da proporcionalidade, justamente porque seu emprego importa no exame apurado das alternativas possíveis, explicitando as vantagens e desvantagens da escolha de um meio e não outro. Nesse sentido, DIDIER JR. Fredie. *Esboço de uma teoria da execução civil*. Revista de Processo, ano 29, nº. 118, nov./dez., 2004, p. 09-28.

⁷¹² A relação entre urgência e necessidade encontra vínculo na proporcionalidade. Sobre o assunto, no direito público francês, FRIER, Pierre-Laurent. *L'urgence*. Paris: LGDJ, 1987, p. 124 e seguintes.

⁷¹³ Disse-o Humberto Ávila: “O postulado da proporcionalidade não se confunde com o da *justa proporção*: enquanto esse exige uma realização proporcional de bens que se entrelaçam numa dada relação jurídica, independentemente da existência de uma restrição decorrente de medida adotada para atingir um fim extremo, o postulado da proporcionalidade exige adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito de uma

Guilherme Rizzo Amaral para a efetivação das sentenças⁷¹⁴. A toda evidência, sua observação vai ao encontro do paradigma vigente proposto no formalismo-valorativo, a fim de equacionar o eterno conflito entre segurança e efetividade, o que também ocorre em termos de tutela jurisdicional de urgência.

De um lado, a necessidade de tutela emergencial efetiva, sob pena de prejuízo (físico ou jurídico) irreparável ou de difícil reparação; de outro, o receio de erro (prejudicando a segurança) diante da exigência de que essa tutela seja prestada de modo sumário, muitas vezes sem qualquer dilação probatória ou a observância do contraditório, podendo, inclusive, gerar efeitos irreversíveis. O método ganha relevo especialmente nos casos difíceis, nas questões

medida havida como meio para atingir um fim empiricamente controlável. O postulado da proporcionalidade não se identifica com o da *ponderação de bens*: esse último exige a atribuição de uma dimensão de importância a valores que se imbricam, sem que contenha qualquer determinação quanto ao modo como deve ser feita essa ponderação, ao passo que o postulado da proporcionalidade contém exigências precisas em relação à estrutura do raciocínio a ser empregada no ato de aplicação. O postulado da proporcionalidade não é igual ao da *concordância prática*: esse último exige a realização máxima de valores que se imbricam, também sem qualquer referência ao modo de implementação dessa otimização, enquanto a proporcionalidade relaciona o meio relativamente ao fim, em função de uma estrutura racional de aplicação. O postulado da proporcionalidade não se confunde com o da *proibição de excesso*: esse último veda a restrição da eficácia mínima de princípios, mesmo na ausência de um fim externo a ser atingido, enquanto a proporcionalidade exige uma relação proporcional de um meio relativamente a um fim. O postulado da proporcionalidade não se identifica com a *razoabilidade*: esse exige, por exemplo, a consideração das particularidades individuais dos sujeitos atingidos pelo ato de aplicação concreta do Direito, sem qualquer menção a uma proporção entre meios e fins”. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª edição revista. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 152-161.

⁷¹⁴ Nesse contexto, importa sobremaneira mencionar a tese desenvolvida por Guilherme Rizzo Amaral a respeito da “efetivação das sentenças sob a ótica do formalismo-valorativo”, quando propôs a aplicação da norma de método da proporcionalidade para resolver o conflito entre efetividade e segurança. O jurista, após afirmar a vigência do paradigma, discorreu sobre o constante conflito entre efetividade e segurança no processo civil. Indicou circunstâncias caracterizadoras de cada um desses valores e, então, sustentou para a resolução dos conflitos a aplicação do método da proporcionalidade vinculado à idéia de “posição original” e do “véu da ignorância” de Jonh Rawls (RAWLS, Jonh. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves, São Paulo: Martins Fontes, 2000). Testou, com sucesso, sua tese na efetivação das decisões referentes às obrigações de fazer e não-fazer, de entrega de coisa, e de pagar quantia, adentrando em temas cruciais e polêmicos que envolvem toda a atividade executiva. AMARAL, Guilherme Rizzo. *A efetivação das sentenças sob a ótica do Formalismo-Valorativo: um método e sua aplicação*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Tese de doutorado, 2006, p. 84-113. Ver, também, BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e Processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do Processo Civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 90-94; DIDIER JR. Fredie. *Esboço de uma teoria da execução civil*. Revista de Processo, ano 29, nº. 118, nov./dez., 2004, p. 09-28.

tormentosas, “as quais não se resolve satisfatoriamente com o emprego apenas de regras jurídicas, mas demanda o recurso aos princípios, para que sejam solucionadas em sintonia com o fundamento constitucional da ordem jurídica”⁷¹⁵.

Superada, inicialmente, a questão do acertamento a respeito do direito a ser tutelado, importaria investigar a adequação da medida de urgência, para que não se deixasse de observar a *idoneidade do meio* e a *menor restrição possível* àquele que sofreria seus efeitos, examinando suas vantagens e desvantagens. A norma da proporcionalidade atuaria como postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricariam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, de tal sorte que se pudesse proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promoveria o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não haveria outro meio menos restritivo dos direitos fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim corresponderiam às desvantagens provocadas pela adoção do meio?)⁷¹⁶.

No processo civil, em especial na efetivação das medidas de urgência, a questão da proporcionalidade encontraria terreno fértil nos casos em que a adoção do meio pudesse restringir direito fundamental da parte adversa. De um modo geral,

⁷¹⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Sobre princípios constitucionais gerais: isonomia e proporcionalidade*. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 84, n. 719, setembro, 1995, p. 57-63.

⁷¹⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª edição revista. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 149.

poder-se-ia dizer que a própria prestação dessa modalidade de tutela jurisdicional poderia ser sopesada por meio da proporcionalidade, considerando o processo como meio e a realização da justiça como um fim, na medida em que sempre um direito fundamental estaria sendo restringido, ora a efetividade (direito fundamental a prestação) ora a segurança (direito fundamental de defesa)⁷¹⁷. Cumpre examinar mais de perto o problema, de modo particularizado com a tutela jurisdicional de urgência e com o direito material que o envolveria. Antes, porém, seria preciso explicar o que seria e como funcionaria o referido postulado. Para tanto, partimos da conhecida lição de Humberto Ávila a respeito do tema, destacando, todavia, que o autor estaria a analisar o exame da proporcionalidade no âmbito legislativo e da administração pública.

O exame de proporcionalidade aplicar-se-ia sempre que houvesse uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade. Sem uma relação entre meio e fim não se poderia realizar o exame do postulado porque lhe faltariam elementos. O *fim* consistiria num ambicionado resultado concreto (*extrajurídico*). Um resultado que pudesse ser verificado mesmo na ausência de normas jurídicas e de conceitos jurídicos, como, por exemplo, no aumento ou extinção de bens, na obtenção de determinados estados ou no preenchimento de determinadas condições, na possibilidade ou no impedimento para a realização de ações. A maior precisão dos efeitos da utilização do

⁷¹⁷ Sobre o assunto AMARAL, Guilherme Rizzo. *A efetivação das sentenças sob a ótica do Formalismo-Valorativo: um método e sua aplicação*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Tese de doutorado, 2006, p. 110-113.

meio e de como seria definido o fim justificativo da medida importaria na possibilidade de maior controle de sua proporcionalidade⁷¹⁸.

O exame de adequação exigiria uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deveria levar à realização do fim. A compreensão dessa relação (meio-fim) importaria na solução de três perguntas fundamentais: (a) o que significaria um meio ser adequado à realização de um fim? (b) Como deveria ser analisada a relação de adequação? (c) Qual a intensidade de controle das decisões adotadas?

A resposta da primeira pergunta (o que significaria um meio ser adequado à realização de um fim) exigiria o exame das diferentes espécies de relação entre os vários meios disponíveis e o fim que deveria ser promovido. Poder-se-ia analisar essa relação em três aspectos: quantitativo (intensidade), qualitativo (qualidade) e probabilístico (certeza).

No aspecto quantitativo, um meio poderia promover menos, igualmente ou mais um fim do que outro meio. No aspecto qualitativo, um meio poderia promover pior, igualmente ou melhor o fim do que outro meio. No aspecto probabilístico, um meio poderia promover menos, igual ou com maior certeza o fim do que outro meio. Percebe-se que a decisão pela medida nem sempre se manteria em um mesmo nível (quantitativo, qualitativo, probabilístico), como ocorreria na comparação entre um meio

⁷¹⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª edição revista. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 151.

mais forte e o outro mais fraco, entre um meio pior e outro melhor, ou entre um meio menos certo e outro mais certo. Vejamos um exemplo:

A escolha da Administração na compra de vacinas para combater uma epidemia pode envolver a comparação entre uma vacina que acaba com todos os sintomas (superior em termos quantitativos) mas que não tem eficácia comprovada para a maioria da população (inferior em termos probabilísticos) e outra vacina que, apesar de curar apenas os principais efeitos da doença (inferior em termos quantitativos), já teve sua eficácia comprovada em outras ocasiões (superior em termos probabilísticos)⁷¹⁹.

Essa constatação importaria na seguinte pergunta: deveria ser escolhido o meio *mais intenso*, o *melhor* ou o *mais seguro*, ou bastaria que se escolhesse um meio que simplesmente promovesse o fim? Humberto Ávila, tratando do tema a respeito da opção do legislador e do administrador diz que bastaria que o fim escolhido promovesse o fim, porque a decisão dependeria de informações e circunstâncias muitas vezes não disponíveis para a Administração Pública, sendo que sua finalidade seria prejudicada se tivesse que avaliar todos os meios possíveis e imagináveis para atingir o fim para tomar qualquer decisão, por mais insignificante que fosse. Além disso, seria mesmo desejável manter-se um mínimo de liberdade de escolha ao legislador e ao administrador, o que decorreria do princípio da separação dos Poderes. E, ainda, que a imediata exclusão de um meio que não o mais intenso, o melhor ou o mais seguro iria de encontro à racionalidade própria da interpretação e aplicação das normas⁷²⁰.

⁷¹⁹ *Idem*, p. 153.

⁷²⁰ *Ibidem*, p. 152.

E o juiz, deveria escolher o meio mais intenso, o melhor ou o mais seguro? A resposta também não poderia ser dada *a priori*, bastando que escolha um meio que promovesse a finalidade. Sua confrontação com os outros meios ocorreria no exame do elemento seguinte desse postulado: a necessidade⁷²¹.

Ainda sobre a adequação, importaria saber como poderia ser analisada. Aqui, seriam três os critérios: abstração/concretude; generalidade/particularidade; antecedência/posterioridade⁷²².

Na primeira dimensão (abstração/concretude), poder-se-ia exigir uma medida que fosse abstratamente adequada para a promoção do fim. A medida seria adequada se o fim fosse possivelmente realizado com a sua adoção. Ou poder-se-ia exigir uma medida que fosse concretamente adequada para a promoção do fim. A medida seria adequada somente se o fim fosse efetivamente realizado no caso concreto.

Na segunda dimensão (generalidade/particularidade) poder-se-ia exigir uma medida que fosse geralmente adequada para promover o fim. A medida seria adequada se o fim fosse realizado na maioria dos casos com a sua adoção. Poder-se-ia exigir a adoção de medida que fosse individualmente adequada para a promoção do fim. A medida seria adequada somente se todos os casos individuais demonstrassem a realização do fim.

⁷²¹ *Ibidem*, p. 152.

⁷²² *Ibidem*, p. 153-155.

Na terceira dimensão (antecedência/posteridade) poder-se-ia exigir medida que fosse adequada no momento em que foi adotada ou se poderia exigir medida que fosse adequada no momento em que fosse ser julgada. No primeiro caso, deveria ser anulada se a avaliação do administrador mostrou-se equivocada em momento posterior, com maior amplitude de informações. No segundo caso, se posterior avaliação ao seu julgamento demonstrasse que não promoveu o fim, a medida deveria ser anulada.

Essas considerações importam em saber o que significa *adotar uma medida*? Embora se revele inviável uma resposta categórica e invariável, em face das múltiplas atuações possíveis, veja-se aquela proposta por Humberto Ávila:

Nesse sentido, pode-se afirmar que nas hipóteses em que o Poder Público está atuando para uma generalidade de casos – por exemplo, quando edita atos normativos – a medida será adequada se, abstrata e geralmente, servir de instrumento para a promoção do fim. Tratando-se, porém, de atos meramente individuais – por exemplo, atos administrativos – a medida será adequada se, concreta e individualmente, funcionar como meio para a promoção do fim. Em qualquer das duas hipóteses, a adequação deverá ser avaliada no momento da escolha do meio pelo Poder Público, e não em momento posterior, quando essa escolha é avaliada pelo julgador. Isso porque a qualidade da avaliação e da projeção – e, portanto, atuação da Administração – deve ser averiguada de acordo com as circunstâncias existentes no momento dessa atuação. É imperioso lembrar que o exame da proporcionalidade exige do aplicar uma análise em que preponderam juízos do tipo probabilístico e indutivo⁷²³.

No âmbito do Poder Judiciário, a questão dos critérios para o exame da adequação poderia ser examinada em conformidade com os efeitos da decisão de

⁷²³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª edição revista. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 155-156.

urgência, por exemplo, em razão do direito material envolvido, se individual ou coletivo. Por outro lado, diferente seria a questão quanto ao critério antecedência/posteridade, especialmente em matéria de urgência, pois o desenvolvimento da atividade cognitiva poderia importar, sem dúvida, na modificação do meio empregado (ou a ser empregado ou que está sendo empregado), considerando, inclusive, a possibilidade de revogação do provimento urgente.

Sobre a intensidade do controle da adequação do meio escolhido pela Administração (ou seja, se o meio atingiria o fim), Humberto Ávila destaca que o controle pelo Poder Judiciário deveria ser exercido perante um modelo fraco, especialmente em razão da Separação dos Poderes⁷²⁴. Impossível, aqui, traçar um paralelo no âmbito judiciário, pois não haveria um controle promovido por outro Poder a respeito das decisões de urgência. Porém, em relação ao duplo grau de jurisdição, seria preciso dizer que deveria haver controle no modelo forte quanto a todas as fases do exame da proporcionalidade, em qualquer dos casos em que essa matéria fosse discutida, especialmente naqueles em que o contraditório se concretizasse apenas em segunda instância. Esse controle forte justificaria a própria aplicação desse método em sede jurisdicional, ou seja, não seria possível imaginar um controle fraco nesses casos.

Outro elemento do exame do postulado normativo aplicativo seria a *necessidade*, que envolveria a verificação da existência de meios que fossem alternativos àquele inicialmente proposto, e que pudessem promover igualmente o fim

⁷²⁴ *Idem*, p. 156-158.

sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados. Duas seriam as etapas dessa investigação: em primeiro lugar, o *exame da igualdade de adequação dos meios*, para verificar se aqueles alternativos promoveriam igualmente o fim; em segundo lugar, o *exame do meio menos restritivo*, para saber se aqueles alternativos restringiriam em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados⁷²⁵.

O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de lei que previa a obrigatoriedade de pesagem de botijão de gás em frente ao consumidor, pois a proteção do consumidor poderia ser preservada de outra forma menos gravosa, na medida em que às companhias deveriam adquirir uma balança para cada veículo, o que importava em um ônus excessivo. Concluiu-se a fiscalização por amostragem seria suficiente para a proteção do consumidor, restringindo-se em menor intensidade o direito fundamental da livre iniciativa⁷²⁶. O exame da necessidade, porém, poderia ser extremamente complexo, quando seriam comparados meios que atingiriam o fim em graus diferentes ou quando não o atingiriam em grau suficiente. Daí a necessidade do processo de ponderação, que deveria envolver o esclarecimento do que estaria sendo objeto de ponderação, da ponderação propriamente dita e da reconstrução posterior da ponderação.

⁷²⁵ *Ibidem*, p. 158-159.

⁷²⁶ STF. Tribunal Pleno, MC na ADI 855-2/PR, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 01.07.1993, DJU 01.10.1993, p. 20.212. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª edição revista. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 160.

O exame da proporcionalidade em sentido estrito exigiria a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. Perguntar-se-ia: o grau de importância da promoção do fim justificaria o grau de restrição causada aos direitos fundamentais? As vantagens causadas pela promoção do fim seriam proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? Tratar-se-ia, como se percebe, de um exame complexo, inclusive quanto ao nível de subjetividade⁷²⁷. De qualquer sorte, no exame da proporcionalidade em sentido estrito, o julgador deveria justificar as razões pela qual optou por tal meio em detrimento de outro, reduzindo a possibilidade de arbítrio nessa seara.

O método da proporcionalidade estaria diretamente relacionado com os direitos fundamentais porventura envolvidos na demanda, na confrontação entre eles e na exigência de tutela do provável. A escolha do meio adequado ao fim deveria respeitar a natureza própria desses direitos, evitando restringir sua promoção. Deveria o julgador procurar por aquele meio capaz de atingir a finalidade de modo bastante a afastar o risco de lesão, restringindo ao menos o direito da parte adversa.

Para ilustrar o que acabamos de dizer, vamos colocar em prática o método da proporcionalidade em um caso recente julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, relatado pelo eminente processualista Ministro Teori Zavascki⁷²⁸. Tratava-se de demanda promovida em desfavor do Estado do Rio Grande do Sul, em que o autor buscava provimento jurisdicional

⁷²⁷ *Idem.*

⁷²⁸ STJ. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº. 881.151/RS. Primeira Turma, Relator Ministro Teori Zavascki, julgado em 02.10.2007, publicado em 18.10.2007.

mandamental para obrigar o réu ao fornecimento do medicamento. A decisão recorrida, proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, havia determinado o cumprimento da obrigação sob pena de bloqueio de valores. O requerido alegou ofensa ao art. 461, § 5º, do CPC, sustentando a inadequada interpretação extensiva dada ao referido dispositivo de lei, que deveria ser limitada ao texto, em especial quanto ao meio de efetivação da medida de urgência.

No julgamento, o Ministro relator iniciou seu exame reconhecendo o cabimento da aplicação de multa diária (*astreintes*) à Fazenda Pública, como meio coercitivo para a imposição do cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva de obrigação de fazer ou entregar coisa. Citou precedentes. Então, destacou que a *astreinte* não poderia ser confundida com o bloqueio ou o seqüestro de bens, embora categorias de meios executivos, porque possuiria natureza inteiramente diversa. Sustentou que a regra para a imposição de obrigação de pagar quantia à Fazenda Pública, ainda que decorrente da conversão de obrigação de fazer ou de não entregar coisa, deveria obedecer ao rito próprio, estabelecido no art. 730, do CPC e no art. 100, da CF, que não previu a possibilidade de execução direta por expropriação mediante seqüestro de dinheiro ou de qualquer outro bem público, que seriam impenhoráveis.

No entanto, afirmou que o regime constitucional de impenhorabilidade dos bens públicos e da submissão dos gastos públicos decorrentes de ordem judicial à prévia indicação orçamentária deveria ser conciliado com os demais valores e princípios consagrados pela Constituição. Assim, havendo, entre eles, conflito específico e insuperável, haveria de se fazer um juízo de ponderação para determinar qual dos valores conflitantes mereceria ser específica e

concretamente prestigiado. Apoiado na jurisprudência do STF, salientou que o direito fundamental à saúde prevaleceria sobre os interesses financeiros da Fazenda Pública, a significar que, no confronto de ambos, prestigiar-se-ia o primeiro em prejuízo do segundo.

Desse modo, nessas situações inconciliáveis entre o direito fundamental à saúde e o da impenhorabilidade dos recursos da Fazenda, prevaleceria o primeiro sobre o segundo. Considerando urgente e impostergável a aquisição do medicamento, sob pena de grave comprometimento da saúde do demandante, não teria sentido algum submetê-lo ao regime jurídico comum, naturalmente lento, da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública. Concluindo que seria legítima, ante a omissão do agente estatal responsável pelo fornecimento do medicamento, a determinação judicial do bloqueio de verbas públicas como meio de efetivação do direito prevalente.

Embora não tenha sido realizado o exame da proporcionalidade especificamente, vamos conferir como tal poderia ter sido feito para fins de controle da decisão. Adequação: o bloqueio de verbas públicas atingiria ao fim pretendido? Sim, desde que em importância suficiente, alcançando a finalidade de modo intenso, seguro e ótimo. Necessidade: dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não haveria outro meio menos restritivo dos direitos fundamentais afetados? Não, considerando que o administrador omitiu-se no cumprimento de sua obrigação, não deixando outra opção, valendo destacar que de nada adiantaria a parte a condenação do Estado ao pagamento de *astreintes* por sua desídia, pois essa medida não se revestiria sequer sob a forma de prêmio de consolação; resultaria, ao revés, em impor à parte carente sofrer *ad eternum* com a enfermidade

que a acometoria⁷²⁹. Proporcionalidade em sentido estrito: as vantagens trazidas pela promoção do fim corresponderiam às desvantagens provocadas pela adoção do meio? Sim, o direito fundamental à saúde prevaleceria sobre os interesses financeiros da Fazenda Pública. Diante do quadro fático no qual a recalcitrância do devedor, em evidente desrespeito a dignidade da pessoa humana, colocaria em risco os direitos fundamentais à saúde ou à vida do demandante, a determinação do seqüestro ou do bloqueio de valores depositados em conta corrente do mesmo, como forma de providenciar a este o resultado prático equivalente ao da tutela que lhe fora deferida, atenderia ao direito fundamental à saúde e ao objetivo primordial da República, destinado à proteção da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, fazendo isso, seria mínima a afronta aos princípios de Direito Financeiro ou Administrativo, considerando, inclusive, o dever de eficiência estabelecido na Constituição Federal (art. 37).

Esse breve exame do postulado da proporcionalidade entre o meio e fim na efetivação das medidas de urgências mostrar-se-ia suficiente para demonstrar que serviria como meio de controle dos fundamentos adotados na decisão, o que se revelaria de extrema importância, considerando a quebra do princípio da tipicidade dos meios executivos. Deste modo, buscar-se-ia apaziguar o confronto entre o valor segurança e o valor efetividade na tutela jurisdicional de urgência, atendendo às exigências do direito material.

⁷²⁹ Nesse sentido, STJ. Recurso Especial nº. 869.843/RS, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 18.09.2007, publicado em 15.10.2007.

CONCLUSÕES

1. O formalismo-valorativo impõe a distinção clara entre os dois planos do ordenamento jurídico e, nesse sentido, cabe distinguir a proteção jurídica outorgada por cada um deles. Por outro lado, não se poderia apartá-los por completo, porque se relacionam de modo dinâmico e complementar. Um depende do outro. No plano material, são protegidos os interesses sociais por meio de normas gerais e abstratas. No plano do direito processual, essas normas servem como matéria-prima para a decisão que será construída ao longo do procedimento, com a participação dos litigantes e do juiz. As decisões judiciais (precedentes) voltam a influenciar o direito material, com o preenchimento dos conceitos jurídicos indeterminados, das cláusulas gerais, *etc.* Assim, o sistema aberto desenvolve-se constantemente e dinamicamente.

2. Em nossa sociedade contemporânea – talvez mais do que em qualquer outro período histórico – não se pode deixar de atender à necessidade de proteção urgente, o que ocorre diferentemente em cada um dos planos, considerando a lógica estabelecida. Em qualquer dos casos, porém, é possível identificar elementos caracterizadores da urgência, sem os quais não se pode cogitar da respectiva tutela jurídica. São eles: (1) a necessidade imediata de (2) tomar-se determinada providência, (3) a fim de ser afastada causa que gere risco de lesão a direito, seu prolongamento no tempo ou seu agravamento. Relaciona-se a urgência com o prejuízo decorrente do cumprimento normal do procedimento, o que justifica, como efeito de

uma situação concreta, a quebra daquilo que foi inicialmente estabelecido para os casos convencionais.

3. No processo, a tutela de urgência se manifesta usualmente de modo instável (provisório ou temporário), considerando sua própria natureza emergencial e as circunstâncias em que se decide a questão (cognição sumária, juízo de verossimilhança preponderante). Nesses casos, têm-se as técnicas cautelar e antecipatória. A primeira relaciona-se com a atividade processual, ou seja, com a conservação urgente dos meios instrumentais processuais, protegendo-se elementos exteriores ao processo (bens e meios de prova) para salvaguardar a salutar atividade da parte em juízo. A segunda, por sua vez, tem direta relação com o próprio direito material discutido ou a ser discutido na demanda, quando são adiantados desde logo alguns efeitos da tutela jurisdicional final, salvaguardando o direito em si.

4. A urgência também pode gerar uma situação definitiva (estável), seja quanto aos fatos seja quanto aos fatos e aos aspectos jurídicos. Naquele caso, especialmente nas medidas antecipatórias, os efeitos da efetivação da decisão são irreversíveis no plano sensível, deixando em aberto, porém, a possibilidade daquele que sofreu com a execução do provimento dano processual buscar a correspondente indenização, se entender que foi prejudicado, que seu direito não foi obedecido. No outro caso, todavia, a decisão de urgência simplesmente não deixa nada para ser debatido, considerando que os efeitos foram irreversíveis no plano fático e suas conseqüências jurídicas não podem importar na responsabilidade do favorecido com a medida. Aqui, não há nada de racional a justificar o prosseguimento da atividade jurisdicional.

5. Conclui-se que a legislação em vigor não atende de modo adequado ao direito fundamental de prestação da tutela jurisdicional emergencial, considerando que criou procedimentos diversos para situações análogas (em especial quanto à tutela jurisdicional de urgência instável). Além disso, deixou de proteger adequadamente os casos em que a decisão urgente pode se tornar definitiva (tutela jurisdicional de urgência definitiva). Impõem-se, nesse sentido, reformas legislativas. Enquanto isso não ocorre, cabe ao julgador promover o direito fundamental à tutela jurisdicional, adequando o procedimento para facilitar o acesso à justiça em busca da solução justa para o caso concreto, não descuidando do confronto entre segurança e efetividade.

6. Diante da inegável distinção entre os valores tutelados no plano material, tem-se que a tutela jurisdicional de urgência deve ser a eles adequada. Em outras palavras, a tutela jurisdicional sofre influência do direito material, tanto na atividade cognitiva quanto na atividade executiva. Naquela, o direito material age sobre a dinamicização do ônus probatório, sobre o grau de cognição necessário para fins de comprovação da urgência e sobre a própria plausibilidade do direito invocado. Nesta, atua sobre a escolha dos meios a serem empregados para sua efetivação. O direito material também atua sobre os efeitos da decisão, considerando que o julgador não pode deixar de observá-los para a formação de seu convencimento.

7. Quando houver a possibilidade de irreversibilidade (fática ou fática e jurídica) ou choque entre direitos fundamentais no caso concreto, para dar maior segurança a essa modalidade de tutela jurisdicional, deve o julgador promover a ponderação de bens (ou interesses) para proteger o direito aparente, valendo-se de tópicos argumentativos pertinentes.

No âmbito da escolha do meio processual adequado, deve empregar o postulado normativo aplicativo da proporcionalidade, justificando a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, esclarecendo as razões que o levaram a utilizar tal meio e não outro.

8. Evidentemente, em qualquer caso, deve o julgador proferir decisões fundamentadas, indicando precisamente as razões que o levaram a tal convicção. Tudo para promover ao máximo o equilíbrio entre o valor segurança e o valor efetividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELHA, Marcelo. *Breves considerações sobre a prova nas demandas coletivas ambientais*. In *Aspectos Processuais do Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 146-200.

ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti de. *Sentença Executiva Lato Sensu*. In *Eficácia e Coisa Julgada*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira Organizador. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 155-184.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALLORIO, Enrico. *El ordenamiento jurídico en el prisma de la declaración judicial*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1958.

_____. *Problemi di Diritto*. Milano: GIUFFRÈ, 1957, vol. I

ALMEIDA, Jansen Fialho. *As medidas Cautelares e Antecipatórias na Tutela do Processo de Conhecimento e Seus Efeitos na Face da Lei nº 10.444, de 07.05.2002*. Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Brasília, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, n. 70, set./dez. 2002.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *A ação coletiva de responsabilidade civil e seu alcance*. In *Responsabilidade Civil por danos a consumidores*. Coordenação Carlos Alberto Bittar. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. *A garantia do contraditório*. In *Do formalismo no processo civil*. 2ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *A tutela de urgência e o direito de família*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *A nova execução: comentários à Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Ainda o problema da Classificação Quinária das Tutelas Jurisdicionais*. Revista Magister de direito Civil e Processual Civil, n.º. 24, maio/jun., 2008, p. 98-110.

_____. *Alienação da Coisa Litigiosa*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, vol. VIII, t. II, 2005.

_____. *Del Formalismo en el Proceso Civil: propuesta de un formalismo-valorativo*. Lima: Palestra Editores, 2007.

_____. *Do Formalismo no Processo Civil*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Direito Material, Processo e Tutela Jurisdicional*. In *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdiciona na perspectiva das relações entre direito e processo*. Organizadores Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Efetividade e processo do conhecimento*. In *Do formalismo no processo civil*. 2ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Efetividade e tutela jurisdicional*. In *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdiciona na perspectiva das relações entre direito e processo*. Organizadores Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais*. In *Do Formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *O problema da eficácia da sentença*. In *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdiciona na perspectiva das relações entre direito e processo*. Organizadores Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Os Direitos Fundamentais à efetividade e à Segurança em Perspectiva Dinâmica*. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, nº. 21, nov./dez., 2007, p. 109-124.

_____. *Perfil Dogmático da Tutela de Urgência*. Revista Forense, Rio de Janeiro, Forense, v. 342, abr./mai./jun. 1998, p. 13-28.

_____. *Problemas atuais da livre apreciação da prova*. In *Prova Cível*. Organizador. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Procedimento e Ideologia*. Revista Ajuris, nº. 33, ano XII, março, 1985.

_____. *Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo*. Revista AJURIS, ano XXX, nº. 90, julho, 2003.

ALVIM, Arruda. *Notas Sobre a Disciplina da Antecipação da Tutela na Lei 10.444 de 7 de maio de 2002*. Revista de Processo. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 108, p. 107-110, 2002.

ALVIM, J. Carreira. *Código de Processo Civil Reformado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *A efetivação das sentenças sob a ótica do Formalismo-Valorativo: um método e sua aplicação*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Tese de doutorado, 2006.

_____. *A Polêmica em torno da “Ação de Direito Material”*. In *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. MACHADO, Fábio Cardoso & AMARAL, Guilherme Rizzo. Organizadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 111-127.

_____. *As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2004.

_____. *Sobre a desnecessidade de intimação pessoal do réu para o cumprimento da sentença, no caso do art. 475-J do CPC*. Disponível em <<http://www.tex.pro.br>>, acesso em 09 de outubro de 2007.

AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério Científico para distinguir a prescrição e para identificar as ações imprescritíveis*. Revista dos Tribunais, ano 86, v. 744, outubro, 1997.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Medidas Cautelares Inominadas*. Revista de Direito Processual. Rio de Janeiro: Forense, n. 57, 1º trimestre, 1988, p. 33-90.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ARIETA, Giovanni. *I Provvedimenti D'Urgenza: ex art. 700 CPC*. Padova: CEDAN, 1982.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Tradução de Mário da Gama Cury. 3ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

ARMELIN, Donaldo. *A Tutela Jurisdicional Cautelar*. Revista da procuradoria Geral do Estado de São Paulo. n. 23, junho, 1985.

_____. *Realização e execução das tutelas antecipadas*. In *Inovações sobre o Processo Civil: tutelas de urgência*. Coordenadores Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 505-521.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Ilícito pessoal e responsabilidade civil*. Revista Forense, vol. 284, ano 79, out./dez., 1983, p. 17-25.

ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Cumulação de Ações Cautelares*. In *Medidas Cautelares Estudos em Homenagem ao Prof. Ovídio A. Baptista da Silva*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

_____. *Da ação no novo Código de Processo Civil*. Revista Jurídica, nº 86, Porto Alegre, 1977.

_____. *Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil*. Revista Jurídica, nº. 372, outubro, 2008, p. 11-27.

_____. *Execução da Tutela Antecipada*. In *Processo de Execução*. Coordenação Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, vol. II, p. 41-79.

_____. *Execução de Alimentos e Prisão do Devedor*. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Fungibilidade das Medidas Inominadas Cautelares e Satisfativas*. Revista de Processo. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 25, n. 100, out./dez. 2000, p. 48-56.

_____. *Manual da Execução*. 11ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Manual dos Recursos*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *O contempt of court no direito brasileiro*. Revista de Processo, nº. 111, ano 28, jul./set., 2003, 18-35.

_____. *Relações do processo civil com os processos penal e administrativo*. Revista Ajuris, ano XXXII, nº100, dezembro de 2005, p. 31-57.

_____. *Sobre a execução civil (réplica a Tesheiner)*. Revista de Processo, ano 26, nº. 102, abril-junho, 2001, p. 9-24.

ASSIS, Arnaldo Camanho de. *Tutela Cautelar no Processo de Conhecimento*. Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Brasília, Editora do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, n. 69, mai./ago. 2002.

ATAIDE JÚNIOR, Vicente de Paula. *A resolução antecipada do mérito em ações repetitivas (Lei nº. 11.277/2006)*. Revista de Processo ano 31, nº. 141, novembro, 2006, p. 116-127.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Medida Provisória na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

AZÁRIO, Márcia Pereira. *Dinamicização da distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul. Dissertação de Mestrado, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 19ª. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Discricionariedade e controle judicial*. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. *O controle de Constitucionalidade pelos tribunais administrativos no processo administrativo tributário*. Revista de Direito Tributário, São Paulo, Malheiros, v. 75.

BAGGIO, Lucas Pereira. *Do Juízo de Admissibilidade no Tribunal de Origem: afronta à efetividade processual*. Disponível em <<http://www.tex.pro.br>>, acesso em 10.01.2008.

_____. *Formas de Tutela Jurisdicional e a Tutela Condenatória*. In *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis*. Coordenação José Maria Rosa Tesheiner, Mariângela Milhoranza e Sérgio Gilberto Porto. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 433-480.

_____. *Fungibilidade entre as medidas cautelares e antecipadas no Processo Civil Brasileiro*. Disponível em <<http://www.tex.pro.br>> e <<http://www.abdpc.org.br>>, acesso em 10.10.2007.

_____. *O artigo 335 do Código de Processo à luz da categoria das máximas de experiência. In Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório.* Coordenador Danilo Knijnik. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 181-202.

BAGGIO, Lucas Pereira; TESHEINER, Jose Maria Rosa. *Nulidades no processo civil brasileiro.* Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Antecipação de Tutela Jurisdicional na Reforma do Código de Processo Civil.* Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 21, jan./mar. 1996.

_____. *A Justiça no limiar de novo século.* Revista Forense, volume 319, 1992.

_____. *A nova definição de sentença (Lei nº. 11.232).* Revista Dialética de Direito Processual, nº. 39, junho, 2006.

_____. *Antecipação de Tutela: algumas questões controvertidas. In Temas de Direito Processual: 8ª Série.* São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 476 a 565.* 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, vol. V, 2003.

_____. *Julgamento e ônus da prova. In Temas de Direito Processual: Segunda Série.* 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1988, p.73-82.

_____. *O direito em tempos de globalização. In Temas de Direito Processual: 8ª Série.* São Paulo: Saraiva, 2004, p. 275-285.

_____. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento.* 23ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças. In Temas de Direito Processual: 8ª Série.* São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Sentença mandamental. Da Alemanha ao Brasil*. Revista de Processo, ano 25, nº. 97, janeiro-março, 2000.

_____. *Tutela de urgência e efetividade do direito*. In *Temas de Direito Processual*: 8ª Série. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva*. Revista Brasileira de Direito Processual, vol. 18, 2º trimestre, 1979, Forense, Rio de Janeiro, ano V, p. 123-132.

BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº. 235, jan./mar., 2004, p. 159-185.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: ZAHAR, 2001.

BAUR, Fritz. *Estudo Sobre a Tutela Jurídica Mediante Medidas Cautelares*. Tradução: Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985.

BECK, Ulrich. *O que é Globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização*. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BEDAQUE, José dos Santos Bedaque. *Breves considerações sobre recursos e tutela cautelar*. In *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei nº. 9.756/89*. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 377-396.

_____. *Direito e Processo*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

- _____. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. *Discricionariedade judicial*. Revista Forense, ano 97, volume 354, março-abril, 2001, p. 187-195.
- _____. *Estabilização das tutelas de urgência*. In *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. Coordenação Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 660-683.
- BERMUDES, Sérgio. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2ª edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª edição, 6ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BOTELHO, Nadja Machado. *Efetividade da tutela jurisdicional e irreversibilidade do dano ambiental*. Revista de Processo, ano 32, nº. 148, junho, 2007, p. 76-98.
- BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *O ilícito na teoria geral do direito: uma análise das teorias de Kelsen e Pontes de Miranda*. Revista da ESMAFE, vol. 5, nº. 12, jul./set., 2000, p. 259-284.
- BRANDÃO, Cristina. *Algumas considerações sobre a discricionariedade judicial*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 14, vol. 56, jul./set., 2006, p. 52-87.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Direito, Interpretação e Norma Jurídica: uma aproximação musical do direito*. Revista de Processo, nº. 111, ano 28, jul./set., 2003, p. 223-242.
- _____. *O “modelo constitucional do direito processual civil”: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações*. Revista de Processo, ano 33, nº. 161, julho de 2008, p. 261-270.
- _____. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004.

- BUENO, Cassio Scarpinella; CARPENA, Márcio Louzada. *Diante das novas técnicas de obtenção de tutelas de urgência, ainda se mostra necessário um processo cautelar autônomo?* Revista Brasileira de direito Processual, ano 16, nº. 36, jul./set., 2008, p. 187-190.
- BÜLOW, Oscar. *Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Tradução de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJEJA, 1964.
- BUZUID, Alfredo. *Do ônus da prova*. Justitia, ano XXV, vol. 40, p. 07-26, 1º trimestre, 1963.
- CACHAPUZ, Maria Cláudia. *A ilicitude e as fontes obrigacionais: análise do art. 187 do Novo Código Civil Brasileiro*. Revista da AJURIS, vol. 31, nº. 96, dezembro, 2004, p. 205-224.
- CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- CALAMANDREI, Piero, *Eles, os juízes vistos por um advogado*. Tradução de Eduardo Brandão. 1ª Edição, 5ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. *El juez y el historiador*. In *Estudios sobre el proceso civil*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Lavallo, 1961.
- _____. *O processo como jogo*. Tradução de Roberto B. Del Claro. Genesis Revista de Direito Processual civil, Curitiba, nº. 23, jan./mar., 2002, p. 191-209.
- _____. *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares*. Tradução de Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.
- _____. *Verità e verosimiglianza nel processo civile*. Rivista di diritto, vol. X, parte I, Cedam, Padova, 1955, p. 164-192.
- CALMON, Eliana. *Tutelas de Urgência*. Revista Jurídica. Porto Alegre, Notadez, ano 47, n. 269, mar. 2000.
- _____. *Tutelas de urgência nos Tribunais*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, nova série, ano 3, nº. 6, jul./dez., 2000, p. 165-172.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Da antecipação da tutela. In Reforma do Código de Processo Civil*. Coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Democracia, Participação e Processo. In Participação e Processo*. Coordenação Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CALVOSA, Carlo. *La Tutela Cautelare: Profilo Sistematico*. Turim: Utet, 1963.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Colisão de Direitos Fundamentais, Direito à Saúde e Tutela Antecipada*. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, vol. 12, maio/junho, 2006, p. 43-55.

_____. *Tutela jurisdicional de urgência nos Juizados Especiais Federais*. Revista Dialética de Direito Processual, nº. 2, maio, 2003, p. 07-14.

CAMERINI, Fabrizio. *Sentenças Mandamentais. In Eficácia e Coisa Julgada*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira Organizador. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 141-154.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3ª edição. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. *A Ideologia no Processo Civil*, Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ano IV, 1969, nº. 13, p. 01-17.

_____. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Antecipação de Tutela*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Tutela de Urgência. Medidas antecipatórias e cautelares. Esboço de reformulação legislativa*. Revista de Processo, ano 31, nº. 140, outubro, 2006, p. 72-85.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *A ética e os personagens do processo*. Revista Forense, vol. 358, ano 97, nov./dez., 2001, p. 347-352.

_____. *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, vol. IX, Tomo II.

CARNELLI, Lorenzo. *Tempo e Direito*. Tradução de Érico Maciel. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1960.

CARNELUTTI, Francesco. *A morte do direito*. Belo Horizonte: Líder, 2003.

_____. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano, 1958.

_____. *Instituições do Processo Civil*. Tradução da 5ª edição italiana por Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, vol. I, 1999.

_____. *Profilo dei rapporti tra diritto e processo*. Revista Peruana de Derecho Procesal, Lima, vol. IV, 2001, p. 59-66.

_____. *Sistema de Direito Processual Civil: introdução e função do processo civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, v. I.

_____. *Sulla responsabilità per esecuzione del sequestro*. Rivista di Diritto Processuale Civile, CEDAM, ano 1925, vol. II, parte II, p. 185-205.

_____. *Teoria Geral do Direito*. 2ª Impressão. Lejus: São Paulo, 2000.

CARPENA, Márcio Louzada. *Da execução das decisões de pagar quantia pela técnica diferenciada*. Revista de Processo, ano 31, outubro, 2006, p. 115-134.

_____. *Do Processo Cautelar Moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARPES, Arthur Thompsen. *A distribuição dinâmica do ônus da prova no formalismo-valorativo*. AJURIS, ano XXXIII, nº. 104, dezembro, 2006, p. 9-18.

CARRATA, Antonio, *Funzione dimostrativa della prova*. Riv. Dir. Proc. Milano: CEDAM, ano LVI, nº. 1, 2001.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. *Os Novos Rumos da Jurisdição Cautelar*. Revista Dialética de Direito Processual Civil. São Paulo, Dialética, n. 1, p. 138, abr. 2003.

CHIAVASSA, Tércio. *Tutelas de Urgência Cassadas: a recomposição do dano*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, vol. I, 1965.

_____. *La acción en el sistema de los derechos*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Bogotá: TEMIS, 1986.

_____. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Tradução espanhola da terceira edição italiana por Jose Casais Santaló. Madri: Réus, 1922, vol. II, Tomo I.

CONCEIÇÃO, Márcia Dominguez Nigro. *Conceitos indeterminados na Constituição: requisitos da relevância e urgência (artigo 62 da CF)*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *Direito Material e Processual em tema de prova*. Revista de Processo, nº. 13, São Paulo, janeiro-março, 1979.

COUTURE, Eduardo. J. *A Tutela Jurídica*. Tradução de Jacy de Assis. Revista Brasileira de direito Processual, vol. 38, 2º trimestre, 1983, p. 53-62.

_____. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Tradução de Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saravia, 1946.

CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil. Do processo cautelar, arts. 796 a 812*; Coordenação Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 11.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. *Ação condenatória: estrutura e função (algumas reflexões)*. Revista do Advogado, nº. 40, São Paulo, 1993, p. 44-47.

_____. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 90, vol. 788, junho, 2001, p. 92-107.

DE CUPIS, Adriano, *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*. Minano: Giuffrè, 1946.

DELFINO, Lúcio. *Anotações procedimentais e materiais sobre a “execução” de tutela antecipada para o pagamento de soma em dinheiro*. Revista de Processo, ano 32, nº. 148, junho, 2007, p. 11-31.

DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*. 3ª edição. Milano: Giuffrè, 2001.

DIDIER JR. Fredie. *Esboço de uma teoria da execução civil*. Revista de Processo, ano 29, nº. 118, nov./dez., 2004, p. 09-28.

_____. *Inovações na antecipação dos efeitos da tutela e a resolução parcial do mérito*. Genesis Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, número 26, out./dez., 2002, p. 711-734.

_____. *Liminar em Mandado de Segurança: natureza jurídica e importância histórica. Uma tentativa de reenquadramento dogmático em face das últimas reformas processuais.* Revista da Ajuris, ano XXVI, nº. 80, Dezembro, 2000, p.177-191.

_____. *Notas sobre a garantia constitucional do acesso à Justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário.* Revista de Processo, nº. 108, ano 27, out./dez., 2002, p. 23-31.

_____. *O Princípio da Cooperação: uma apresentação.* Revista de Processo, nº. 127, ano 30, setembro de 2005, p.75-79.

_____. *Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento.* Disponível em <<http://www.abdpc.org.br>>, acesso em 28 de setembro de 2007.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *A Antecipação dos Efeitos da Tutela Contra a Fazenda Pública.* Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, nº. 24, maio/jun., 2008, p. 05-30.

DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Tutela de urgência nos processos coletivos: notas e particularidades.* Revista de Processo, ano 32, nº. 143, janeiro, 2007, p. 327-334.

DIAS, Hadel Martins. *A tutela de urgência em sede de recursos extraordinário e especial.* Porto Alegre: Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul. Dissertação de Mestrado, 2006.

DÍAZ, Adrián Rentería. *Discrezionalità del giudice o risposta corretta?* Revista de Processo, ano 21, nº. 83, jul./set., 1996, p. 128-164.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil.* 4. ed., 2.tiragem, rev. e ampliada., São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *A Reforma da Reforma.* 3. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 5ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2002, Tomo I.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4ª edição, revista atualizada e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004, vol. I.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4ª edição, revista atualizada e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004, vol. II.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002, vol. III.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, vol. IV.

_____. *Regime Jurídico Das Medidas de Urgência*. Revista Jurídica, Porto Alegre, Notadez, ano 49, n. 286, ago. 2001, p. 13-14.

DINI, Mario. *I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile: art. 700 a 702 cod. proc. civ.*). 4ª edição. Milano: Giuffrè, 1973.

DONOSO, Denis. *Aspectos Processuais do Controle Concentrado de Constitucionalidade. Coisa Julgada, Objeto, Legitimidade, Efeitos da Medida Cautelar. Aproximação dos Sistemas de Controle Difuso e Concentrado*. Revista Dialética de Direito Processual, nº. 60, março, 2008, p. 09-27.

DUARTE, Francisco Carlos. *Tempo e decisão na sociedade de risco*. Revista de Processo, São Paulo, ano 32, nº. 148, junho, 2007, p. 99-110.

DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. Tradução de Eduardo Salgueiro. Porto Alegre: Fabris Editor, 2005.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENGISCH, Karl. *Introducción al pensamiento jurídico*. Tradução de Ernesto Garzon Valdes e Revisão de Luis Garcia San Miguel. Madrid: Ediciones Guadarrama, 1967.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Breves notas sobre procedimientos anticipatórios, cautelares e liminares*. Porto Alegre, *Ajuris*, ano 23, n. 66, mar. 1996.

FACHIN, Luiz Edson. *A cidade nuclear e o direito periférico*. *Revista dos Tribunais*, ano 85, vol. 723, janeiro, 1996, p. 107-110.

FALZEA, Angelo. *Efficacia Giuridica*. In *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, vol. XIV.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução da 8ª edição por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

_____. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa*. 6ª edição. Curitiba: Posigraf, 2004.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Suplemento de atualização; Coordenação Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

FLACH, Daisson. *A verossimilhança nos provimentos de cognição sumária*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Dissertação de Mestrado, 2007.

FREITAS, Juarez. *A melhor interpretação constitucional versus a única resposta correta*. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Del Rey, nº. 02, jul./dez., 2003, p. 279-315.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FRIER, Pierre-Laurent. *L'urgence*. Paris: LGDJ, 1987.

FUX, LUIZ. *A Tutela de Urgência na Jurisdição de Família. Cautelares. Tutela Antecipada*. Revista EMERJ, vol. 04, nº. 14, 2001, p. 51-61.

_____. *O Descumprimento das Decisões Judiciais e a Criminalização do Processo Civil (Breves reflexões)*. Revista de Direito Renovar, nº. 26, 2003, mai./ago., p. 39-44.

_____. *Tutela de Segurança e Tutela de Evidência fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: trações fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer, Petrópolis/RJ: Vozes; Bragança Paulista/SP: Editora Universitária São Francisco, 1997.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide*. Revista de Processo ano 31, nº. 141, novembro, 2006, p. 150-179.

GAMA, Ricardo Rodrigues. *O passado da Tutela Inibitória no Brasil*. Revista Jurídica, nº. 271, ano 48, maio, 200, p. 5-14.

GIULIANI, Alessandro. *L'ordo judicarius medioevale*. Revista di Diritto Processuale, ano 43, nº. 3, abril/junho, 1988, p. 598-614.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 19ª edição. Revista, atualizada e aumentada por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GOMES, Victor André Liuzzi. *Intervenção de Terceiros e Tutela de Urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *A Segunda da Reforma do CPC – Lei nº 10.444/02*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Ano III, n. 18, jul./ago. 2002, p. 138-139.

GRAU, Eros Roberto. *Revolução jurídica sob pressão da globalização econômica?* Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Del Rey, nº. 02, jul./dez., 2003, p. 133-144.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Contraditório e “Prova Inequívoca” para fins de antecipação de tutela*. Revista da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia, ano 2001, nº. 08, p. 51-66.

_____. *Mandado de Segurança: tutela preventiva, inibitória e específica. Da suspensão da segurança*. Doutrina do Superior Tribunal de Justiça: edição comemorativa 15 anos. Brasília: Editora Brasília Jurídica LTDA, 2005.

_____. *Tutela Jurisdicional Diferenciada: a antecipação e sua estabilização*. Revista de Processo, nº. 121, ano 30, março, 2005, p. 11-37.

GRECO, Leonardo. *A Teoria da Ação no Processo Civil*. São Paulo: Dialética, 2003.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Execução Indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Sobre princípios constitucionais gerais: isonomia e proporcionalidade*. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 84, n. 719, setembro, 1995.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 2ª edição. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européia – Síntese de Um Milênio*. 3ª edição. Lisboa: Publicações Europa-América, 2003.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20ª edição alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOUAISS, Antônio & VILLAR, Mauro Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Versão eletrônica disponível para os integrantes do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul em www.houaiss.tjrs.gov.br, acesso em 27.09.2007. (Versão impressa no Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001).

JESTAZ, Philippe. *L'urgence et les principes classiques du droit civil*. Paris: LGDJ, 1967.

JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie & RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A Nova Reforma Processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Prefácio e Tradução António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

_____. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Tradução de Marcos Kell e Manuel Seca de Oliveira. Revisão científica e coordenação de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Teoria Geral do Estado*. Tradução de Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva, 1938.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Os Standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*. Revista Forense, vol. 303, 2001 (separata).

KOPLIN, Klaus Cohen. *Considerações críticas sobre o conceito de ‘parte’ na doutrina processual civil*. Revista da Faculdade de direito Ritter dos Reis, vol. 6, março, 2003, p. 271-295.

KRELL, Andreas J. *A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil*. Revista Interesse Público, ano 5, nº. 23, janeiro/fevereiro, 2004.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, v. VIII, t. I, 2007.

_____. *O Código como sistema legal de adequação do processo*. Revista do Instituto de Advogados do Rio Grande do Sul comemorativa do cinquentenário, Porto Alegre, 1976, p. 161-170.

_____. *O Juiz e a Justiça no Brasil*. Revista AJURIS, nº. 53, ano XVIII, novembro, 1991, p. 50-71.

_____. *Processo e Cultura*. Revista de Direito Processual Civil, Saraiva, São Paulo, ano II, janeiro-junho, 1961, vol. 3, p. 74-86.

LAMY, Eduardo de Avelar. *Flexibilização da tutela de urgência: a redução da forma na utilização das técnicas cautelares e antecipatórias*. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. *A Distinção entre medidas urgentes e tutela de urgência*. Revista de Processo, ano 29, nº. 118, nov./dez., 2004, p. 289-302.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *A força criativa da jurisprudência e os limites impostos pelo texto da lei*. Revista de processo, ano 11, nº. 43, jul./set., 1986, p. 57-60.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. Tradução: Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. I.

_____. *Processo de Execução*. Com notas de atualização do Professor Joaquim Munhoz de Mello. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. *Unità Del Procedimento Cautelare*. Rivista di Diritto Processuale Civile. Padova: Cedam, n. 9, 1954.

LIMA NETO, Francisco Vieira e GUIMARÃES, Jader Ferreira. *As tutelas de urgência contra a Fazenda Pública na jurisprudência atual do STF*. Revista de Processo, ano 32, nº. 143, janeiro, 2007, p. 163-177.

LOPES, João Batista. *Anotações sobre a reforma do CPC – (segunda fase)*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, Síntese, ano III, n. 17, mai./jun. 2002.

_____. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 2001.

LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. *Manual elementar de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela Antecipada*. 2ª edição. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

MACHADO, José Mauro Decoussau. *Aspectos da antecipação da tutela na propriedade industrial: patentes, desenhos industriais e marcas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 12ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

MAFFINI, Rafael. *Direito Administrativo*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Direito e Processo. In Eficácia e Coisa Julgada*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira Organizador. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 03-32.

_____. *Tutela Jurisdicional: um ponto de convergência entre o Direito e o processo*. Gênesis Revista de Direito Processual Civil, nº. 14, out./dez., 1999, p. 718-739.

MALACHINI, Edson Ribas. *As ações (e sentenças) condenatórias, mandamentais e executivas*. Revista Forense, ano 101, vol. 379, maio-junho, 2005, p. 61-95.

MARANHÃO, Clayton. *Algumas Questões de Direito Processual de Família. In Repertório de Doutrina Sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. Coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier, Eduardo de Oliveira Leite. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 64-85, vol. 04.

_____. *Observações sobre o ilícito, o dano e a tutela dos direitos fundamentais*. Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 4, outubro/dezembro, 2000, Rio de Janeiro, p. 17-22.

MARINS, Victor A. A. Bomfim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, vol. 12.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva*. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br>>, acesso em 06 de setembro de 2007.

_____. *Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. In Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo.* Organizadores Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto.* Revista dos Tribunais, ano 96, vol. 862, agosto de 2007, p. 11-21.

_____. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Teoria Geral do Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Tutela Inibitória (tutela individual e coletiva).* 3ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Urgência diante dos recursos especial e extraordinário (medida cautelar e tutela antecipatória).* Revista Jurídica, ano 55, nº. 360, outubro, 2007

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento.* 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Processo Cautelar.* 3ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol IV, 2008.

MARMELSTEIN, George. *O Fim do Processo Cautelar Inominado Incidental.* Disponível em: <<http://www.georgemlima.hpg.com.br>>, acesso em 02 de outubro de 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um “sistema em construção”:* as cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 15.

- MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Iniciativa probatória do juiz e princípio do contraditório no processo civil*. In *Prova Cível*. Organizador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 119-139.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução Civil*. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. 22ª edição. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva.
- MESQUITA, Eduardo Melo de. *O princípio da Proporcionalidade e as Tutelas de Urgência*. 1ª edição, 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006.
- MESQUITA, José Ignácio Botelho. *Liminares: limites constitucionais à discricionariedade judicial*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, nº. 03, 1993, p. 97-105.
- MICHELI, Gia Antonio; TARUFFO, Michele. *A Prova*. Revista de Processo, ano IV, nº. 16, out./dez., 1979, p. 155-168.
- MIRAGEM, Bruno. *Os direitos de personalidade e os direitos do consumidor*. Revista AJURIS, vol. 32, nº. 97, 2005, p.33-67.
- MIRANDA NETTO, Fernando Gama. *A Ponderação de Interesses na Tutela de Urgência Irreversível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *A lógica da prova no ordo judiciarius medieval e no processus assimétrico moderno: uma aproximação*. In *Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. KNIJNIK, Danilo (coordenador). Porto Alegre: Livraria do Advogado 2007.

_____. *A multifuncionalidade do direito fundamental ao contraditório: resposta à crítica de Tesheiner*. Disponível em <<http://www.tex.pro.br>>, acesso em 10 de janeiro de 2008.

_____. *A pretensão de condenação*. Revista Jurídica, nº. 292, fevereiro, 2002, p. 39-50.

_____. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o Direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Tese de doutorado, 2007.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 1º a 153*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004, tomo I.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 154 a 269*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, tomo II.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 270 a 331*. São Paulo: Memória Jurídica, 2006, tomo III.

_____. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MONTEIRO, Carina Villela de Andrade. *Direito à privacidade versus direito à informação: considerações sobre a possibilidade de órgãos públicos fornecerem a terceiros informações pessoais de agentes públicos*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 44, nº. 173, janeiro/março, 2007, p. 27-40.

MONTEIRO NETO, Nelson. *Ação Direta de Inconstitucionalidade, Medida Cautelar e Julgamento de Recurso Extraordinário*. Revista Dialética de Direito Processual, nº. 50, p.72-75, maio, 2007.

MONTESANO, Luigi. *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile (artt. 700-702 cod. proc. civ)*. Napoli: Jovene, 1955.

MURITIBA, Sérgio Silva. *Tutela Inibitória e os Direitos da Personalidade*. Revista de Processo, nº. 122, ano 30, abril, 2005, p. 22-40.

MURITIBA, Sérgio Silva e LEMOS, Júlio Cesar Lazzarini. *Critério da proporcionalidade na concessão de medidas de urgência de caráter antecipatório (parágrafo 2º, do art. 237, do CPC): considerações zetéticas e dogmáticas*. In *Inovações sobre o Processo Civil: tutelas de urgência*. Coordenadores Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 421-443.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 7. ed. atualizada até 07/07/03. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NOGUEIRA JÚNIOR, Alberto. *Reconhecendo a existência da discricionariedade judicial – comentários sobre um caso concreto*. Revista Ibero-Americana de Direito Público, Rio de Janeiro, ano V, nº. 19, 2005, p. 01-08.

NOJIRI, Sérgio, *Discricionariedade judicial na apreciação do pedido de medida liminar em mandado de segurança*. In *Aspectos polêmicos e atuais do Mandado de Segurança 51 anos depois*. Coordenadores Cassio Scarpinella Bueno, Eduardo Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ORGAZ, Alfredo. *El Daño Ressarcible. Atos ilícitos*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1952.

OST, François. *O tempo do direito*. Tradução Élcio Fernandes. Bauru/SP: Edusc, 2005.

PACHECO, José da Silva. *Tratado das Execuções: Ações Executivas*. Rio de Janeiro: Borsoi, v. I, 1959.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da Prova no Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PECZENIK, Aleksander. *A Coherence Theory of Juristic Knowledge*. Disponível em <<http://www.ivr2003.net/peczenik.htm>>, acesso em 15 de agosto de 2007.

_____. *Second Thoughts on Coherence and Juristic Knowledge*. Disponível em <<http://www.ivr2003.net/peczenik.htm>>, acesso em 15 de agosto de 2007.

_____. *Kinds of Theory of Legal Argumentation*. Disponível em <<http://www.ivr2003.net/peczenik.htm>>, acesso em 15 de agosto de 2007.

PICARDI, Nicola. *Processo Civile (Diritto Moderno)*. In *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffré, 1987, vol. XXXVI.

PINTAÚDE, Gabriel. *Controle e verificação do juízo de fato no julgamento singular, no apelarional e no revisional*. Revista de Processo, ano 32, nº. 149, julho, 2007, p.71-78.

PISANI, Andrea Proto. *Sulla tutele giurisdizionale differenziata*. Rivista di Diritto Processuale, v. 34, 1979.

_____. *La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell'ordenamento italiano*. Revista de Processo, ano 23, nº. 90, abr./jun., 1998, p. 22-35.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª edição. Revista e aumentada. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, tomo X, 2002.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª edição, revista e aumentada. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, tomo XII, 2003.

_____. *Tratado de Direito Privado*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Borsoi, tomo I, 1970.

POZZA, Pedro. *Sistemas de apreciação da prova*. In *Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. KNIJNIK, Danilo (coordenador). Porto Alegre: Livraria do Advogado 2007, p. 219-243.

POZZOLO, Paulo Ricardo. *Ato ilícito Civil*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR, vol. 33, 2000, p. 241-251.

PRUDENTE, Antônio Souza. *Tutela mandamental-inibitória do Risco Ambiental*. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, vol. 15, nº. 6, junho, 2003, p. 32-38.

RABONEZE, Ricardo. *Antecipação da Tutela: As Modificações Introduzidas pela Lei nº 10.444/02*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Síntese, v. 3, n. 18, jul./ago. 2002, p. 135-136.

RAWLS, Jonh. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R, Esteves, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24º edição. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Teoria Tridimensional do Direito*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1980.

RECASENS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del derecho*. 2ª edição. México: Porrúa, 1972.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *A garantia constitucional do postulado da efetividade desde o prisma das sentenças mandamentais*. Estudos Jurídicos, Universidade do Vale dos Sinos, vol. 39, nº. 2, jul./dez., 2006, p. 81-90.

_____. *Aspectos relevantes da teoria geral da ação cautelar inominada*. Revista AJURIS, nº. 70, ano XXIV, julho, 1997, p. 56-83.

_____. *Contribuição ao estudo das sanções desde a perspectiva do Estado Democrático de Direito*. Revista Gênesis, Curitiba, n. 36, abr./jun., 2005, p. 205-217.

_____. *Esboço de uma Teoria Processual do Direito*. Revista Ajuris, ano XXXV, nº. 111, setembro de 2008, p. 61-80.

_____. *La Pretensión Procesal y La Tutela Judicial Efectiva: Hacia una Teoría Procesal del Derecho*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2004.

_____. *O sobreprincípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo*. Genesis Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, nº. 32, abr./jun., 2004, p. 239-255.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil: Lei nº. 10.406, de 10.1.2002.*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ROCCO, Alfredo. *La Sentencia Civil: La Interpretación de las Leyes Procesales*. Tradução de Mariano Ovejero. México: Stylo, 1944.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Conceito de Urgência no direito Público Brasileiro*. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, Malheiros, nº. 01, 1993, p. 233-254.

RSTON, Sérgio Martins. *Dano à imagem e as tutelas inibitória e ressarcitória*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, ano 7, nº. 14, jul./dez., 2004, p. 91-105.

RUIZ, Ivan Aparecido e MACHADO, Isadora vier. *Tutelas de urgência e preventivas: aplicabilidade em casos de assédio moral*. Revista de Processo, ano 32, nº. 146, abril, 2007, p. 132-150.

SANTOS, Ernani Fidelis dos. *O ônus da prova no Código do Consumidor*. Revista do Direito do Consumidor, nº. 47, ano 12, julho-setembro, 2003, p. 269-279.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SATTA, Salvatore. *Direito Processual Civil*. Tradução de Luiz Autori. 7ª edição. Borsoi: Rio de Janeiro, 1973.

SAVIGNY, Carl Von. *Sistema del Derecho Romano Actual*. Traduzido por Jacinto Mesía y Manuel Poley. 2ª edição. Madri: Centro Editorial de Góngora, vol. IV.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 3ª Edição. Rio de Janeiro / São Paulo: Forense, vol. IV, 1973.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Antecipação de Tutela e Responsabilidade Objetiva*. In *Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 195-215.

_____. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. 7ª edição revista e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005, vol. I.

_____. *Curso de Processo Civil: processo cautelar (tutela de urgência)*. 4 ° ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. 2.

_____. *Decisões Interlocutórias e Sentenças Liminares*. In *Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 05-24.

- _____. *Do Processo Cautelar*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- _____. *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____. *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. *Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. *Reforma dos Processos de Execução e Cautelar*. Porto Alegre: Ajuris, 1996. p. 34-35. v. 68.
- _____. *Réquiem para a Tutela Preventiva*. Revista Magister de Direito civil e Processual Civil, ano IV, nº. 24, maio/jun., 2008, p. 81-97.
- _____. *Tutela Antecipatória e Juízos de Verossimilhança*. In *Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 217-221.
- SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. *A inversão do ônus da prova na reparação do dano ambiental difuso*. In *Aspectos Processuais do Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 18-43.
- SOUZA, Valternei Melo de. *A tutela de urgência e a responsabilidade objetiva: algumas reflexões*. In *Visões Críticas do Processo Civil Brasileiro: uma homenagem ao Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 175-205.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: coerência, razão pública, decomposição analítica e standards de ponderação*. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público, Brasília, ano 04, nº. 15, abr./jun., 2005, p. 207-227.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário*. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul – PPGD/UFRGS, n.º. 03, março, 2005, p. 07-18.

SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação Inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Fungibilidade das Tutelas de Urgência*. Revista de Processo. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 28, n. 110, abr./jun. 2003.

SPERB, Fernando Augusto. *Tutela de Urgência – responsabilidade objetiva do autor da demanda*. Revista Genesis de Direito Processual Civil, n.º. 18, 2000, p. 658-677.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TALAMINI, Eduardo. *Concretização jurisdicional de direitos fundamentais a prestações positivas do Estado*. In *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis*. Rio de Janeiro: Forense, p. 151-177.

_____. *Medidas Urgentes (“Cautelares” e “Antecipadas”): a Lei 10.444/2002 e o Início de Correção de rota para um Regime Jurídico Único*. Revista Dialética de Direito Processual Civil. São Paulo: Dialética, n. 02, maio 2003, p. 15-28.

_____. *Tutela de urgência e Fazenda Pública*. Revista de Processo, ano 32, n.º. 152, outubro, 2007, p. 36-59.

TARZIA, Giuseppe. *La Tutela Cautelar*. Revista Peruana de Derecho Procesal, dezembro, 2001, p. 286-293.

_____. *Problemas atuais da execução forçada*. Revista de Processo, ano 23, nº. 90, abr./jun., 1998, p. 68-84.

TARUFFO, Michele. *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialetica*. Revista de Processo, ano 32, nº. 143, janeiro, 2007, p. 65-77.

_____. *Il giudice e lo storico: considerazioni methodologiche*. Revista di Diritto Processuale, vol. 22, 1967, p. 438-465.

_____. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A criação e realização do direito na decisão judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo e CARNEIRO, Athos Gusmão. “*Anteprojeto de Lei (Nº 13) Complementa as leis de reforma do Código de Processo Civil*”. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, Síntese, ano I, n. 02, nov./dez. 1999.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Antecipação de Tutela e Litisregulação Estudo em Homenagem a Athos Gusmão Carneiro*. Revista Jurídica. Porto Alegre, Notadez, ano 48, n. 274, ago. 2000, p. 27-43.

_____. *Crítica à investida de Mitidiero ao artigo 285-A do CPC*. Disponível em <<http://www.tex.pro.br>>, acesso em 10 de janeiro de 2008.

_____. *Crítica ao desenvolvimento sustentado*. Disponível em <<http://www.tex.pro.br>>, acesso em 10 de janeiro de 2008.

_____. *Situações subjetivas e processo*. Revista de Processo, nº 107, ano 27, jul./set., 2002, p. 18-23.

_____. *Efetividade do processo – uma ilusão*. Estudo disponível em <<http://www.tex.pro.br>>, acesso em 04 de outubro de 2007.

_____. *Eficácia da Sentença e Coisa Julgada no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *Execução Civil (Um estudo fundado nos Comentários de Araken de Assis)*. Revista de Processo, ano 26, nº. 102, abril-junho, 2001, p. 24-54.

_____. *Medidas Cautelares*. São Paulo: Saraiva, 1974,

_____. *Nova Sistemática Processual Civil*. Caxias do Sul: Plenum, 2006.

_____. *Reflexões politicamente incorretas sobre direito e processo*. Revista Ajuris, ano XXXV, nº. 110, junho, 2008, p. 187-194.

TESHEINER, Jose Maria Rosa; BAGGIO, Lucas Pereira. *Nulidades no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Antecipação de tutela e medidas cautelares – Tutela de emergência*. Revista Jurídica, ano XLVI, nº. 253, novembro, 1998, p. 25-45.

_____. *Antecipação da tutela em ações declaratórias e constitutivas*. Revista de Processo, ano 24, abr./jun., 1999, nº. 94, p. 24-33.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. 47ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. I.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. 41ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. II.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. 38ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. III.

_____. *Direito e Processo: Direito Processual ao Vivo*. Rio de Janeiro: Aide, 1997.

_____. *Novos Rumos do Direito Processual Civil: Efetividade da Jurisdição e Classificação das Ações – Ação Executiva Lato Sensu – Tutela de Urgência*. Revista Dialética de Direito Processual, nº. 26, maio, 2005, p. 20-63.

_____. *Prova – Princípio da verdade real – Poderes do juiz – Ônus da prova e sua eventual inversão – Provas ilícitas – Prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA)*. Revista Brasileira e Direito de Família, ano I, nº. 03, out./dez., 1999, p. 05-23.

_____. *O Cumprimento das Medidas Cautelares e Antecipatórias*. Revista de Processo, nº. 139, ano 31, setembro, 2006, p. 07-27.

_____. *O Pensamento Filosófico na Seara do Direito: Interpretação e Aplicação das Normas Jurídicas*. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, ano IV, número 20, set./out., 2007, p. 41-55.

_____. *O recurso especial retido*. Genesis Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, nº. 23, jan./mar., 2002, p. 43-60.

_____. *Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu*. Revista de Processo, ano 33, nº. 157, março, 2008, p. 129-146.

TOMMASEO, Ferruccio. *Provvedimenti di urgenza*. Enciclopedia Del Diritto, vol. XXXVII, Milão: Giuffrè, p. 856-883.

_____. *Sull'attuazione dei diritti di credito nell'esecuzione in forma specifica*. Rivista di Diritto Civile, ano XXIV, CEDAM, PADOVA, primeira parte, 1978, p. 480-512.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Causa Petendi no Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2005.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Antecipação de Tutela de Acordo com a Lei 10.444/2002*. *Revista Dialética de Direito Processual Civil*. Revista Dialética, São Paulo, n. 02, maio, 2003, p. 53-54.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários à 2ª fase da Reforma do Código de Processo Civil Lei 10.352, de 26.12.2001 Lei 10.358, e 27.12.2001 Lei 10.444, de 07.05.2002*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim & MEDINA, José Miguel Garcia. *Sobre a necessidade de intimação pessoal do réu para o cumprimento da sentença, no caso do art. 475 – J do CPC (inserido pela Lei 11.232/2005)*. Disponível em <<http://www.tex.pto.br>>, acesso em 09 de outubro de 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, José Manoel Arruda Alvim Netto. *O grau de coerção das decisões proferidas com base em prova sumária: especialmente, a multa*. In *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis*. Coordenação José Maria Rosa Tesheiner, Mariângela Milhoranza e Sérgio Gilberto Porto. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 367-378.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Agravos Retidos e de Instrumento*. Revista da ESMape, vol. 11, nº. 23, jan./jun., 2006, p. 377-421.

_____. *Apontamentos sobre alguns aspectos processuais do direito de família. In Repertório de Doutrina Sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais.* Coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier, Eduardo de Oliveira Leite. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 253-265, vol 02.

_____. *Existe a “discricionarietà” judicial?* Revista de Processo, ano 18, nº. 70, abr./jun., 2003, p. 232-234.

_____. *Impossibilidade da decretação de pena de prisão como medida de apoio, com base no art. 461, para ensejar o cumprimento de obrigação in natura.* Revista de Processo, nº. 112, ano 28, out./dez., p.196-212.

_____. *Limites à chamada “discricionarietà” judicial.* Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, nº. 17, 1991, p. 215-236.

_____. *Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial.* São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. *Nulidades do Processo e da Sentença.* 6ª edição, atualizada e ampliada. Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Ônus da Prova.* Revista Jurídica Consulex, ano IX, nº. 200, 15 de maio de 2005, p. 38-42.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil.* 2ª edição. Campinas: Bookseller, 2000.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno.* 2ª edição. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la “actio”.* Buenos Aires: EJE, 1974.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *A eficácia constitutiva da sentença, as sentenças de eficácia preponderantemente constitutiva e a força do comando judicial. In Eficácia e Coisa Julgada.*

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira Organizador. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 91-114.

_____. *Direito Material e Direito Processual: Relações e Perspectivas – Uma Homenagem a Galeno Lacerda.* Revista Processo e Constituição, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, nº. 01, dezembro, 2004, p. 245-278.

_____. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela.* 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Medidas Cautelares e Medidas Antecipatórias: Técnicas Diferentes, Função Constitucional Semelhante.* Revista de Processo. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 82, abr./jun. 1996, p. 53-55.

_____. *Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados. In Eficácia e Coisa Julgada.* Carlos Alberto Alvaro de Oliveira Organizador. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 141-140.